

REVISTA JURÍDICA

INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
CENTRO DE ENTRENAMIENTO
MINISTERIO PÚBLICO



¿PARAGUAYOS O APÁTRIDAS?

TEORÍA DEL DERECHO

CRIMINOLOGÍA

DERECHO PROCESAL PENAL

DERECHOS HUMANOS

DERECHO CONSTITUCIONAL

DERECHO PENAL

N.º 3

2013



Ministerio Público
República del Paraguay



REVISTA JURÍDICA

Investigación en ciencias jurídicas y sociales

CENTRO DE ENTRENAMIENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

2013



Ministerio Público
República del Paraguay

FRANCISCO JAVIER DÍAZ VERÓN
FISCAL GENERAL DEL ESTADO

MARÍA SOLEDAD MACHUCA VIDAL
FISCAL ADJUNTA
ENCARGADA DEL CENTRO DE ENTRENAMIENTO

ISBN 978-99967-701-2-8



9 789996 770128

**EQUIPO EDITOR
CENTRO DE
ENTRENAMIENTO** ●

Abg. María Cecilia Ocampos Benedetti
Director de Análisis y Evaluación Curricular

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

Lic. Nancy Ovelar de Gorostiaga
Directora de Enlace

Abog. Sonia Zaldívar Amado
Abog. Claudia Rojas
Encargadas de Redacción

AUTORES ●

Mag. José Ángel Dos Santos Melgarejo
Mag. José Ignacio Santiviago
Mag. Juan Francisco Recalde Galván
Abog. Rocío Celeste Acuña González Navero
Abog. Romina Manuela Toro Cardozo
Mag. Doris Ojeda de Ynsfrán
Abog. Juan Pablo Rolón Ruiz Díaz
Mag. Sara Mariel Sosa Villalba
Mag. Nancy Ovelar de Gorostiaga
Mag. Liliana Zayas Guggiari
Abog. Saida Yaluk Lichi
Abog. Gustavo Rubén Acosta Vera
Abog. María Eugenia Benítez Cabrera

PRODUCCIÓN EDITORIAL ●

Dirección de Enlace

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

EL IUS NATURALISMO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO José Ángel dos Santos Melgarejo.....	11
INTERPRETAR Y JUSTIFICAR LAGUNAS José Ignacio Santiviago.....	35
EL ENFOQUE DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL EN EL DERECHO COMPARADO Y SU IMPORTANCIA PARA EL PARAGUAY Juan Francisco Recalde Galván	63
LA IMPORTANCIA DE LAS UNIDADES DE INTELIGENCIA FINANCIERA EN LAS INVESTIGACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE LAVADO DE DINERO Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO Rocío Celeste Acuña González Navero.....	87
LA PROTECCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS. UNA MIRADA GLOBAL Romina Manuela Toro Cardozo.....	111
EL MINISTERIO PÚBLICO COMO GARANTE DEL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA CIUDADANÍA Doris Ojeda de Ynsfrán.....	133
LA HUELGA DE HAMBRE VERSUS EL ROL DEL ESTADO COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CIUDADANO Juan Pablo Rolón	159
¿PARAGUAYOS O APÁTRIDAS? UN ENFOQUE ACTUAL DE LA PROBLEMÁTICA LEGAL PARA LA ADQUISICIÓN DE NACIONALIDAD DE LOS MIGRANTES Sara Mariel Sosa	195

LA LEY DE LENGUAS Y EL USO DEL GUARANÍ PARAGUAYO EN EL AMBITO MISIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO Nancy Ovelar de Gorostiaga	223
LA VIOLENCIA DOMESTICA O INTRAFAMILIAR EN EL ANTEPRO- YECTO DE LEY INTEGRAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRA- DICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES BASADA EN ASIME- TRÍAS DE GENERO. Liliana Margarita Zayas Guggiari	241
LA TUTELA DEL DERECHO DE AUTOR SOBRE EL TÍTULO DE UNA OBRA Saida Yaluk Lichi	257
LEY PENAL EN BLANCO EN MATERIA AMBIENTAL Gustavo Rubén Acosta Vera	265
MALA PRAXIS MÉDICA María Eugenia Benítez Cabrera	285



PRESENTACIÓN

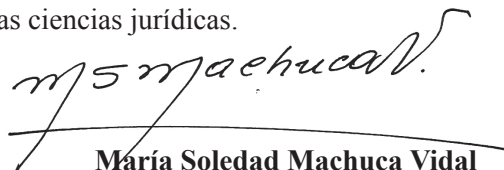
Hace tres años, el Centro de Entrenamiento inició el desafío de promover el desarrollo de una cultura de la investigación entre los funcionarios que forman parte del Ministerio Público, a través de herramientas que permitan adquirir competencias investigativas con el fin de despertar el interés por el trabajo académico científico desde una perspectiva social e institucional, de reflexión, de búsqueda de problemas y soluciones en contextos específicos nuevos y diversos y como actividad permanente de generación de conocimiento.

Desde ese entonces, nos encontramos embarcados en un proceso –porque la cultura investigativa se construye–, cuyo producto no se ha hecho esperar, puesto que a esta altura ya ha mostrado sus más prolíferos frutos y, justamente, la contribución patente de esta actividad en el ámbito institucional, se traduce en la tercera edición de la Revista Jurídica, que nos place presentar.

Este tercer número, cuenta con el aporte de varios de los funcionarios que conforman el cuerpo estable de investigadores, aunque debe destacarse la valiosa contribución de otros tantos que se han sumado con su aporte a la Revista.

Esta edición contiene temas relacionados con Teoría del Derecho, Criminología y Derecho Procesal Penal. También incluye artículos sobre Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Derecho Penal. Todos los trabajos de investigación cuentan con un enfoque institucional, en el sentido de que, en algunos casos, resultan una manera de socializar cuestiones no muy visibles, pero que sin embargo atañen a las funciones del Ministerio Público y, en otros, se plantean propuestas de solución a diferentes situaciones que se generan en el diario ejercicio de nuestras tareas.

El CEMP como institución encargada de la capacitación permanente tiene el imperativo de dinamizar la producción continua de conocimiento, por medio del trabajo riguroso, analítico y reflexivo, que es el único camino para alcanzar la excelencia en cualquier disciplina y más aún en las ciencias jurídicas.


María Soledad Machuca Vidal
Fiscal Adjunta
Centro de Entrenamiento





EL IUSNATURALISMO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO

por José Ángel dos Santos Melgarejo^{1*}

“El derecho, en cuanto quehacer del hombre, es un producto cultural. Es una actividad del hombre según valores. Por ello el derecho es cultura. Y al ser cultura pone de manifiesto la problemática de un pueblo, de una época, una especial manera de sentir y valorar”.

Carlos Fernández Sessarego

1. Introducción

Si bien, aparentemente, dar un concepto de derecho debería ser una cuestión relativamente fácil, ya que todas las personas tienen por lo menos una noción general y aproximada de él, en realidad, dicha tarea es muy difícil, tal es así que **Carlos Santiago Nino** manifiesta que la pregunta ¿qué es el derecho? es “la que mayor escozor y desorientación provoca entre los juristas”.

Posiblemente, uno de los problemas que se tiene al conceptualizar al derecho es que al hablar de “derecho” no lo hacemos con un significado único e inequívoco sino que nos referimos a una multiplicidad de significados que se relacionan entre sí, como por ejemplo: 1) Ciencia o disciplina científica; 2) Facultad, potestad o prerrogativa del individuo (derecho subjetivo); 3) Conjunto de normas jurídicas que forman el ordenamiento vigente (derecho objetivo); 4) Ideal de justicia; y 5) Producto social o cultural.

Señalado el problema, es conveniente advertir que a través de este trabajo se intentará presentar la concepción del derecho desde el punto de vista de dos de las corrientes más emblemáticas del pensamiento jurídico: el iusnaturalismo y el positivismo.

Cabe mencionar que en el presente artículo no se tomará partido por ninguna de las dos corrientes sino, más bien, se expondrá, por lo menos en forma general,

^{1*} Abogado (2002), Notario y Escribano Público (2003), títulos otorgados por la Universidad Nacional de Asunción; Magíster en Derecho Privado, Universidad Nacional de Rosario, Argentina (2010); Didáctica Universitaria, Rectorado de la UNA (2003); Actualización en Derecho Procesal y en Derecho Penal, Rectorado de UNA (2005); Agente Fiscal Penal.



cuáles son las ideas fundamentales de cada una de las escuelas en cuestión, de tal manera que se pueda visualizar cómo un mismo fenómeno (el derecho) puede ser observado desde dos perspectivas diferentes.

2. La polémica

La vieja polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico gira alrededor de la relación entre derecho y moral. Una descripción simplista del contenido de esa polémica diría que, mientras que el iusnaturalismo sostiene que hay una conexión intrínseca entre derecho y moral, el positivismo jurídico niega tal conexión². En puridad, el contenido de la polémica es mucho más complejo, no obstante, la descripción mencionada servirá como un punto de partida para comprender con mayor facilidad el *quid* de la cuestión.

3. El iusnaturalismo

El iusnaturalismo tuvo su mayor influencia en los siglos XVII y XVIII, tiempo en el que desempeñó un rol de gran magnitud en la formación de los juristas y en la elaboración de los principios jurídicos dominantes.

A nuestro parecer, quien en forma más clara explica en qué consiste la concepción iusnaturalista es **Carlos Nino**, quien manifiesta que dicha concepción se caracteriza por sostener conjuntamente dos tesis:

- a) *Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válida y asequible a la razón humana.*
- b) *Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia.*

Para el citado autor, si alguien rechaza alguna de las dos tesis, aun cuando acepte una sola, no será generalmente considerado un iusnaturalista³.

Desde otro punto de vista, **Edgardo Fernández Sabaté** responde a la pregunta ¿cuándo una doctrina es iusnaturalista?, diciendo: “Una doctrina es iusnaturalista

2 NINO, Carlos Santiago; *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed. amp. y rev., 12ª reimp, Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 18.

3 Conf. NINO, Carlos Santiago; op. cit. p., 28.



cuando postula la existencia de una fuente jurídica anterior a la palabra del legislador humano, cualquiera que fuese dicha fuente y aunque no quiera reconocerse como iusnaturalista”⁴.

Se puede decir que dentro de la corriente iusnaturalista se encuentran doctrinas muy variadas, pero que tienen como denominador común la creencia de que el derecho “positivo” debe ser objeto de una valoración con arreglo a un sistema superior de normas o principios que se denominan “derecho natural”⁵. Esto indica que es una postura que afirma la supremacía y preexistencia del derecho natural ante el positivo, y que el derecho positivo debe ser fiel reflejo del derecho natural.

Para la doctrina del derecho natural, por encima de las normas dictadas por los hombres se encuentra un conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales insitos a la verdadera naturaleza humana. Ellos incluyen el derecho a la vida, a la integridad física, a expresar opiniones políticas, a ejercer cultos religiosos, a no ser discriminado por razones de raza, a no ser coaccionado sin un debido proceso legal, etc. Este conjunto de principios conforman lo que se ha dado en llamar “derecho natural”.

Por consiguiente, las normas positivas dictadas por los hombres sólo serán consideradas “derecho” en la medida que estén conformes al derecho natural y no lo contradigan. Así, *el orden jurídico se justifica por su conformidad a los principios superiores que deben guiarlo, y cuyo conocimiento permite valorar el contenido de las normas. La obligatoriedad del derecho no deriva, por lo tanto, de la simple existencia de un mandato –ya sea divino o humano–, sino de su adecuación a los preceptos fundamentales que constituyen su base racional*⁶.

Según el iusnaturalismo, la ley positiva encuentra su propio fundamento en el derecho natural, por ende, “el derecho” se justifica no sólo por su origen, sino también por su contenido. Es decir, para que las normas tengan validez y fuerza obligatoria no basta que sean la expresión de una voluntad competente para sancionarlas: se requiere, además, su conformidad a los preceptos del derecho natural, que les proporcionan su legitimidad intrínseca. Y de esa conformidad deriva, al mismo

4 FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo; *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 328.

5 Derecho Natural: “Conjunto de normas reguladoras de la conducta humana, justas, eternas e inmutables. (OSSORIO, Manuel; *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 27ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 2000, p. 325);

6 CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; *Introducción al Derecho*, 7ma. Ed., Buenos Aires, Perrot, 1970, ps. 33/34.



tiempo, la obligación racional de acatarlas, convirtiéndolas en reglas moralmente obligatorias, porque la conciencia humana debe cumplir las normas cuyo contenido responde a las exigencias de la naturaleza, la justicia y la razón⁷.

Ahora bien, si bien todos los iusnaturalistas coinciden substancialmente en defender estas dos tesis alegadas por **Carlos Nino**, importa señalar que existen discrepancias acerca del origen o fundamento de los principios morales y de justicia que conforman el llamado “derecho natural”. En tal sentido, se pueden distinguir dos corrientes iusnaturalistas, el iusnaturalismo teológico y el iusnaturalismo racionalista, doctrinas cuyas ideas serán descriptas a continuación. Así también, se analizará la escuela histórica del derecho, la que también ha sido encasillada como una corriente iusnaturalista.

3.1. Iusnaturalismo teológico

Para **Eduardo García Máynez** el pensamiento iusnaturalista adquirió un matiz teológico a partir de Sócrates y Sófocles⁸. Lo justo y natural no tiene fundamento en el poder ni deriva de la voluntad del legislador, no se basa en las peculiaridades o atributos de la especie humana sino en el arbitrio divino. Frente al derecho escrito, creado por los hombres, aparecen las leyes de los dioses. Las leyes humanas son perecederas y cambiantes con validez relativa mientras que las leyes divinas son eternas e inmutables por lo que tienen validez absoluta.

La doctrina cristiana, especialmente debido a los aportes de **San Agustín** y **Santo Tomás**, tuvo una gran importancia para el desarrollo del iusnaturalismo teológico. Para **San Agustín**, el derecho se presenta como la ley eterna de la razón divina. La *lex aeterna* es la voluntad de Dios que manda conservar el orden natural, dirigiendo todo lo creado hacia sus propios fines.

Al lado de la ley eterna se encuentra la ley natural que es la ley eterna inscrita en el corazón y la conciencia de los hombres. **San Agustín** sostiene que frente a la *lex naturalis* se encuentra la ley humana que deriva de la voluntad del legislador humano; pero para ser considerada como derecho debe ser justa y recta, esto es, debe participar de la ley eterna y natural.

En parecido sentido, **Santo Tomás de Aquino**, en su obra “*Suma Teológica*”, distingue las leyes en cuatro categorías: ley eterna, ley natural, ley divina y ley

7 Conf. CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., ps. 33/34.

8 Véase, GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo; *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1960.



humana. La ley eterna es la misma Razón Divina que gobierna el mundo y que nadie puede conocer enteramente en sí misma, sino sólo parcialmente a través de sus manifestaciones. La ley natural es la participación de la ley eterna a la criatura racional, mediante la razón. Ley divina es la revelada por Dios a través de las Sagradas Escrituras. La ley humana es una “prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”⁹.

La delimitación de cada una es ciertamente dificultosa. Igualmente también el derecho natural descansa en la ordenación divina, aunque también sólo mediatamente puede tomarse de las circunstancias especialmente de la conciencia cristiana y de la práctica coincidente de todos los pueblos, por cuanto Dios ha ordenado así y no de otro modo a la humana naturaleza para la convivencia (socielitas). El derecho positivo se manifiesta – ya por el mero hecho de ser derecho, no puede estar en contradicción con el derecho divino ni con el derecho natural–, como ejecución tan sólo del derecho natural. Con ello **Tomás de Aquino** niega valor al derecho positivo cuando aparece opuesto al derecho natural¹⁰.

Santo Tomás nos brinda un criterio negativo de determinación. “La voluntad humana –dice **Santo Tomás**–, en virtud de un convenio común, puede establecer algo como justo en aquellas cosas que de suyo no se oponen a la justicia natural, y aquí es donde tiene lugar el derecho positivo”. Por lo tanto, mientras lo natural da el contenido de lo justo, como derivación de la ley eterna, la voluntad humana no puede crear nada justo que se oponga al derecho natural. Si se realiza un acto que no se adecue a él, por definición se trataría de un acto injusto y en consecuencia no sería derecho¹¹.

Ese derecho natural no sólo es un derecho que debe ser, sino un verdadero derecho, aplicable a todos los hombres y en todos los tiempos, y necesario, puesto que es inmutable¹².

Se tiene que los caracteres del derecho natural son: *unidad*, pues a través de sus distintos preceptos se orienta hacia un solo fin, que está ordenado por la Ley Eterna; el Bien Común. *Universalidad*, que puede tomarse en dos sentidos.

9 PACHECO, Máximo; *Teoría del Derecho*, 4ta. ed., reimp., Santiago, 2000, p. 736.

10 MONITOR – SCHLOSSER; *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Trad. Ángel Martínez Carrión, Barcelona, Bosch, 1980, p. 49.

11 RUSSO, Eduardo Ángel; *Teoría General del Derecho. En la modernidad y en la postmodernidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 48/50.

12 NINO, Carlos Santiago; op. cit., p. 28.



Es universal en tanto su validez abarca todo tiempo y lugar. Resulta ser el elemento común a la idéntica naturaleza del hombre. Pero, además, es universal en tanto da validez (verdad) a todo conocimiento derivado de ella. *Inmutabilidad*, la ley natural es inmutable pues es una emanación de la Ley Eterna. No obstante, **Santo Tomás** reconoce cierta mutación posible en relación a los preceptos secundarios. *Indelibilidad*, vale decir, no es necesario que se traduzca a leyes escritas ya que está puesta en el corazón y en la mente de los hombres¹³.

Se puede concluir que el iusnaturalismo trascendental posee los siguientes elementos caracterizadores: a) es una teoría en la cual el derecho tiene su fundamento en Dios, en el Dios cristiano trascendente. b) El derecho natural es una participación en la Ley eterna y constituye el contenido del objeto de la justicia. c) Este derecho natural es cognoscible por la razón. d) El derecho positivo no es tal si no se adecua a los principios del derecho natural, y, e) Existe una íntima unión entre derecho y moral¹⁴.

El iusnaturalismo de orientación cristiana ha sido criticado por asentarse en postulados que todo individuo no creyente no comparte.

Como respuesta a esta crítica, **Jacques Leclercq** considera que el derecho natural no está dirigido sólo a creyentes de determinada religión, y que no debe deducirse de un plan divino sino de la “naturaleza social del hombre”, siendo la sociología “la ciencia auxiliar por excelencia del derecho natural”¹⁵.

3.2. Iusnaturalismo racionalista¹⁶

El iusnaturalismo racionalista se originó en el llamado movimiento iluminista que se extendió por Europa en los siglos XVII y XVIII. Según esta concepción el derecho natural no deriva de los mandatos de Dios, sino de la naturaleza o estructura de la razón humana¹⁷.

¹³ Conf. RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., ps. 48/50.

¹⁴ RUSSO, Eduardo Ángel, op. cit., ps. 51

¹⁵ LECLERCQ, Jacques; *El Derecho y la Sociedad*, Herder, Barcelona, 1965, ps 45/48, citado por RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., ps. 51.

¹⁶ El Racionalismo es toda postura o actitud filosófica que resalta el papel de la razón con detrimento de la experiencia, esta usa el método deductivo. El racionalismo desconfía del conocimiento sensorial, es decir, si hay oportunidades en las que nuestros sentidos nos engañan, pudiera ser muy bien que nos engañaran siempre. El racionalismo jurídico aplica al derecho dicha manera de pensar, es por eso que la conciencia del derecho resulta formada desde adentro, esto es, de la razón.

¹⁷ La escuela iusnaturalista racional posee las siguientes características:
a) Es rígido, ya que esta fundado en una naturaleza inmutable y es común a todos los hombres;
b) Es insensible al paso del tiempo e indiferente al desarrollo de las culturas y las diferencias geográficas;



La escuela racionalista del derecho natural comienza con Hugo Grocio, quien sostenía que el derecho natural tendría la misma validez universal de siempre aunque Dios no existiese, pues se origina en la Razón humana, que es absoluta¹⁸. Otros exponentes son: Thomas Hobbes, John Locke, Baruch Spinoza, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Gottfried Wilhelm Leibnitz, Christian Wolf, Jean Jacques Rousseau, e Emmanuel Kant, entre otros.

El iusnaturalismo racional o profano, se caracteriza dentro de la corriente iusnaturalista por operarse en él, una “desconexión” entre el sistema de derecho natural y su fundamento en un Dios trascendente. Este iusnaturalismo tiende a centralizar su enfoque en un análisis de la naturaleza humana (en el hombre) y a encontrar a través de la razón una serie de caracteres fundamentales de esta. Por ejemplo, la necesidad de la conservación de la vida, de la libertad, de la igualdad, etcétera. Cada uno de tales caracteres, se constituye en un “valor”, previo a cualquier ordenamiento positivo, que además, se impone como contenido necesario de tales ordenamientos¹⁹.

Para **Santo Tomás**, el derecho tenía una fundamentación en el Plan de Dios, como objeto de justicia, poniéndose el acento en el sujeto del deber que realiza el acto justo. Aquí, en cambio, se pone el acento en el sujeto portador de su derecho como sustento del sistema de normas y de la sociedad civil. Las obligaciones o deberes surgen a partir de los derechos naturales de los individuos²⁰.

Grocio reconoció, en *De Iure Belli ac Pacis*, que el derecho deriva o resulta del instinto social y racional del hombre, a diferencia de los escolásticos que aunque reconocían la cualidad racional del hombre, la atribuían solo como consecuencia de la voluntad de Dios.

De esta manera, **Grocio** afirmó que el derecho deriva del *appetitus sociales* o del *appetitus societatis* que tiene el hombre; para él, el derecho no es otra cosa que un producto que resulta del apetito social o de sociedad que tienen los hombres para vivir en grupos organizados, donde impere una fuerza común bajo el imperio del derecho natural y de la razón. Este derecho natural es dictado por la recta razón de los hombres, que indica que cualquier acción debe corresponder a la misma naturaleza

c) Es ideal, hasta el punto de que se tendrán que ajustar las legislaciones particulares de todos los tiempos y naciones;

d) Es perfecto, porque ha sido elaborado por la razón abstracta, es decir, no puede haber otro mejor.

18 FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo; op. cit., p. 329.

19 RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., p. 54

20 RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., p. 54



racional del hombre porque el derecho se reduce a su contenido intrínsecamente justo o natural²¹.

Grocio no se propuso separar el derecho de la religión, pero sí de dar mayor importancia al carácter racional del ser humano en la creación del derecho y no como simple manifestación de la voluntad de Dios.

Desde un aspecto más teórico, Samuel Pufendorf perfeccionó el derecho natural convirtiéndolo en un impresionante sistema general de doctrinas. En su obra “*De iure naturae et Gentium libri octo*” (1672) completó y superó a Grocio, en la ruptura definitiva del derecho natural de su conexión con la teología revelada²².

Con **Puffendorf** la escuela del derecho natural presenta en forma típica uno de los sistemas más completos y elaborados. **Puffendorf** aborda ante todo la distinción entre derecho y teología; distingue además, estableciendo una neta antítesis, el derecho natural del derecho positivo. El primero tiene la supremacía; existe previamente al Estado, conserva siempre su imperio y a él debe atenerse el derecho positivo.

Puffendorf distingue también, en conexión con esto, los derechos innatos de los adquiridos. Los innatos son propios del hombre aislado, antes de que llegue a ser “socio”, esto es, antes de que pertenezca a la colectividad. Los adquiridos son los derechos que se añaden al hombre, en cuanto pertenece a una sociedad (a la familia y al Estado)²³.

A su vez, **Kant** define el derecho como “El conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio de cada uno puede coexistir con el de los demás, según una ley universal de libertad”²⁴. Para **Kant** el derecho natural es el conjunto de principios universales, absolutos, perfectos e inmutables, derivados de la propia razón humana, que rigen la conducta del hombre de acuerdo con el imperativo categórico: “obra de tal manera que la norma de tus actos pueda valer como principio de conducta o de legislación universal”²⁵.

En resumen, para el iusnaturalismo laico o racional el derecho deriva de la naturaleza humana no por ser hijo de Dios sino por su calidad racional y social. Sin embargo, ambas posturas reducen el derecho a un contenido intrínsecamente justo o

21 Véase GROCIO, Hugo; *Del derecho de la guerra y de la paz*, Madrid, Ed. Reus, 1925.

22 Cfr. MONITOR – SCHLOSSER ; op. cit., p. 53

23 DEL VECCHIO, Giorgio; *Filosofía del Derecho*, 9ª ed., Revisada por Luís Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 1997, p. 63.

24 PACHECO, Máximo; op. cit., p. 450.

25 PACHECO, Máximo; op. cit., p. 450.



natural, ya que para los iusnaturalistas –tanto teológicos como laicos o racionales– el derecho es un valor justo o natural.

3.3. Escuela histórica del derecho

Tanto para **Nino** como para **Russo**, la Escuela Histórica del Derecho es una corriente iusnaturalista de índole encubierta, en razón de que, en general, sus adherentes fueron reacios a asignarse a sí mismos con tal calificativo.

La Escuela Histórica, fue iniciada por **Hugo** y llevada al triunfo por **Savigny**²⁶ en el siglo XIX. Ella, juntamente con el movimiento romántico al cual pertenece, constituye una reacción al racionalismo anterior. La Escuela Histórica, al concebir el derecho, en analogía con el lenguaje y con toda la cultura en general, como producto específico de cada pueblo en un momento determinado de su historia, se dirige al orden real de repartos como auténtica encarnación del espíritu del pueblo²⁷.

Esta concepción se traslada a la sociedad como una realidad que es producida por el tiempo y por la historia, es un organismo social en el cual el individuo no tiene dominio. **Savigny** y **Puchta** consideran que el derecho es el producto de la evolución histórica de ese organismo social, es decir, el derecho viene dado por el pasado del pueblo, por la esencia de la nación y de su historia, adoptando el particular comportamiento de cada país, es decir, el derecho es un producto del espíritu del pueblo²⁸.

La Escuela histórica rechaza el derecho natural racionalista, por ser

26 Las obras capitales de Savigny son *El derecho de posesión* (1803), *Sistema del derecho romano actual* (1840-1849) y *Vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* (1814).

27 GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, ps. 215/216.

28 Para Savigny el derecho, al igual que el lenguaje, está siempre en desarrollo. “El derecho progresa con el pueblo, se perfecciona con el pueblo y por último perece cuando el pueblo ha perdido su carácter”. “En las sociedades más evolucionadas el derecho, sin dejar de vivir en la conciencia popular, adquiere un carácter más científico y se convierte en motivo de competencia de los juristas, como parte especializada o técnica del pueblo. Mas el derecho se crea siempre en virtud de la fuerza interna del pueblo, pero nunca en virtud del arbitrio de ningún legislador” (*Vocación*, Cap. I, citado por CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., p. 561). Para **Sabaté**, Savigny sostiene que el derecho surge de la historia, pero no afirma que esté sometido a un cambio continuo sino que depende de la tradición. En lugar de historicismo debió llamarse tradicionalismo, nombre que definía mejor su doctrina. Cada pueblo tiene su tradición, sus costumbres y ellas hacen el derecho. (FERNANDEZ SABATÉ; Edgardo; op. cit., p. 192).



incompatibles con la evolución de la sociedad, también rechaza la codificación²⁹, ya que estanca el desarrollo del derecho, por elaborar síntesis sistemáticas de leyes que adquieren gran estabilidad y fijeza. Es por ello, que la fuente formal del derecho es la costumbre jurídica, producida por las fuentes interiores del pueblo y modificada por la práctica jurídica y la jurisprudencia. Para la Escuela Histórica el fundamento del derecho no está en la razón del hombre, sino en algo exterior a él, en el espíritu del pueblo, de quien lo recibe todo.

Federico Carlos de Savigny, en sus obras “De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia” (1814) y “El sistema de Derecho Romano actual” (1840-1851) desarrolla los principios de la “Escuela Histórica del Derecho” para la cual todo pueblo tiene un espíritu, un alma propia, que se refleja en múltiples manifestaciones: moral, arte, lenguaje, folklore, derecho, los cuales son expresiones espontáneas del “espíritu popular” (Volksgeist).

Para el derecho no es una creación del legislador, sino una elaboración instintiva del pueblo, que se manifiesta en los hechos, y que sólo en una fase posterior de su desenvolvimiento adquiere una elaboración por obra de los juristas. A la labor de los juristas sigue después la legislación, que se funda en las costumbres preexistentes. Las leyes tienen, pues, una función enteramente secundaria: no hacer más que precisar los principios elaborados por la conciencia jurídica popular. Por ello, **Savigny** afirma que el derecho vive sobre todo en la práctica judicial y en la costumbre, que es expresión inmediata de la conciencia jurídica popular³⁰.

En definitiva, la Escuela Histórica al igual que todas las formas de iusnaturalismo anteriores y posteriores, habla del derecho que debiera ser como si realmente fuera, en lugar de hablar del derecho que es (si es que es algo), por lo que constituye también una teoría metafísica³¹.

29 Por ello, cuando en 1814 Thibaut propone, al liberarse los alemanes de la dominación napoleónica, la codificación del Derecho positivo con el fin de actualizar y unificar el antiguo Derecho germánico, Savigny se opone a la espera de que “el espíritu del pueblo” evolucionase suficientemente. (RUSSO; Eduardo Ángel; op. cit., p. 56). Al combatir el propósito de los partidarios de un código civil en Alemania, a ejemplo del Código Napoleón en Francia, se manifiesta en general contrario a la codificación, afirmando por lo demás que su país aún no estaba preparado para recibir un código. Se oponía al criterio racionalista de los partidarios de la codificación, que creían posible la formulación de textos legales exentos de toda influencia histórica y capaces de adaptarse a todos los pueblos y todos los tiempos. (CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., ps. 560/561).

30 PACHECHO, Máximo; op. cit., p. 740

31 RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., p. 56/57.



4. Críticas al iusnaturalismo

Para **Kelsen**, la pretendida objetividad de los derechos naturales es ideológica, desde que pretende otorgar validez universal a una valoración que sólo puede ostentar validez para un hombre, para un conjunto de hombres o para un momento histórico determinado³². Asimismo, para el citado autor, siendo los juicios de valor subjetivos y relativos, si se definiera el concepto de derecho tomando en cuenta propiedades valorativas, este concepto se transformaría también en una noción subjetiva y relativa, que cada uno emplearía en forma divergente según sus preferencias y actitudes emotivas; esto haría imposible una comunicación eficaz y fluida entre juristas, abogados, jueces, etcétera³³.

A su vez, **Ross** concluye que toda filosofía de los valores no es otra cosa que ideología pura que sirve para justificar algún interés particular dentro de la sociedad. Todos los juicios de valor sobre lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo están fundados en sentimientos emotivos e irracionales; por lo cual, la justicia es invocada para cualquier causa, sin que exista un argumento o criterio real para determinar que algo es justo o injusto³⁴.

Sin dejar de reconocer el imprescindible rol que cumplen los valores en la vida humana y, por consiguiente, en el derecho, **Carlos Fernández Sessarego** concluye que: “no es posible aceptar que ‘lo jurídico’ se identifique, plena y totalmente, con la dimensión axiológica. No puede admitirse como válido el intento de reducir el derecho a sólo ideales jurídicos. La experiencia jurídica desborda esta dimensión al requerir la presencia de la vida humana, que los vivencia, y de las normas que prescriben dicha vivencia como obligatoria en la vida social. No existe ‘lo jurídico’ sin los valores, pero tampoco nos hallamos ante una experiencia que podamos calificar como jurídica en ausencia tanto de conductas humanas intersubjetivas como de normas jurídicas”³⁵.

32 RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., p. 40.

33 Conf. NINO, Carlos; op. cit., p. 40

34 Véase ROSS, Alf, “Nota al libro de Kelsen, *¿Qué es la justicia?*”, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1993, ps. 33-46

35 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; *Derecho y Persona*, Ed. INESLA, p. 39.



5. Positivismo. Nociones generales

La palabra “positivismo” fue incluida en el lenguaje filosófico y científico por **Augusto Comte** para designar un movimiento intelectual que él inició. **Comte** rechazó tanto las especulaciones e imaginaciones teológicas como las construcciones y razonamientos metafísicos. Planteó la necesidad de pasar a la era positiva, en la que la ciencia dependería de la observación empírica y de la conexión de hechos mediante la experiencia. Estos serían los únicos métodos válidos para un ejercicio científico.

El positivismo, en general, es una doctrina filosófica que funda la verdad solamente en el método experimental de las ciencias llamadas positivas y que rechaza o niega cualquier interpretación teológica y metafísica.

Para el positivismo, la realidad empírica se convierte en lo verdadero y en el único objeto del conocimiento. A través del método científico se debe explicar la totalidad de los fenómenos, sean de orden natural o espiritual. Todo aquello que no pueda someterse a las premisas y condiciones de esta concepción de la ciencia carece absolutamente de valor. Lo que se encuentre más allá de lo regido por la relación causa-efecto pertenece a la fantasía.

Los principales caracteres del positivismo científico son: a) el rechazo de la metafísica y de toda proposición no vinculada con hechos constatados; b) el empirismo, único medio de llevar a cabo observaciones sistemáticas y ciertas, para deducir conclusiones válidas y; c) el fenomenalismo, que solo acepta la experiencia obtenida por la observación de los fenómenos.

6. Positivismo jurídico

La expresión positivismo jurídico es ambigua ya tiene dos sentidos diferentes. Por un lado, encontramos un positivismo científico (citado en el punto anterior), que sería aquel regido por un método de investigación riguroso, sistemático y verificable, sin dogmas y sin apelaciones sobrenaturales y, por otro lado, un positivismo jurídico, que –con una acepción más restringida– se entiende como aquella concepción



particular del derecho que eleva a la ley sobre las restantes fuentes del derecho y conceptúa al ordenamiento jurídico como un todo pleno y coherente³⁶.

El primer sentido proviene de la terminología de **Augusto Comte**, quien caracterizó como “estado positivo o real” al tercer momento de la evolución del pensamiento humano, luego de los que él denominó “estado teológico” y “estado metafísico”. El estado positivo comtiano es empírico y relativo, y presupone la invariabilidad y el poder predictivo de las leyes de la naturaleza³⁷.

El segundo sentido, por su parte, reduce su ámbito al campo del derecho, y se caracteriza por el análisis del derecho positivo –el derecho puesto por el gobernante– en oposición al derecho natural –o derecho puesto por Dios o por la naturaleza–. Este sentido restringido aparece y se desarrolla simultáneamente con la concepción moderna del Estado, consolidándose como doctrina jurídica en el siglo XIX, especialmente a partir de la aparición del Código Civil napoleónico³⁸.

Con relación al positivismo jurídico propiamente dicho, es dable referir que la apertura que experimentó el iusnaturalismo al desarrollarse la corriente laica o racional permitió que de la explicación del derecho como algo de acuerdo con la naturaleza del hombre –como ser racional– se pasó a una concepción del derecho como producto no de la razón del hombre sino de su voluntad.

Cabe destacar igualmente, que el inmenso éxito que tuvieron las ciencias naturales en la primera mitad del siglo XIX preparó la base para que el positivismo propusiera la aplicación de los métodos de las ciencias naturales en las sociales. Siendo que el positivismo invadió todas las ciencias sociales –incluso a la filosofía– la ciencia jurídica no fue la excepción.

En general, el positivismo jurídico comparte la aversión contra las especulaciones teológicas y las construcciones metafísicas, e insiste en la separación estricta del derecho de la ética, moral y religión; así como, su independencia de toda

36 “El positivismo jurídico es una aplicación del positivismo filosófico. Este último sólo admite como material científico hechos sensorialmente observables y relaciones sensorialmente observables entre hechos; con ello, el positivismo filosófico se considera vencedor de etapas previas de la humanidad: de la teológica y de la metafísica”. (Ver GOLDSCHMIDT, Werner; op. cit., ps. 101/102).

37 Conf. RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., ps. 70/71.

38 Conf. RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., ps. 70/71.



consideración valorativa. El positivismo rechaza toda idea de un derecho natural, ya que los principios generales del derecho no surgen de la naturaleza, sino que están implícitos en la ciencia. El derecho se sustrae a todo enfoque axiológico o ético.

El concepto positivista de la ley considera al derecho solo en su estructura formal. Toda argumentación e interpretación más profunda, metafísico-jurídica cae como “especulación indemostrable” en el rechazo³⁹. También es conocido como formalismo jurídico, debido a que su estudio, en la perspectiva del derecho, es únicamente acerca de los textos perceptivos dictados por el legislador.

El positivismo jurídico ha alimentado una corriente particular del pensamiento jurídico, caracterizada por la reducción del derecho a derecho estatal y de este último a los productos del legislador; de aquí deriva la común atribución al derecho, de aquellas características que son propias del derecho legislado del Estado moderno (generalidad, imperatividad, coacción, presunta plenitud)⁴⁰.

El positivismo jurídico es un modo de entender el estudio científico del derecho y, por consiguiente, la misión del jurista. El fin de la ciencia del derecho es considerar el derecho tal como es y no como debería ser. Sobre la base de esta teoría de la ciencia jurídica se encuentra la aceptación de una clara distinción entre validez y valor del derecho, entre las reglas que pueden ser válidas aún sin ser justas (que son las únicas de las que se ocupa la ciencia jurídica) y aquellas que pueden ser justas sin ser válidas; sólo las primeras son objeto del estudio científico del derecho⁴¹.

Para esta corriente, los juicios morales son relativos y subjetivos. No existe ningún procedimiento objetivo para demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros. La idea de que existe un derecho natural inmutable y universal y asequible a la razón humana es una vana, aunque noble ilusión.

El positivismo jurídico sostiene que el derecho de una comunidad es un sistema cuyos alcances pueden ser verificados empíricamente, en forma objetiva y concluyente, con independencia de nuestras valoraciones subjetivas. Son las normas y no las convicciones morales las que establecen la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo, entre lo permisible y lo punible. La existencia de normas jurídicas implica la obligatoriedad de la conducta que ellas prescriben y la legitimidad de los actos realizados de conformidad con ellas.

39 MONITOR – SCHLOSSER; op. cit., p. 156.

40 ALMIRÓN PRUJEL, María Elodia; *Jusnaturalismo y Positivismo jurídico*, Asunción, Revista Jurídica La Ley Paraguay, 1999, p. 1225

41 ALMIRÓN PRUJEL, María Elodia; op. cit., p. 1225.



Según **Werner Goldschmidt**, el positivismo jurídico *es una doctrina infradimensional del mundo jurídico*. Para el mentado doctrinario, la corriente positivista concibe el mundo jurídico como un conjunto de normas con eficacia, por consiguiente, *es un unidimensionalismo normológico con arraigo sociológico*.

Para él, la justicia del establecimiento y funcionamiento de la norma queda como objeto acientífico fuera del ámbito de cualquier ciencia, no sólo de la ciencia jurídica. A su vez, los hechos sociales presentan al jurista sólo enmarcados en normas. Su investigación libre es una tarea científica, pero corresponde a la Sociología. Mientras que las adopciones, las incapacidades por prodigalidad, la usura, los concubinatos, etc., no hallan plasmación normológica, todos estos fenómenos no existen en el mundo jurídico el cual se identifica con el boletín oficial⁴².

7. Puntos concordantes del positivismo jurídico

Para el positivismo jurídico (sin distinguir cada una de sus corrientes y las propias diferencias existentes entre sí) tiene como puntos concordantes:

La distinción y la desconexión entre el derecho y la moral; o sea, la distinción entre el derecho *que es* y el derecho *que debe ser*;

La teoría de la exclusividad del derecho positivo; es decir, la concepción del mundo jurídico desde un punto de vista unidimensional;

- La ideología de que todo derecho positivo es justo por el solo hecho de ser derecho positivo, sin importar su contenido, esto sin importar su mayor o menor justicia de acuerdo con el sistema moral;
- La concepción imperativista de las normas jurídicas, es decir, la convicción de que las normas jurídicas consisten en órdenes impartidas por unos seres humanos (los legisladores) para otros seres humanos;

La idea de que el derecho es un conjunto de normas que se aplican por medio de la fuerza;

La concepción mecanicista de la función judicial y la idea de que los jueces aplican derecho, pero no crean derecho;

El pensamiento de que todo ordenamiento jurídico debe ser obedecido;

La representación de que el derecho es un sistema cerrado de normas en el que las decisiones de los jueces pueden ser deducidas, por medios lógicos, de normas generales de la legislación; y,

La afirmación de que los juicios morales no pueden ser demostrados racionalmente.

⁴² GOLDSCHMIDT, Werner; op. cit., p. 102.



8. Distintas corrientes

Las manifestaciones del positivismo jurídico fueron muy numerosas y variadas en el siglo XIX. A continuación se citarán algunas de las corrientes positivistas.

8.1. La escuela de la exégesis⁴³

Apareció en Francia después de la sanción del Código Civil (1804) y llegó a su apogeo a mediados del siglo. La tarea de los juristas se concentraba en el estudio y exposición del citado texto legal. Creían los comentaristas del Código que con ese y otros Códigos habían cristalizado la evolución del derecho.

Tal criterio limitaba la ciencia del derecho a la enseñanza y exégesis de los Códigos. Los profesores no eran profesores de derecho sino de leyes. Yo no conozco el Derecho Civil, decía **Bugnet**, solo enseño el Código de Napoleón. No estimaban el valor del derecho consuetudinario y olvidaban que las leyes no son más que uno de los instrumentos de que se vale el Derecho⁴⁴.

La tesis de que el Código o la ley es la principal, por no decir la única fuente del derecho, conducía a admitir la *omnipotencia del Estado*, creador de la legislación.

Fueron figuras destacadas de la escuela Toullier, Duranton, Aubry et Rau, Marcadé, Troplong, Baudry-Lacantinerie, Demolombe, Zachariae y Laurent⁴⁵.

43 Exégesis es tanto como interpretación de textos, en este caso, de los textos legales surgidos de la Revolución. La exégesis tiene una larga tradición; comienza con el dios Thot, que en Egipto era de la divinidad protectora de los escribas, quienes tenían el secreto de las escrituras. Luego reaparece en Grecia como el dios Hermes, y de aquí la palabra “hermenéutica” como sinónimo de interpretación. Los exegetas sostenían que bastaba con enseñar el Código Napoleón, pues allí estaba toda la “razón escrita”. (FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo; op. cit., p. 205/206).

44 CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., p. 563/564; “El Código Civil francés de 1804 es la cristalización en normas, de la Revolución Francesa. Durante el absolutismo que la precedió, el conocimiento jurídico –oscuro, confuso y reservado- era patrimonio de unos pocos ilustrados, vinculados por cuna e intereses a la monarquía y a la nobleza. Sin abogados, el pueblo estaba sumido en un estado de indefensión jurídica, la que se sumaba a sus otras privaciones. Por ello, bajo la bandera de la “igualdad” y al grito de “¡Mueran los abogados” se sancionaba un código que, a la par de amparar los “derechos del hombre y del ciudadano”, pretendía ser un catálogo completo y autosuficiente de las relaciones jurídicas privadas. Cualquiera, con sólo abrir el código, como quien consulta un mapa de una ciudad o una guía de teléfonos, puede saber qué obligaciones tiene, qué derechos le asisten, qué, en suma, puede hacer y dejar de hacer. A partir de allí, surge la teoría de que el derecho es “la letra de la ley”, esto es, la escuela de la exégesis, como un positivismo ingenuo y dogmático. Es, por decirlo de alguna manera, el positivismo del hombre de la calle que corre esperando comprar “la nueva ley” y que, a pesar de estar en su idioma, no la entiende. Ignora que la letra de la ley es un fragmento de un enorme monstruo polifacético que es preciso abarcar en una cosmovisión”. (RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., p. 74).

45 CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., ps. 563/564.



Sus caracteres fundamentales fueron:

- *Inversión de las relaciones tradicionales entre Derecho natural y Derecho positivo*: el Derecho natural pierde valor y queda reducido a una noción privada de interés para el jurista. El derecho natural solo tiene valor cuando es reconocido por el derecho positivo. En casos de laguna del derecho, se niega al derecho natural la posibilidad de llenar el vacío legal.
- *Concepción estatista del Derecho*: solo son normas jurídicas las reconocidas por el Estado. Lleva implícito el principio de omnipotencia del legislador, y el de que la ley debe ser obedecida desde la razón implícita en la misma ley;
- *La interpretación de la ley está fundada en la interpretación del legislador*. La interpretación de la ley consiste en hallar la voluntad del legislador, que puede ser: a) *Real*: La ley regula una relación determinada, pero no expresa la razón por la que lo hace; y, b) *Presunta*: Cuando el legislador ha omitido regular algo;
- *Culto al texto de la ley*: El intérprete debe atender únicamente a los dispositivos del Código⁴⁶;
- *Respeto al argumento de autoridad*: No se llegaría a un acuerdo nunca sobre lo que es o no lícito si no existiera un criterio a seguir que fuera claro e irrefutable. Este criterio lo establece el legislador. Su palabra es dogma.

8.2. Positivismo Kelsiano⁴⁷

El positivismo alcanzó su punto cimero con la rigurosa construcción teórica de **Hans Kelsen**⁴⁸.

Hans Kelsen elabora su pensamiento aplicando la pureza del método para delimitar con rigor el campo estrictamente normativo del derecho, eliminando del

⁴⁶ Al *culto del texto legal*, que limitaba la actividad del juez a una mera labor de interpretación, se agregaban el respeto de la voluntad del legislador, cuya intención era necesario inquirir en cada caso, y una sumisión exagerada a las opiniones de los autores de la misma escuela. (CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., ps. 353/354).

⁴⁷ Hans kelsen nació en la ciudad de Praga en 1881.

⁴⁸ FERNANDEZ SESSAREGO; op. cit., p. 41



mismo todos los elementos extraños (sociológicos, históricos, psicológicos, políticos y científico-naturales)⁴⁹.

Según **Kelsen**, la Ciencia del Derecho no tiene que ver con la conducta fáctica de los hombres, sino solamente con lo jurídicamente preceptuado. Por ello no es una Ciencia de hechos, como la Sociología, sino una Ciencia de normas; su objeto no es lo que es o lo que sucede, sino un complejo de normas. Su carácter científico solo está garantizado si se limita estrictamente a su misión y si mantiene “puro” su método de toda mezcla de elementos ajenos a su esencia –es decir, de todo empréstito de una “Ciencia de hechos” (como de la Sociología, de la Psicología), pero también de toda influencia de “dogmas”, ya sean de naturaleza ética o religiosa–. Como conocimiento “puro”, no tiene que perseguir fines prácticos inmediatos, sino más bien eliminar de su consideración todo aquello que no guarde relación con la peculiaridad de su objeto como complejo de normas⁵⁰.

Su concepción de la ciencia jurídica deriva de una teoría del conocimiento fundada en la radical separación del mundo del ser (naturaleza) del mundo del deber ser. Las normas jurídicas –que constituyen una categoría sin aplicación en el mundo de la naturaleza– pertenecen a la esfera del deber ser. El derecho es una realidad espiritual y no natural. La norma jurídica no es un imperativo de la voluntad sino un juicio hipotético (si es A debe ser B), que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada. Si en el dominio de la naturaleza la forma de enlace de los hechos es la causalidad, en el mundo de la normatividad lo es la imputación⁵¹.

Para **Kelsen**, el objeto de estudio de la ciencia jurídica se contrae a solo el ordenamiento normativo, con prescindencia de la vida humana, relegada a constituirse en el contenido factual de las normas. Los valores resultan ser, dentro del planteamiento Kelsiano, elementos de naturaleza metajurídica⁵².

49 CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., pág. 571; “Para la Teoría pura el derecho es un conjunto de normas, un orden normativo” (KELSEN, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, 4ª ed, 6ª reimp., Buenos Aires, Eumeba, 2006, p. 81); “El unidimensionalismo normológico más conocido es el de Hans Kelsen, quien en su Teoría Pura del Derecho, quiere decantar lo jurídico de sus impurezas sociológicas y dikelógicas, reduciéndolo a un conjunto de normas”. (GOLDSCHMIDT, Werner; p. 34).

50 LARENZ, Karl; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; Trad. Marcelino Rodríguez Molinero, 2da. ed., Barcelona, Ariel, pág. 91; “Hans Kelsen hizo de la separación entre el mundo de las normas y el mundo de los hechos, un absoluto que fue fundamento de la Teoría Pura. Según el maestro vienés, el propio concepto de pureza obligaba a mantener una radical separación entre ambos mundos, para evitar que la teoría jurídica se “confunda” –son sus palabras– con la sociología, la psicología, la ética o la teoría política” (RUSSO, Eduardo Ángel; op. cit., p. 136).

51 CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; op. cit., pág. 571.

52 FERNANDEZ SESSAREGO; op. cit., p. 52; “El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el



La “Teoría pura del Derecho” no se ocupa de los contenidos, sino de la estructura lógica de las normas jurídicas; examina el sentido, la posibilidad y los límites de un enunciado jurídico en general (no de un determinado enunciado jurídico) y la clase y modo de su realización⁵³. Una norma jurídica, subraya **Kelsen**, no vale porque tiene un contenido determinado, sino porque ha sido creada de un modo determinado, legitimado, en último término, por una Norma fundamental presupuesta. Por ello, prosigue, “todo contenido arbitrario puede ser derecho. No existe una conducta humana que como tal, en virtud de su contenido, estuviera excluida de ser contenido de una norma jurídica”⁵⁴.

Esto lleva a Kelsen a un cambio de sentido tanto del significado tradicional del derecho como de lo antijurídico. Una conducta no es “antijurídica” porque sea contraria al valor y, por ello, condenable según cualquier pauta “trascendente” al derecho positivo, o también por su “cualidad interna”; sino “sola y exclusivamente” porque “el derecho positivo la ha hecho condición de un acto coactivo, es decir, de una sanción”. Lo antijurídico no es la negación del derecho, y no es gravado como una sanción porque es condenable; sino que se califica de “antijurídico” –sin valoración alguna– porque un orden jurídico positivo lo ha unido a un acto coactivo, como consecuencia jurídica que debe sobrevenir⁵⁵.

9. Críticas al positivismo

Las críticas que se hacen al positivismo jurídico son variadas. A continuación se enumeran algunas de ellas:

derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional”. (KELSEN, Hans; op. cit., p. 40).

53 LARENZ, Karl; op. cit., p. 92.

54 LARENZ, Karl; op. cit., p. 94.; “Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra ‘debe’ ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o malo. Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica”. (KELSEN, Hans; op. cit., p. 45).

55 LARENZ, Karl; op. cit., p. 97 y ss.; “Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional” (KELSEN; Hans; op. cit., p. 46).



- a) El hecho de preocuparse exclusivamente de las normas jurídicas y de su forma, olvidando que es vital “el contenido de las mismas y su materialización”;
- b) La pretensión de comprender al derecho como fenómeno o producto social, sin estudiar su interrelación con otras ciencias afines como son la economía, la política, la sociología; así como, la historia, la psicología, entre otras;

La incapacidad para dar respuestas aceptables a los más exigentes problemas ético-jurídicos de la sociedad; y,

- c) La reducción del derecho, que es vida, a un conjunto de recetas legales que nunca dan con la solución adecuada, pues la plenitud y riqueza de los casos concretos las exceden⁵⁶.

Para **Sabaté**, “Si fuera cierto que el derecho es únicamente el escrito, es decir, si el derecho se identifica con la escritura y no hay derecho alguno fuera de ella, entonces, hoy seguiríamos rigiéndonos por la Ley del Tali3n del C3digo de Hammurabi. Como esta conclusi3n es absurda, entonces la hip3tesis es falsa. El positivismo pretende estar de acuerdo con la realidad, pero aqu3 vemos c3mo se aleja de ella, puesto que hist3ricamente no es cierto que sigamos rigiéndonos por la primera ley escrita. Adem3s, deber3a concluir en otro absurdo, pues si todo derecho es el escrito antes de estar escrito no hubiera habido ninguna regulaci3n de las relaciones humanas, ya que no habr3a ninguna otra fuente de donde sacar derecho”⁵⁷.

El mismo autor sostiene que: “El argumento m3s contundente contra los positivistas es que el derecho positivo tiene lagunas, no obstante lo cual los jueces lo mismo tienen la obligaci3n de resolver los entuertos. Por supuesto que no pueden hacerlo seg3n la ley estatal, que no existe, por lo cual cabe suponer una ley natural subyacente en la onticidad humana y en las circunstancias concretas. Y no s3lo el juez cubre la ausencia de la ley positiva, sino todos los hombres en su quehacer diario. Siempre la naturaleza humana en una situaci3n determinada, considerada bajo la 3ptica de lo justo tiene una soluci3n que proponer como la m3s prudente. Esto no ocurre con la ley estatal, que s3lo propone las soluciones que pudieron ser previstas”⁵⁸.

56 “Se ha dicho que el orden jur3dico puede presentar lagunas, contradicciones l3gicas, vaguedades y ambigüedades lingüísticas. Se ha demostrado que el derecho no es un sistema autosuficiente de soluciones, lo que hace que los jueces no tengan m3s remedio muchas veces que justificar sus decisiones recurriendo a principios o criterios no jur3dicos”. (NINO, Carlos; op. cit., p. 37).

57 FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo; op. cit., p. 341.

58 FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo; op. cit., p. 342.



Un eminente iusnaturalista, como **Giorgio del Vecchio**, entendía que la positividad no es una nota esencial del concepto de derecho; lo esencial sería únicamente la noción de justicia. Por eso, el derecho natural reflejaba la idea del derecho “en su plena y perfecta luz”, mientras que el derecho positivo ofrecía de la misma sólo “reflejos parciales y defectuosos”.⁵⁹

Específicamente criticando a la doctrina Kelsiana, **Ciuro Caldani** dice que: “La ‘teoría pura’ es, a nuestro parecer, un ‘metodologismo’ que ‘logicaza’ lo que ocurra y se niega a discutir las metas del Derecho. Resulta una ideología al servicio de los poderosos que han hecho las normas y confían en los órganos de aplicación, recipiendarios de sucesivas ‘habilitaciones’”.⁶⁰

Por último, se puede citar a **Carlos Fernández Sessarego**, quien, más bien criticando a las corrientes unidimensionales, sostiene: “la ausencia de una visión totalizadora del derecho limita la tarea del jurista en su búsqueda de soluciones a la amplia problemática de una ciencia compleja y fluida. Las respuestas unilaterales, por logradas y convincentes que sean, no permiten al jurista resolver certeramente las múltiples cuestiones con las que debe enfrentarse en la cotidianeidad de su quehacer”.⁶¹

10) Conclusiones

- La vieja polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico gira alrededor de la relación entre derecho y moral. Mientras que el iusnaturalismo sostiene que hay una conexión intrínseca entre derecho y moral, el positivismo jurídico niega tal conexión;
- Para el iusnaturalismo, hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. Un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia;
- El denominador común de las corrientes iusnaturalistas es la afirmación de la supremacía y preexistencia del derecho natural ante el positivo y que éste debe ser fiel reflejo del derecho natural;
- Para la tesis iusnaturalista, por encima de las normas dictadas por los hombres se encuentra un conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales insitos a la verdadera

59 Del Vecchio, *Persona, Estado y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 530, citado por ATIENZA, Manuel; *El Derecho como argumentación*, 2da. ed., Barcelona, Ariel, 2007, p. 40.

60 CIURO CALDANI, Miguel Ángel; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*; 1ed, Rosario, F.I.J., 2000, p. 51.

61 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; op. cit., pág. 34.



naturaleza humana. Las normas positivas dictadas por los hombres solo serán consideradas “derecho” en la medida que estén conformes al derecho natural y no lo contradigan. Por consiguiente, “el derecho” se justifica no solo por su origen sino también por su contenido;

- Los adherentes al iusnaturalismo sostienen que para que las normas tengan validez y fuerza obligatoria no basta que sean la expresión de una voluntad competente para sancionarlas sino que, además, se requiere su conformidad con los preceptos del derecho natural, que les proporcionan su legitimidad intrínseca;
- Mientras que para el iusnaturalismo teológico el derecho natural deriva de los mandatos de Dios para el iusnaturalismo racionalista el derecho natural procede de la razón humana;
- El positivismo jurídico ha alimentado una corriente particular del pensamiento jurídico, caracterizada por la reducción del derecho a derecho estatal y de este último a los productos del legislador;
- Para la corriente positivista, los juicios morales son relativos y subjetivos. No existe ningún procedimiento objetivo para demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros;
- La ideología positivista advierte que todo derecho positivo es justo por el solo hecho de ser derecho positivo, sin importar su contenido; esto sin tener en cuenta su mayor o menor justicia de acuerdo con el sistema moral;
- **Hans Kelsen**, el máximo exponente del positivismo, elabora su pensamiento aplicando la pureza del método para delimitar con rigor el campo estrictamente normativo del derecho, eliminando todos los elementos extraños (sociológicos, históricos, psicológicos, políticos y científico-naturales);
- En síntesis, mientras que el iusnaturalismo defiende la teoría de la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo; el positivismo jurídico ampara la teoría de la exclusividad del derecho positivo. El iusnaturalismo es dualista; el positivismo jurídico es monista o unidimensional.



Bibliografía

- ALMIRÓN PRUJEL, María Elodia; Jusnaturalismo y Positivismo jurídico, Asunción, Revista Jurídica La Ley Paraguaya, 1999.
- ATIENZA, Manuel; El Derecho como argumentación, 2da. ed, Barcelona, 2007.
- CARLOS MOUCHET – RICARDO ZORRAQUIN BECU; Introducción al Derecho, 7ma. Ed., Buenos Aires, Perrot, 1970.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel; La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica; 1ed, Rosario, F.I.J., 2000.
- DEL VECCHIO, Giorgio; Filosofía del Derecho, 9ª ed., Revisada por Luís Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 1997.
- FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo; Filosofía del Derecho, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; Derecho y Persona, Ed. INESLA.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo; La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1960.
- GOLDSCHMIDT, Werner; Introducción Filosófica al Derecho, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980.
- GROCIO, Hugo; Del derecho de la guerra y de la paz, Madrid, Ed. Reus, 1925.
- KELSEN, Hans; Teoría Pura del Derecho, 4ª ed., 6ª reimp., Buenos Aires, Eumeba, 2006.
- LARENZ, Karl; Metodología de la Ciencia del Derecho; Trad. Marcelino Rodríguez Molinero, 2da. ed., Barcelona, Ariel.
- MONITOR – SCHLOSSER; Perfiles de la nueva historia del derecho privado, Trad. Ángel Martínez Carrión, Barcelona, Bosch, 1980.
- NINO, Carlos Santiago; Introducción al análisis del derecho, 2ª ed. amp. y rev., 12ª reimp, Buenos Aires, Astrea, 2003.
- OSSORIO, Manuel; Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 27ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 2000.
- PACHECO, Máximo; Teoría del Derecho, 4ta. ed., reimp., Santiago, 2000.
- ROSS, Alf; “Nota al libro de Kelsen, ¿Qué es la justicia?”, El concepto de validez y otros ensayos, México, Fontamara, 1993.
- RUSSO, Eduardo Ángel; Teoría General del Derecho. En la modernidad y en la postmodernidad, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.





INTERPRETAR Y JUSTIFICAR LA EXISTENCIA DE LAGUNAS

Por José Ignacio Santiviago^{1*}

1- Introducción

En los planos teórico y filosófico del Derecho, el tema de las *lagunas* ha generado análisis y controversias entre juristas que, a su vez, han dado pie a la generación de nuevos análisis y nuevas controversias. Es como una red que ha venido ampliándose con cada opinión. Cada pensador aporta nuevas críticas, nuevas perspectivas, nuevas respuestas y siempre –explícita o implícitamente– plantea nuevos problemas y abre nuevas interrogantes.

Quizás por falta de investigación sobre su origen o porque sencillamente es de autor anónimo no sabemos quién acuñó esta metáfora denominada *lagunas en el derecho*; pero sospechamos que ella se pierde en los tiempos en los que el movimiento codificador de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX y las escuelas teóricas que desarrollaron y sostuvieron este movimiento (escuela de la exégesis y jurisprudencia de conceptos), comenzaron a ser centro de diversas críticas por la soberbia de creer que habían alcanzado el ideal de producir ordenamientos jurídicos perfectos² y de creer haber condensado todo el derecho posible en los códigos.

Como quiera que sea, desde una perspectiva pragmática, la metáfora de las «lagunas» es útil, porque el aprendiz en el conocimiento del Derecho entiende rápidamente que se trata de comportamientos que no se hallan previstos como hipótesis en normas jurídicas y que, por tanto, carecen de calificación deóntica y de consecuencia normativa dentro del sistema jurídico.

1 * Abogado (2002), egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante – España (2012). Curso de Maestría en Derecho Privado de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina (2004-2005). Práctica profesional en las áreas de asuntos y procedimientos civiles, comerciales y laborales. Auxiliar de la Cátedra de Lógica Jurídica en la Universidad Nacional de Asunción (UNA). Curso de Especialización en Didáctica Superior Universitaria (2004). Asociado del Estudio Jurídico Guanes, Heisecke & Piera (GHP).

2 Es decir, sin defectos como contradicciones, redundancias, lagunas e inoperancias (Ver en NINO, Carlos: *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 272 y ss).



Pero desde una perspectiva analítica la cuestión se complica considerablemente puesto que la expresión «laguna» –en el ámbito del derecho– es una metáfora, y las metáforas constituyen la forma más radical del lenguaje figurado cargado de ambigüedad y vaguedad. GUIBOURG caracteriza a la *metáfora* como: «[...] una figura que parece decir una cosa para que se entienda otra, creando entre ambas un sutil y acaso un fugaz vínculo de significados a la vez que sugiere vagas semejanzas»³. Es decir, salvo ciertos discursos preparados con rigor, cuando alguien se refiere al problema de las lagunas el oyente no sabe exactamente con qué significado o con qué alcance se está refiriendo el hablante.

En cuanto a la palabra «derecho», si bien no se trata de una expresión metafórica, el problema es más agudo y la lucha más enfurecida. La palabra derecho adolece de una designación con la que todos los actores jurídicos estén en paz. HART describe muy bien esta realidad en *El Concepto del Derecho* señalando precisamente que pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aun paradójicas como la pregunta: *qué es derecho*⁴.

Ante esta realidad in-descriptible⁵ no pretendemos en este trabajo abarcar en su totalidad el tema de las lagunas. Sí pretendemos aportar nuestra perspectiva. Pretendemos seguir tejiendo esta red de opiniones, pues creemos que casi ninguna verdad o –en términos menos pretensivos– casi ninguna solución acertada a los problemas que se plantean en la vida en general (y en el Derecho en particular), es el resultado de una actividad individual aislada. Las soluciones a los problemas, son principalmente producto de la interacción y la deliberación seria entre individuos.

Pretendemos, pues, aportar una perspectiva más sobre el asunto de las lagunas que dé cuenta de una necesaria y valiosa interacción entre dos columnas que

3 Ver en GUIBOURG, Ricardo; GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo: *Introducción al conocimiento científico*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 50.

4 HART, Herbert L.A.: *El Concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, 2ª edición (reimpresión), editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 1.

5 El motivo de la separación del prefijo *in* de la palabra *descriptible* es que lo utilizamos acá con doble significado. El primer significado: como *negación*. Entonces, queremos decir que describir en su totalidad las teorías sobre las lagunas, es una tarea muy complicada. El segundo significado: como *ir adentro*. En este caso queremos decir que si bien el tema de las lagunas en el derecho podría a priori parecer sólo un problema técnico-metodológico, las controversias suscitadas llevan a un nivel de reflexión que derivan en profundas cuestiones de todo tipo: lógicas, cognoscitivas, ideológicas, políticas y hasta éticas.



constituyen al universo jurídico. Una estática: la estructura normativa del Derecho. Otra dinámica: el aspecto interpretativo y argumentativo del Derecho.

Sobre estas dos columnas señaladas, el problema que planteamos en este espacio tiene que ver con la distinción entre dos actividades diferentes que tiene el juez y que deben ser distinguidas cuando el Derecho se presenta como susceptible de lagunas: a) la de interpretar la existencia o inexistencia de lagunas; b) la de justificar la interpretación de la existencia o inexistencia de lagunas.

Consideramos que el problema que se plantea es importante puesto que la medida en la que sustentado en razones interpretemos la existencia o inexistencia de lagunas determinará la medida de razonabilidad para el momento de colmarlas y, por tanto, para el momento de solucionar los conflictos de intereses de manera consistente y coherente con el Derecho. Por este motivo, la justificación de la interpretación de la existencia de lagunas es un imperativo para el juzgador.

No obstante, aclaramos que no enfocaremos el presente trabajo en los problemas que se suscitan —o las controversias que se generan— alrededor del nivel de discrecionalidad que tiene el juez para resolver casos concretos que presentan lagunas o del modo de colmarlas.

Aclaramos, también, que el significado que en este trabajo estipulamos para la expresión «lagunas en el derecho» es amplio. Incluirá, por tanto, a los problemas semánticos (oscuridad de la ley), normativos (silencio de la ley) y valorativos (insuficiencia de la ley), conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código civil paraguayo (C.c.p.).

La secuencia temática que consideramos adecuada para este trabajo es la siguiente:

En primer lugar, realizaremos, una sucinta descripción de dos concepciones contrapuestas del Derecho: el formalismo jurídico y el realismo jurídico; y su relación con el perfil de juez y con su ámbito de poder. Asimismo, una breve descripción de la teoría de la argumentación como equilibrio entre estas dos maneras de concebir al Derecho.

En segundo lugar, describiremos qué normas se infieren del artículo 6 del Código civil paraguayo (C.c.p.) y mostraremos que el afirmar la existencia o la inexistencia de lagunas ante un caso concreto implica una tarea interpretativa de



parte del juez. Para el desarrollo de esta parte del trabajo nos apoyamos en parte en la tipología de lagunas diseñada por Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN en el riguroso trabajo *Normative Systems*⁶, pues interpretamos que esta tipología se relaciona con las palabras «silencio», «oscuridad» e «insuficiencia» de las leyes, utilizadas por el legislador en el artículo 6 del C.c.p.

En tercer lugar, aduciremos la utilidad de las teorías de la argumentación para sostener que en la medida en la se hagan explícitas la justificaciones de la interpretación de la existencia o inexistencia de lagunas, lograremos un mayor grado de razonabilidad en las decisiones.

2- Tres concepciones del Derecho

2.1 El movimiento codificador y el formalismo jurídico

El movimiento codificador de finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX es, en parte, causado por la filosofía iusnaturalista racionalista que apareció en la Edad Moderna la cual sustentó ideológicamente a la Revolución Francesa.

El iusnaturalismo racionalista en el campo del Derecho fue desapareciendo cuando sus principios habían pasado a formar parte del contenido del Derecho positivo. ¿Y esto cómo se explica?

Lo que ocurrió fue que en la Edad Moderna se produjo la concentración del poder en los reyes absolutistas y, éstos, para alimentar esta concentración de poder, utilizaron como herramienta la sanción de nuevas leyes, que fueron sustituyendo al viejo mix de: antiguo Derecho Romano y costumbre de los señores feudales. Entonces, crecieron en excesiva cantidad las leyes dictadas conforme a la voluntad del rey, produciéndose dispersión y dificultad para conocer su contenido. Como antítesis de esta creciente centralización de poder absolutista se fueron gestando ideas libertarias en filósofos y pensadores que desarrollaron un nuevo iusnaturalismo, diferente al medieval de corte teológico. Se trata del iusnaturalismo racionalista, humanista, que propugnaba una emancipación del hombre como ciudadano.

Por tanto, la propuesta racionalista fue sistematizar las leyes en cuerpos normativos⁷.

Así, los valores de corte burgués propugnados por el iusnaturalismo racional

⁶ La lectura para este trabajo la realicé en la versión castellana: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1975.

⁷ La recopilación de leyes también había sido una solución propia de esas épocas, pero estas no contenían el rigor sistemático.



pasaron a informar al derecho positivo en los códigos. Además, fiel al racionalismo que imperó en el pensamiento filosófico de la Europa continental, el ideal era partir de principios evidentes para deducir un sistema de normas análogo al de las matemáticas, pero capaz de aumentar nuestra información sobre lo fáctico. Pues bien, bajo este modelo se crearon los códigos jurídicos.

Por la creencia en estas verdades «absolutas» del iusnaturalismo plasmadas en los códigos, se había sostenido que la *ley* era la única fuente posible de Derecho y que la coordinación, estabilización y racionalización del derecho era susceptible de ser alcanzada sólo por medio de la codificación. Estaban dadas las condiciones para la gestación de la dogmática jurídica.

Bajo este modelo, las corrientes metodológicas imperantes en Europa continental fueron: la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos. La única función permitida al juez era ser boca de la ley. Su actividad se debía circunscribir exclusivamente a *decir el derecho* en el caso concreto mediante un simple silogismo deductivo que partía de premisas normativas dadas por el código⁸. Entonces, bastaba con el manejo de los textos legales y de algunas cuestiones muy básicas de lógica deductiva para estar en condiciones de resolver los casos judiciales. No debía existir espacio para la interpretación del juez.

En coherencia con este modo de pensar, esta corriente metodológica negaba la existencia de defectos del sistema normativo tales como: contradicciones y lagunas. La idea sostenida era que en los códigos estaba previsto *todo* y, además, de manera justa y perfecta.

Un cambio importante en la metodología jurídica constituyó el investigar acerca de la voluntad del legislador para la resolución de los casos judiciales. Apenas aparecido el movimiento codificador esta metodología no tenía cabida dentro del razonamiento judicial, puesto que el legislador era visto como ser imperecedero, omnisciente, coherente, comprensivo y preciso, y –ante estas cualidades– ni siquiera era necesario investigar cuál había sido su voluntad porque se asumía que estaba plasmada de manera cristalina en las palabras de la ley.

No obstante, la experiencia había demostrado que estas cualidades legislativas no se correspondían con la realidad. En muchos casos, apelar sólo a las palabras de la ley resultó insuficiente para el razonamiento judicial. Aparecieron, pues, concepciones sociológicas o funcionales del Derecho que más allá de la simple

8 En el modelo del Derecho continental europeo el silogismo deductivo judicial partía de premisas establecidas por el legislador (la ley) y en el modelo del Derecho anglosajón partía de premisas establecidas por inferencia de los casos paradigmáticos, pero lo que se quiere significar es que el razonamiento se circunscribía en un procedimiento del tipo lógico deductivo.



interpretación literal de las normas prescribieron métodos propios de las ciencias sociales para develar la voluntad del legislador.

A estos modelos metodológicos que hemos descripto hasta aquí se les puede enmarcar dentro del formalismo jurídico que considera al Derecho, principalmente, desde una visión estática, desde su estructura, desde sus normas. El formalismo sostiene que el derecho es pleno (sin lagunas), es coherente y es consistente (sin antinomias).

Para las tesis formalistas los sistemas normativos son cerrados. Basan esta afirmación sobre el postulado de la *plenitud hermética del derecho* según el cual un sistema normativo es cerrado cuando toda acción está determinada deónticamente en él como permitida, prohibida u obligatoria. Para considerar cerrado a todo sistema normativo esta tesis recurre al llamado *principio de prohibición* que enuncia: «todo aquello que no está prohibido, está permitido». Es decir, si una conducta no está regulada explícitamente por el derecho como prohibida significa que esa conducta está implícitamente permitida y como la permisión es también una calificación deóntica de la conducta (por la vía del principio de prohibición), entonces toda conducta está regulada por el Derecho.

Bajo este esquema formalista, el Derecho es visto como algo independiente del intérprete. La interpretación consistía, entonces, en desentrañar el significado, el cual no tenía nada que ver con la idea del intérprete, sino como un hecho real que está fuera de él.

2.2. El realismo jurídico

La cara opuesta... la antítesis de la entera subordinación del juez ante las palabras o la voluntad del legislador, constituye el realismo jurídico (norteamericano y escandinavo) que apareció a comienzos del siglo XX. El realismo intentó cambiar la base racional de la dogmática jurídica por una base propia de las ciencias empíricas y sociales, rechazando la sistematización del derecho.

El realismo muestra, así, un escepticismo –más o menos radical– ante las normas jurídicas. El juez tiene la mayor porción de poder en el Derecho, ya que es el que finalmente lo construye por medio de decisiones subjetivas no impuestas por un legislador externo.

En cuanto a la interpretación judicial, el realismo destaca la importancia de los elementos valorativos mostrando que las normas jurídicas no contienen un peso tan importante para la decisión de los casos judiciales, puesto que las actitudes morales de los jueces se trasladan a sus decisiones y como las actitudes morales son irracionales, esta irracionalidad también se traslada en la decisión.



2.3. Enfoque argumentativo del Derecho

En la segunda mitad del siglo XX, con posterioridad a la segunda guerra mundial, han aparecido teorías del derecho que fueron equilibrando estas dos concepciones del Derecho –formalismo realismo jurídico– que presentan una relación de contrariedad. Es así que conjugan el enfoque estructural y sistemático del derecho hacia una visión dinámica y argumentativa sosteniendo –desde diversas perspectivas como la del razonamiento tópico, retórico o de una lógica operativa⁹– que el problema con el que se tropieza con un modelo de razonamiento exclusivamente formal o con actitud radicalmente racional o radicalmente escéptica al racionalismo, es que se aborda al derecho sin atender a su contenido. En consecuencia, estas teorías delinean un perfil de función judicial que equilibra la simple aplicación automática de la ley, la ciega subordinación a la intención del legislador con la arbitraria (o irracional) interpretación de casos concretos. Según este perfil, el juez debe ante todo ajustar sus decisiones a la razonabilidad y a los valores jurídicos.

Bajo el enfoque argumentativo del Derecho la labor del juez ya no se concentra sólo en la aplicación de las normas, ni tampoco se concentra demasiado en la descripción de las preferencias subjetivas de los intérpretes. Las teorías de la argumentación proponen, ante todo, caminos para lograr decisiones adecuadas, razonables y acordes con el Derecho en relación con los casos que se presentan.

3- La interpretación de la existencia de lagunas

3.1. Las lagunas, un problema contingente

La cuestión de las lagunas es un tema que no pasa por alto las codificaciones actuales. Dependiendo de la rama del Derecho de que se trate, el tema cuenta con modos distintos de resolver el problema.

En el Derecho penal –al menos en el Derecho penal paraguayo–, en virtud al principio de legalidad, no se puede hablar de la existencia de lagunas normativas, pues este principio, como norma, clausura el sistema¹⁰. Si una conducta no tiene

9 Sobre el razonamiento tópico, retórico y lógico-operativo en el Derecho, ver ATIENZA, Manuel: *Las razones del Derecho (Teorías de la Argumentación Jurídica)*, editorial Palestra, 2º edición, Lima, 2004.

10 El art. 1 del Código penal paraguayo dispone: «**Principio de legalidad**. Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción».



su correlativo hipotético en una norma que sancione a la misma, implica que esa conducta no está prohibida, lo que, a su vez, implica que esa conducta está permitida¹¹.

Pero en el Derecho privado la cuestión es diferente, pues, es muy común que –en los ordenamientos positivos– no exista una norma que cierre el sistema al modo del Derecho penal. Por el contrario, en muchos códigos de Derecho privado de países que tienen la tradición del Derecho continental europeo, existen normas que reconocen la posibilidad de la presencia de casos que presentan lagunas y aun así imponen al juez a juzgarlos, estableciendo caminos más o menos delimitados para ello.

Este es el caso del art. 6 del Código civil paraguayo, del que se infiere que la cuestión de las lagunas es un problema contingente en el ámbito del Derecho privado, pues reconoce: a) la posibilidad de la existencia de casos concretos sin solución en una regla jurídica prevista por el legislador; b) la posibilidad de casos concretos que presenten problemas de subsunción a raíz de problemas semánticos; c) la posibilidad de que, a pesar de existir una regla que solucione el caso, ésta no prevea una excepción considerada valiosa, por lo que resulta insuficiente o insatisfactoria. Veamos lo que dice el art. 6.

« Los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes.

Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas, y en su defecto, se acudirá a los principios generales del derecho ».

3.2. Enfoque estructural del art. 6 del Código civil

Este artículo contiene un conjunto de normas cuyos destinatarios directos son los jueces.

En primer lugar, claramente manda a los jueces, y sólo a los jueces, a juzgar

11 A pesar del principio de legalidad en el Derecho penal, creo que haciendo un minucioso análisis entendemos que se podría hablar de la presencia de tipos de lagunas cognoscitivas (como la oscuridad de la ley) y valorativas (lagunas axiológicas, según ALCHOURRÓN y BULYGIN) en el campo del Derecho penal, tema que no es central en el presente trabajo, por lo que no será expuesto.



todos los casos inclusive aquellos que presentan lagunas. Se trata del principio de *inexcusabilidad*, el cual, interdefiniendo deónticamente, lo podemos reformular de la siguiente manera: *está prohibido a los jueces dejar de juzgar los casos que se le presentan*.

En segundo lugar, también prevé otra norma que indica al juez qué caminos seguir —o qué métodos utilizar— para colmar las lagunas. Los caminos previstos son: recurrir al *espíritu de los preceptos del código*, o a la *analogía* o a los *principios* generales del derecho.

Como se ve, además del establecimiento del principio de inexcusabilidad de los jueces para resolver los casos lagunosos, otro de los fines del art. 6 es guiar a los jueces para la solución de los casos en los que el derecho se le revela lagunoso.

En tercer lugar, a partir de la relación lógica de subalternación entre lo «obligatorio» y lo «permitido», es correcto sostener que, por medio del art. 6, se inviste de poderes (o potestades) cruciales a los jueces. Estos poderes son: el de *juzgar* (o resolver) casos y el de *crear* la regla genérica para resolver casos en los que interpreten la presencia de lagunas. Estos dos poderes no son inmunes a serios inconvenientes.

Un inconveniente, el resolver los casos es un poder básico y tradicional de los jueces, pero cuando lo vemos como obligación que viene acompañada de la obligación de fundar las decisiones en Derecho, la cuestión se complica, teniendo en cuenta que, en muchos casos, el juez para colmar lagunas deberá verse en la necesidad de recurrir a criterios no estrictamente jurídicos para fundamentar sus fallos, lo que implicaría que, según algunos ordenamientos de índole procesal, no puedan cumplir con la obligación de juzgar y la obligación de juzgar conforme a Derecho, al mismo tiempo¹².

Por otro lado, el crear reglas genéricas es una potestad anormal dentro del diseño tradicional de división de poderes propio de un estado republicano en: ejecutivo, legislativo y judicial. Como ya se señaló, cuando los códigos modernos fueron concebidos, el papel del juez se circunscribía a ser boca de la ley y se pretendía que resolviera todos los casos por medio de un simple silogismo deductivo sobre la

12 El artículo 15, inc. c) del Código procesal civil paraguayo dispone: «Son deberes de los jueces, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Organización Judicial: [...] c) resolver siempre según la ley, sin que les sea permitido juzgar el valor intrínseco o la equidad de ella»



premisa mayor que le venía siempre dada por el legislador¹³. Le estaba vedada la función creativa de reglas.

Como si todo esto fuera poco, respecto al poder de crear reglas surgen nuevas cuestiones. Una de ellas radica en determinar cuáles son los límites de actividad legislativa del juez ante un caso lagunoso. Solucionar este problema es responder a las preguntas: cómo debe hacerlo el juez, con qué medios, dentro de qué parámetros o con qué nivel de discreción.

Pero una cuestión previa al asunto de cómo crear (con qué medios, con qué nivel de discreción) la regla jurídica para juzgar el caso, es responder a la pregunta: «cuándo debe el juez hacerlo». Y esto es así porque del primer párrafo del art. 6 se infiere el enunciado normativo condicional del tipo « $p \rightarrow q$ ». Esto es, *si* ante un caso el juez detecta el *silencio*, la *oscuridad* o la *insuficiencia* de la ley (p), *entonces* ($\rightarrow$) el juez *debe crear* una regla para resolver (q). Esta obligación se da en atención al mismo principio de inexcusabilidad.

Entonces, afirmar respecto a un caso concreto el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, derivará como consecuencia en afirmar que existe un deber de crear una regla que lo resuelva. Se ve la importancia. Pero ¿qué implica afirmar p ?

3.3. La interpretación de la existencia de lagunas

En el punto anterior vimos de modo resumido las normas que se deducen del contenido del art. 6 del Código civil.

Una de estas normas, y la que constituye el punto neurálgico de este trabajo es el enunciado normativo de tipo condicional « $p \rightarrow q$ ». Es decir, *si* es el caso del silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (antecedente p), *entonces* ($\rightarrow$) el juez debe crear una regla que resuelva el caso (consecuente q).

En este punto nos enfocamos en los problemas de interpretación para afirmar si se da el antecedente de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

Si concebimos al Derecho como una realidad que está fuera del intérprete, como el mar o como un árbol, entonces asumiremos sin más que interpretar implicará una correspondencia de lo que piensa el intérprete con la verdad. Pero el Derecho es un fenómeno social, una creación de seres humanos que viven en sociedad... es un instrumento de convivencia. A esto debemos añadir que el lenguaje juega en el

¹³ Ver *ut supra*, punto II.1.



Derecho un papel sumamente importante, y el significado de las palabras también son estipuladas, consciente o inconscientemente, por la mente humana.

De manera que la interpretación en el ámbito del Derecho es una actividad compleja que no es independiente de la perspectiva del intérprete.

En el art. 6 el legislador ha estipulado los casos de «silencio», «oscuridad» e «insuficiencia» de la ley. Son vocablos que presentan dificultades en la interpretación por su importante carga de indeterminación semántica, susceptibles, por tanto, de causar una incertidumbre en el intérprete (juez), respecto a si, ante un caso, debe crear o no una regla jurídica genérica [porque el derecho no contiene una regla al respecto]; interpretar si debe estipular la designación o la denotación de las palabras utilizadas por el legislador en la ley [porque las mismas son vagas o ambiguas en relación al caso]; interpretar si debe crear una regla idónea [porque la existente es insuficiente]. Es decir, colmar lagunas será, por tanto, hablar donde no debió existir vacío sonoro, irradiar luz donde se necesita y rectificar aquello que debió ser de otra manera. Es notable la dificultad.

GUASTINI en un muy interesante trabajo sobre las antinomias y las lagunas sostiene que es el intérprete quien decide si una laguna existe o no existe. Es decir, afirmar la existencia de laguna es una cuestión subjetiva. A ciertos jueces se le revelará el derecho lagunoso y a otros no. Esto deriva, según GUASTINI en que por vía de interpretación el juez puede prevenir lagunas como crearlas.

Muestra técnicas interpretativas para *prevenir* lagunas. Una de estas técnicas sería la *interpretación extensiva*, por la cual se incluyen en el campo de aplicación de una norma supuestos de hecho que según una interpretación literal no estarían comprendidos; otra, la *interpretación evolutiva*, según la cual se adaptan viejos institutos jurídicos a situaciones nuevas que el devenir trajo¹⁴.

Muestra, además, técnicas interpretativas para *crear* lagunas. Una de estas técnicas sería el argumento de la *disociación*, conforme al cual se introduce ocultamente un elemento que el legislador no ha considerado. Otra de las técnicas para crear lagunas sería en este sentido el argumento *a contrario*...

Lo que describe GUASTINI es una verdad que ocurre en los tribunales. Y esto preocupa, pero no por la discrecionalidad judicial o la labor creativa del juez cuando

¹⁴ GUASTINI, Riccardo: *Antinomias y Lagunas*, en Revista Jurídica Anuario, traducción de Miguel Carbonell, p. 437 y ss.



el derecho se revela lagunoso, sino porque son casos críticos que pueden derivar en arbitrariedad judicial, pasando por encima la exigencia de racionalidad explícita.

Entonces, se nos plantea una importante pregunta: ¿existirían criterios racionales que puedan ser utilizados para poder afirmar [el silencio], [la oscuridad], [la insuficiencia] de la ley ante un caso?

4- Tipología de lagunas propuesta por ALCHOURRÓN y BULYGIN

Normative Systems es un riguroso trabajo de ALCHOURRÓN y BULYGIN sobre los sistemas normativos; constituye uno de los intentos más importantes para otorgar criterios racionales a la hora de justificar la interpretación de los casos que presentan lagunas. En él se propone una tipología conforme a la cual las lagunas pueden ser: *normativas, axiológicas, de reconocimiento y de conocimiento*.

Un cierto caso constituye una *laguna normativa* de un determinado sistema normativo, cuando ese sistema no correlaciona el caso con alguna calificación normativa de determina conducta, es decir, no imputa efecto jurídico alguno para ese caso¹⁵.

Para entender el concepto de laguna normativa propuesto por ALCHOURRÓN y BULYGIN debemos precisar que cuando hablan de *caso* lo hacen desde un punto de vista *genérico*, esto es, no aludiendo a algún acontecimiento concreto. Por ejemplo, sería un caso genérico correspondiente al sistema normativo conformado por el conjunto de disposiciones normativas del artículo 671 del Código civil paraguay *la obtención de una ventaja desproporcionada e injustificada mediante la explotación de la inexperiencia de otro*¹⁶; pero no sería un caso la suma de trescientos que Patricio pagó a Fabricio por un fundo rural que valía treinta sin conocer los valores

15 ALCHOURRÓN y BULYGIN: op. cit. p. 49. Asimismo, en razón de que simplifican la construcción técnica previa que realizan ALCHOURRÓN y BULYGIN, haciéndola más sencilla de entender, esta caracterización de lo que es laguna normativa ha sido extraída de MENDONÇA, Daniel en *Análisis constitucional. Una introducción (Cómo hacer cosas con la Constitución)*, editorial Intercontinental, Asunción, 2008, p. 135 y ss.; y de NINO: op. cit., p. 281 y ss.

16 El art. 671 textualmente dispone: « Si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de éste, podrá el lesionado dentro de dos años demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario.

El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación, que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación ».



de mercado. Este último ejemplo es un caso *individual*¹⁷.

Otra precisión a tener en cuenta es que cuando la definición de laguna normativa alude a un *sistema normativo*, en *Normative Systems* no se refieren a todo el conjunto de normas que integran el Código civil. El concepto de sistema normativo propuesto por ellos alude a un conjunto de normas que enuncian un conjunto de casos (genéricos) relacionados y le imputan efectos jurídicos. Así, por ejemplo, el art. 671 del C.c. es un sistema normativo en el que los *casos* serían: «obtención de una ventaja desproporcionada e injustificada mediante la explotación de la necesidad de otro»; «obtención de una ventaja desproporcionada mediante la explotación de la ligereza de otro»... etc.; y las *soluciones*: «nulidad del contrato»; «modificación equitativa», etc. Es la relación entre casos genéricos la característica primordial de un sistema normativo.

Una *laguna axiológica* existe cuando un sistema normativo sí establece una solución normativa (o efecto jurídico) para un caso constituido a partir de ciertas propiedades y hay una propiedad que es irrelevante para ese caso pero que debería ser relevante en virtud a ciertas pautas axiológicas¹⁸.

Aquí también es preciso reiterar que cuando aluden a *casos* lo hacen en un sentido genérico. También es importante explicar que una *propiedad* es una circunstancia que puede ser relevante o no. Lógicamente, cuando hablamos de una laguna axiológica, queremos decir que una propiedad es relevante por valiosa y no fue tenida en cuenta por el legislador.

Así también es importante distinguir en cuanto a las lagunas axiológicas que éstas no se dan toda vez que el sistema jurídico prevé una solución injusta o considerada disvaliosa. Imaginémonos que el sistema normativo que constituye el art. 671 del C.c. prevea que se configura la lesión sólo cuando existe una ventaja desproporcionada sin prever la propiedad «injustificada» entonces los casos del sistema quedarían formulados así: «si un contratante obtiene una ventaja desproporcionada explotando la [necesidad], [inexperiencia], [ligereza] de otro, éste podrá obtener la modificación equitativa del contrato». Patricio es el que alega lesión por parte de Fabricio. Pero, resulta que Fabricio vendió a Patricio un fundo a un precio muy superior al precio de mercado, por un motivo importante para él: el fundo rural era una propiedad adquirida por el tatarabuelo de Fabricio que creó un establecimiento ganadero y

17 ALCHOURRÓN y BULYGIN, op. cit., p. 57 y ss.

18 ALCHOURRÓN y BULYGIN: op. cit., p. 157 y ss.



que fue heredado por cinco generaciones. Por lo que el elevado precio tenía como justificativo el apego moral de Fabricio al fundo y, de todas maneras, –haya existido o no inexperiencia en el comprador– nunca lo hubiera vendido a un precio inferior. Entonces, un juez, de acuerdo con ciertos criterios valorativos, puede estimar esta justificación como una propiedad relevante (en sentido prescriptivo) y, por tanto, decide modificar la norma y rechazar la demanda instaurada por Patricio.

Los otros dos tipos de lagunas son problemas empíricos y semánticos de aplicación.

Un juez está ante una *laguna de conocimiento* cuando no tiene toda la información necesaria acerca de los hechos del caso individual y, por este motivo, no puede determinar si el caso se subsume o no en el caso genérico. Existe *laguna de reconocimiento* cuando un juez no puede determinar si un caso individual se subsume o no al caso genérico por un problema de vaguedad o ambigüedad en las palabras utilizadas en el texto legal que definen el caso¹⁹.

Ejemplos. Estaríamos ante una laguna de conocimiento cuando Patricio le demanda a Fabricio la modificación equitativa de contrato alegando lesión en el perfeccionamiento de un contrato de compraventa de un fundo rural. En la etapa probatoria el juez tiene para determinar si el valor de venta es notablemente desproporcionado al valor de mercado, y tiene dos dictámenes periciales aparentemente muy bien fundados pero que arrojan valores muy diferentes, más un tercer dictamen que arroja un resultado intermedio pero que no está bien fundado. Con esta información al juez le es sumamente difícil atribuirle el calificativo de *verdad* a cualquiera de los tres dictámenes y no puede, por tanto, determinar si existió o no *desproporción notable*, siendo esta una propiedad de existencia necesaria para que se configure el acto lesivo.

Estaríamos ante una laguna de reconocimiento si Patricio alega inexperiencia en cuanto a negocios inmobiliarios de compraventa de fundos rurales, fundado en que es extranjero y que, por tanto, no conoce los valores corrientes del mercado local, pero, sin embargo, es un comerciante que sí tiene experiencia en negocios de otro tipo; ¿cabría hablar aquí de «inexperiencia» en el sentido aludido por la norma?, ¿cuál es el significado de la palabra?, ¿cuál es la línea divisoria que nos puede hacer ver que una persona tiene o no tiene experiencia?

Somos del parecer que los tipos de lagunas propuestos por ALCHOURRÓN y BULYGIN se relacionan en las palabras silencio, oscuridad e insuficiencia de las leyes

¹⁹ ALCHOURRÓN y BULYGIN: op. cit., p. 61 y ss.



insertas en el art. 6 del C.c. Es más, creo que se inspiraron en el art. 15 del Código civil argentino²⁰ —el cual tiene una redacción parecida al primer párrafo del art. 6 del Código civil paraguayo— para estipular esta tipología. Las *lagunas normativas* denotan, pues, el *silencio* de las leyes; las *lagunas de reconocimiento* denotan a la *oscuridad* de las leyes; nuevamente las *lagunas axiológicas* denotan la *insuficiencia* de las leyes²¹.

Pero esta tipología propuesta por ALCHOURRÓN y BULYGIN no vuelve inmune de problemas de interpretación acerca de si un caso (individual) presenta o no lagunas en el derecho. Veamos la dificultad para interpretar su existencia ante un caso judicial real.

En el caso de las *lagunas de reconocimiento* (oscuridad de la ley), generalmente los jueces afirman sin más que el caso se subsume o no ante un enunciado que presenta un margen de vaguedad o ambigüedad, pero no desarrollan una descripción de las dificultades de interpretación ante un problema de oscuridad (vaguedad o ambigüedad) de las palabras de la ley.

Por ejemplo, en un caso concreto (*Meyer c. Duval*) en el que se reclamaba la modificación equitativa de un contrato invocando el art. 671 del C.c. (lesión enorme) uno de los temas centrales de discusión había sido si un porcentaje de diferencia determinado entre el valor de mercado de un fundo y el valor establecido en el contrato, podía interpretarse o no como *notable desproporción* entre las prestaciones. Uno de los miembros del Tribunal que resolvió el caso en segunda instancia afirmó que:

« [...] una desproporción entre las prestaciones determinada en un 30%, sin cortapisas, no podría ser reputada como una notable desproporción. Es una desproporción, pero no es *notable*. Notable sería si los valores comparados arrojan una diferencia que se aproxima a 100% »²².

Se puede estar de acuerdo o no con la afirmación del miembro del

20 El art. 15 del Código civil argentino dispone: «Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes». La diferencia entre la redacción del Código argentino y el Código paraguayo radica en que en el caso de aquel al legislarse con la expresión “bajo el pretexto de”, pareciera que el legislador quería evitar que los jueces *simulen* una causa para excusarse de juzgar; en este caso, al eliminar la expresión “bajo pretexto de”, el legislador asume a las lagunas como problemas contingentes del sistema.

21 En esta parte se obviará el análisis de las lagunas de conocimiento puesto que tienen que ver con problemas de índole procesal de valoración de prueba.

22 Acuerdo y Sentencia N° 23 del 8 de abril de 2010 dictada por el Tribunal de Apelaciones de la Cuarta Sala de Asunción.



Tribunal pero en el caso se hallaba en una zona de penumbra respecto de la notable desproporción; a pesar de ello en ningún momento se afirmó que se hallaba ante un concepto jurídico indeterminado dando razones de ello en relación con el caso. En nuestra opinión, esto tuvo como consecuencia que no aportó un justificativo que para afirmar que el treinta por ciento no configura una notable desproporción. Muchos casos no presentan problemas. Por ejemplo, si se vende por quinientos algo que valía cinco, creo que no cabrían dudas de que la desproporción entre las contraprestaciones es notable. Si se vende por quinientos algo que valía cuatrocientos noventa tampoco cabrían dudas de que la desproporción entre las contraprestación no es notable. Pero cuando nos vamos acercando a montos intermedios se ingresa en la zona gris, en la zona de penumbra. Siendo la proporcionalidad una cuestión de grados, ¿a partir de qué monto se podría afirmar que existe desproporción entre las contraprestaciones?

Lo que no realizó el Tribunal fue explicar que la propiedad «notable desproporción» es un concepto jurídico indeterminado y que debía ser debidamente interpretado. Es decir, aquí no hubo un razonamiento para el calificativo de propiedad oscura de la ley (y lo era) y, por consiguiente, tampoco hubo un razonamiento para delimitar cuándo existe notable desproporción y cuándo no.

Aclaro nuevamente que se podría estar de acuerdo o no con el criterio del Tribunal, pero siempre que haya interpretación del juez deben existir explícitamente razones que lo apoyen. Afirmar que un caso concreto presenta oscuridad en relación con el texto de la ley, trae como obligación el decir por qué y a su vez, el decir por qué implica la obligación de dar razones de la elección que el juez toma. Es por este motivo que generalmente los jueces evitan mostrar la necesidad de tener que elegir una de entre todas las interpretaciones posibles.

La interpretación respecto de la existencia de las *lagunas axiológicas* (insuficiencia de la ley) va de la mano con la fundamentación de la interpretación de cómo debe ser la regla, porque interpretar qué propiedad relevante no ha sido tomada en cuenta es interpretar que esa propiedad que se considera relevante debe estar en la regla y por el mismo motivo se la introduce y modifica la regla. Es muy poco probable que los jueces en general afirmen que están introduciendo a la regla una propiedad relevante y así ocultan la modificación de la regla que soluciona el caso mediante una interpretación extensiva. Este es un tema que fue discutido entre ATRIA



y BULYGIN en *Lagunas en el derecho*²³. ATRIA afirma:

«Al decidir que el caso es tal que la regla no debe ser aplicada a él (a pesar de que el caso se ajusta a los hechos operativos de esa regla), ¿está el juez creando derecho? En algún sentido sí, porque está introduciendo una excepción a la regla. Pero en otro sentido no, porque no está modificando a la regla sino adecuando su aplicación»²⁴

A esto Bulygin contesta:

«[...] cuando ATRIA dice que se introduce una excepción, pero no se modifica la norma, incurre en una contradicción, porque *introducir una excepción en una norma es modificarla*. La introducción de una excepción es una norma implica modificar la norma, pues equivale a su derogación parcial. Y tanto la derogación (total o parcial de normas generales existentes, como la promulgación de tales normas son típicos actos de legislación. Por lo tanto, el juez que introduce una excepción en una norma, actúa como legislador, es decir, modifica el derecho»²⁵.

En nuestra opinión BULYGIN tiene razón al señalar la contradicción de ATRIA; es demasiado obvia. Introducir una excepción es introducir una propiedad relevante y esto es alterar el sentido originario de la regla. Que esto valga para todos los otros casos concretos futuros o no es otro cantar, pero para el momento de resolver el caso concreto es interpretar la necesidad de alterar la premisa normativa sobre la que se basará la decisión judicial. Implica, por tanto, crear una regla para resolver el caso.

23 Este libro está escrito también por José Juan MORESO, José L. RODRÍGUEZ, Juan RUIZ MANERO y Pablo NAVARRO (editorial Marcial Pons, Madrid, 2005). Disculpen la digresión pero vale una analogía entre este libro y la interpretación de la música jazz, pues el libro está estructurado al modo de una *jam session*. Una *jam session* se forma cuando en un mismo espacio y tiempo se reúnen dos o más músicos para exponer sus facultades dialectico-musicales creando música en el mismo momento sobre una estructura armónica de un tema musical preestablecido o sobre una estructura armónica también creada en ese mismo tiempo y lugar. En la *jam session* los músicos improvisan por turno sobre el mismo patrón y las improvisaciones son alimentadas a su vez por los demás músicos que van acompañando. Como quiera que sea la *jam session* tiene como característica principal una suerte de esfuerzo dialéctico que se va creando de manera más o menos espontánea y sobre una misma estructura. El patrón (o hilo conductor) en el caso del libro es el tema de las lagunas y también temas consecuentes a éste como ser: la función jurisdiccional, la discrecionalidad, las motivaciones de las sentencias, el papel que juegan las reglas y los principios e inclusive el papel que juega el positivismo jurídico. Estos temas fueron analizados y discutidos por todos los que escribieron cada capítulo, pero la particularidad es que el debate se da entre ellos mismos.

24 ATRIA y vv.aa.: op. cit., p. 47 y ss.

25 ATRIA y vv.aa.: op. cit., p. 74 y ss.



En relación con las lagunas axiológicas GUASTINI sostiene que el intérprete puede crear lagunas axiológicas por medio de la técnica de la disociación, la cual es algo parecido al *distinguishing* de los jueces del *comon law*. La técnica, dice GUASTINI, consiste en una interpretación restrictiva por la que se introducen distinciones nuevas no realizadas por el legislador descomponiendo la clase de los supuestos previstos en el texto de la norma en dos o más subclases con el intento de sugerir que esas subclases (descompuestas por el intérprete) al ser diferentes deben tener consecuencias jurídicas también diferentes²⁶.

Es lo que ocurrió en el caso *Meyer c. Duval*. En última instancia, la Corte Suprema de Justicia había introducido alguna distinción en el texto del art. 671 del C.c. introduciendo subclases y, por tanto, modificando la solución de la norma. El citado artículo dispone que ante la existencia de lesión, el lesionado puede: *demandar la nulidad del contrato* [o] *su modificación equitativa*. La Corte entendió que si bien el lesionado puede demandar la nulidad o la modificación, es facultad exclusiva del demandado aceptar la modificación o no y si no la acepta la demanda de modificación debe ser rechazada.

«[...] si bien el actor puede pedir la nulidad o la modificación del convenio, es facultad exclusiva del demandado aceptar la modificación o no. Es decir, a falta de una norma que expresamente imponga al demandado el deber de aceptar formar parte de una relación contractual en términos distintos a los previstos por las partes en la creación del vínculo, el magistrado no puede compeler al contratante a aceptar la modificación de uno de los elementos esenciales del acuerdo y constreñirlo a someterse a una relación no querida [...] Recordemos antes lo ya dicho respecto del art. 671 del Cód. Civ. Dicho artículo no prevé la condena lisa y llana a contratar, sino que es el demandado quien puede evitar la nulidad ofreciendo la modificación equitativa de contrato o recomposición de la relación contractual. Si tal ofrecimiento no se produce, el juez no puede pronunciarse en tal sentido. Si lo hiciere, esa conducta configura ni más ni menos una derogación del principio fundamental de todo el régimen contractual del Cód. Civ., que es el principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el art. 715 del Cód. Civ.»

26 GUASTINI, Riccardo: Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas axiológicas e Interpretación, en *Doxa* (Cuadernos de Filosofía del Derecho N° 31 (2008), p. 143 y ss.



Con este criterio la Corte introdujo una distinción o subclase respecto a la pretensión de la modificación equitativa de contrato y modificó la norma que dice: «si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de éste, *podrá el lesionado dentro de dos años demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa*» (las cursivas son mías), añadiéndole una solución diferente para una distinción creada por el juez en el siguiente sentido: «*pero si el demandado al contestar la demanda no acepta la modificación equitativa del contrato, el juez deberá rechazar la demanda*».

Pretendo demostrar cómo la Corte decidió la *derrotabilidad* de una norma invocando el principio de autonomía de la voluntad, introduciendo una variante que derogó parcialmente al art. 671 del C.c. La actitud que sí habría que destacar como positiva es que, a diferencia de lo que ocurrió con el miembro del Tribunal en segunda instancia para resolver la notable desproporción, se dieron razones para causar la derrota parcial de la norma.

En lo que concierne a las *lagunas normativas* (silencio de la ley), importante es recordar que conforme a la propuesta de ALCHOURRÓN y BULYGIN, estas lagunas son inferidas de microsistemas normativos, esto es así puesto que el sistema al que aluden para afirmar la existencia de lagunas está conformado por un conjunto de normas que enuncian un conjunto de casos (genéricos) relacionados y le imputan efectos jurídicos. El ejemplo que utilizan es sumamente gráfico. El sistema jurídico con el que se manejan está conformado por los artículos 2777 y 2778 del Código civil argentino que regulan a la *reivindicación*, de los cuales se infiere, mediante la exposición de todos los posibles casos que se pueden presentar a partir del universo de propiedades que aparecen en los artículos, que existen algunos que no están contemplados²⁷. Por tanto, como lo describe MORESO, las lagunas normativas serían tales, pero relacionadas a un determinado universo de casos delimitado por el microsistema²⁸.

Desde esta perspectiva, el aporte de este tipo de lagunas es valioso, porque así las lagunas en teoría podrían ser identificadas sin la presencia de un caso concreto y, además, como se trata de todas las combinaciones de propiedades consideradas por el legislador como relevantes, la falta de la previsión de una combinación casi siempre nos llevará a concluir que el caso debía estar previsto, sin, aparentemente, la

²⁷ ALCHOURRÓN y BULYGIN: op. cit., p. 45 y ss.

²⁸ ATRIA y vv.aa.: op. cit., p. 193 y ss.



necesidad de demasiada deliberación para interpretar la existencia de lagunas. Podría pensarse así que se pueden identificar todos los casos –de este tipo de lagunas– que presenta un ordenamiento jurídico, esto facilitaría considerablemente el trabajo justificativo para afirmar que existe silencio de la ley cuando no debería existir.

Pero la interpretación de lagunas normativas ¿es sólo una cuestión de lógica de los sistemas normativos? GUASTINI al respecto señala que ni siquiera las lagunas normativas se pueden independizar de la subjetividad del intérprete. Según GUASTINI, conforme a alguna interpretación determinada, una laguna normativa desaparece para dar lugar a una laguna axiológica²⁹.

Además, de lo señalado por GUASTINI, la realidad es más compleja y el concepto de lagunas normativas estipulado por ALCHOURRÓN y BULYGIN no agota todas las posibilidades de *silencio de la ley* con el que un juez se puede encontrar en los casos concretos. Esta expresión es más amplia. El mismo BULYGIN en *Lagunas en el derecho* plantea la pregunta sobre qué ocurre con las conductas no reguladas que no constituyen lagunas normativas³⁰, con lo cual se refiere a otros casos que no forman parte de la tipología expuesta conjuntamente con ALCHOURRÓN en *Normative Systems*. Ante estos *silencios de la ley*, afirmar la existencia de laguna implicará distinguir entre: casos que *no están* regulados por una ley pero que *deben estarlo* y casos que no están regulados por la ley y que *no deberían estarlo*. Y esto nuevamente tiene que ver con una *valoración* que dependerá de la voluntad del intérprete.

Entonces, la propuesta de ALCHOURRÓN y BULYGIN tampoco anula la posibilidad de que la interpretación de la existencia o no de las lagunas en el Derecho dependa de la perspectiva del intérprete.

5- Justificar la interpretación de la existencia de lagunas

Venimos sosteniendo que la interpretación de la existencia de lagunas es una actividad que implica un importante ingrediente subjetivo. Esto podría llevar a sostener que constatar su existencia es, finalmente, una operación que no puede anular las preferencias personales del intérprete. Esto es una realidad, pero no implica que la teoría del Derecho se quede en esta descripción sin procurar aminorar el grado de indeterminación de lagunas y buscar soluciones satisfactorias y coherentes con los valores a los que aspira un Estado de Derecho.

²⁹ GUASTINI: op. cit. p. 150.

³⁰ ATRIA y vv.aa.: op. cit., p. 83.



¿Cómo aminoramos la subjetividad en estos problemas de interpretación en el campo de las lagunas? No se trata de encontrar respuestas en el formalismo jurídico con la aplicación de normas de clausura del tipo: «todo aquello que no está prohibido está permitido», tal como lo sostenía Kelsen. Ya nadie se podría animar a defender esta norma, pues tampoco ha resuelto de manera satisfactoria los conflictos de intereses que se presentan ante los jueces para ser resueltos.

Una herramienta necesaria que da cuenta de la obligación de buscar decisiones satisfactorias es la teoría estándar de la argumentación jurídica que encuentra un punto de equilibrio entre el excesivo formalismo y el escepticismo radical.

La teoría de la argumentación jurídica ha volcado el interés del razonamiento jurídico al aspecto justificativo de sus conclusiones, decisiones o resolución de conflictos. Justificar es proferir razones satisfactorias.

Entonces, ¿qué tipos de razonamientos serán pertinentes? Bosquejemos algunas propuestas que estimamos que ayudarán a resolver esta cuestión.

En primer lugar, debemos realizar una distinción entre dos tipos de razonamiento: el razonamiento teórico del razonamiento práctico.

El *razonamiento teórico* es aquel que está dirigido a conocer la realidad; es descriptivo, pues muestra y explica las causas de un fenómeno humano, social o de la naturaleza.

El *razonamiento práctico* está dirigido a fundar lo valioso o disvalioso de una acción o de un curso de acción, o a establecer —a partir de lo valioso o disvalioso— una acción como debida, obligatoria o permitida³¹.

Cuando explicamos las causas ideológicas o psicológicas que tuvo un juez para entender el sentido de una decisión adoptada por él, nos estamos moviendo en el campo del razonamiento teórico. Pero si realizamos una crítica de las razones que llevaron al mismo juez a tomar la decisión en un sentido equis y, además, sostenemos que una decisión correcta hubiera sido otra acorde con un principio jurídico de rango constitucional, nos estamos moviendo en el campo del razonamiento práctico.

A su vez, en cuanto al razonamiento práctico, caben dos vertientes que pueden

31 ATIENZA, Manuel: *El Derecho como argumentación*, editorial Ariel, 2ª edición, Barcelona, 2007, p. 197 y ss.



ser distinguidas. Cuando sostenemos que: si se llevan a cabo ciertas decisiones, se podrán conseguir determinados fines considerados valiosos, estamos aduciendo razones prácticas en sentido *instrumental*. Cuando pretendemos fundar una acción o un curso de acciones en determinadas normas o valores, aducimos razones prácticas en sentido estrictamente *justificativo*.

Ejemplos. Si en el ámbito legislativo se sostiene que es necesario regular la promoción de un programa nutricional para alumnos de escasos recursos para así conseguir que la calidad del aprendizaje se aumente en todos los niveles, se estará en el plano del razonamiento práctico instrumental. Si se sostiene que es necesaria la regulación de los programas nutricionales para alumnos de escasos recursos en virtud a lo dispuesto en el principio directriz de la responsabilidad educativa del Estado consagrada en el art. 75 de la Constitución paraguaya, estamos ante un razonamiento práctico justificativo (en sentido estricto).

Para la afirmación de la existencia de lagunas, entendemos que pueden aducirse tanto razones teóricas como razones prácticas, y, respecto de éstas, razones instrumentales y razones justificativas en sentido estricto.

En segundo lugar, para afirmar la existencia de lagunas, el razonamiento debe realizarse enfocado en el caso concreto, esto es, en el conflicto de intereses que requiere solución.

De manera que el juez debe razonar por medio de una reflexión interpretativa entre el caso concreto, el ordenamiento jurídico y el deber ser de consistencia y coherencia de las decisiones judiciales atendiendo a las consecuencias, la consistencia, la coherencia y ponderando sobre los principios.

Si bien el tipo razonamiento legislativo y judicial se hacen similares cuando el caso se revela lagunoso, consideramos importante advertir esta distinción: en el ámbito legislativo, la deliberación acerca de la conveniencia o inconveniencia, pertinencia o impertinencia de regulación jurídica, es realizada sobre la base de problemas que se presentan en la sociedad de una manera general y más o menos difusa; mientras que en el ámbito judicial, la deliberación acerca de que el derecho debe (o no) contener una regla, debe ser realizada enfocado en un caso concreto, atendiendo a sus particularidades y aristas.

En tercer lugar, si bien el problema de las lagunas importa distinguir las dos preguntas señaladas ya en la introducción de este trabajo (cuándo existen y



cómo colmo), en algunos casos responder al cuándo implicará responder al cómo (o viceversa), en otros casos las razones deberán ser distintas.

En lo que respecta a los problemas de oscuridad de la ley debemos realizar una distinción entre dos problemas típicos que se presentan, principalmente, en el lenguaje natural y, en menor medida –pero también se presentan–, en el lenguaje técnico. Los problemas son la ambigüedad y la vaguedad. Una palabra (o una expresión) presenta vaguedad cuando existe falta de precisión en su designación, es decir, cuando hay casos reales cuya aplicabilidad es dudosa. Por ejemplo, la propiedad «notable desproporción de las prestaciones» del art. 671 del C.c. que señalamos más arriba presenta una *notable* vaguedad. Una palabra (o una expresión) es ambigua cuando tiene dos o más significados, por ejemplo, la palabra *lagunas*.

Afirmar tanto la ambigüedad como la vaguedad que revela al Derecho como lagunoso implica principalmente la realización de un razonamiento teórico, es decir, descriptivo. Ahora bien, el juez puede también encontrar diversos significados que caben respecto a una misma palabra o expresión de la ley, pero, si de esas posibilidades se verifica que existen algunos posibles sentidos que llevan a decisiones absurdas, la situación no podrá ser considerada como oscuridad de la ley, lo que implica también una dosis de razonamiento práctico.

En el caso de las lagunas normativas, la afirmación del silencio de la ley deberá ser también descriptiva, pues consistirá en demostrar qué combinación de propiedades no ha sido prevista por el legislador.

Ahora bien, para afirmar la existencia de lagunas axiológicas, el razonamiento deberá ser teórico y, en gran medida, práctico. Es teórico porque se deberá mostrar cómo una propiedad relevante no ha sido tenida en cuenta como excepción para una regla, lo que implica un razonamiento descriptivo. Pero es práctico en la medida que la afirmación de una propiedad como relevante implica hacer un juicio de valor sobre la necesidad de su presencia en una regla, y esto no es más que argumentar sobre el *debe ser* del derecho.

Por último, respecto de los casos que revelan al derecho como lagunoso pero que no constituyen lagunas normativas en el sentido caracterizado por ALCHOURRÓN y BULYGIN, también presentan la necesidad de moverse en el campo del razonamiento teórico y del razonamiento práctico. Un juez para crear una regla deberá describir que ella no se halla presente en el ordenamiento jurídico, pero también deberá sostener que el caso concreto amerita que tenga una solución en una regla jurídica.



Decíamos que la teoría estándar de la argumentación jurídica es un punto de equilibrio entre el relativismo (o escepticismo) interpretativo y el formalismo extremo, y propone esquemas de razonamiento a partir de los cuales se puede afirmar o calificar como racional una decisión tomada por un juez. Esto no quiere decir que las teorías de la argumentación afirman que existe una, y sólo una, respuesta correcta para cada caso judicial que se presenta.

Es por este motivo que consideramos un imperativo el justificar expresamente la interpretación de la existencia de lagunas.

6- Conclusión

Recapitulamos los puntos centrales del presente trabajo conforme a lo siguiente:

Primero, el problema que planteamos en el trabajo ha tenido que ver con los aspectos interpretativos para la afirmación de la existencia de lagunas en el Derecho y de cómo ésta, a su vez, tiene que ver con un aspecto subjetivo del intérprete (juez) y cómo toda interpretación debe estar apoyada en una adecuada justificación.

Segundo, la cuestión de las lagunas en el Derecho privado están reguladas en el artículo 6 del Código civil paraguayo, del que se extraen varias normas. Una de ellas es un enunciado de tipo normativo condicional que dispone: si el juez constata el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, entonces debe crear una norma para resolver el caso.

Tercero, es un problema interpretativo determinar cuándo se constata el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley (antecedente). Estos son vocablos jurídicos indeterminados que requieren algunas delimitaciones y pareciera ser que la existencia o inexistencia de lagunas dependen siempre de una interpretación subjetiva del juez.

Cuarto, una propuesta para delimitar la interpretación de las lagunas en el Derecho es la tipología que ofrecen ALCHOURRÓN y BULYGIN, pero esta no anula la posibilidad de que existan valoraciones subjetivas para prevenir e inclusive crear lagunas.

Quinto, ante las posibilidades de interpretaciones subjetivas, existe la



posibilidad de rayar las decisiones jurídicas en arbitrariedad. Las propuestas de la concepción del derecho como una práctica social, por medio de las teorías de la argumentación son necesaria para lograr un equilibrio entre el excesivo formalismo o el excesivo escepticismo para la interpretación de la existencia de las lagunas en el Derecho.



Bibliografía

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio: *Introducción a la metodología de las ciencias Jurídicas y Sociales*, 1º edición, 5º reimpresión (2006), editorial Astrea, Buenos Aires, 1975.
- ATIENZA, Manuel:
 - *El Derecho como Argumentación*, editorial Ariel, 1º edición, 2º reimpresión (2007), Barcelona, 2007.
 - *El sentido del Derecho*, editorial Ariel, Barcelona, 2001.
 - *Las razones del Derecho (Teorías de la Argumentación Jurídica)*, editorial Palestra, 2º edición, Lima, 2004.
- ATRIA, Fernando; BULYGIN, Eugenio; MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E.; RODRÍGUEZ, Jorge L.; RUIZ MANERO, Juan: *Lagunas en el Derecho (Una controversia sobre el Derecho y la función judicial)*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2005.
- CARRIO, Genaro: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, editorial Lexis Nexis (Abeledo-Perrot), 5º edición, Buenos Aires, 2006.
- ECHAVE, Delia Teresa; GUIBOURG, Ricardo A.; URQUIJO, María Eugenia: *Lógica, Proposición y Norma*, editorial Astrea, 1º edición, 6º reimpresión (2002), Astrea, 1980.
- GUASTINI, Riccardo:
 - *Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, Lagunas axiológicas, e Interpretación*, en revista Doxa, cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 31, 2008.
 - *Antinomias y Lagunas*, en Revista Jurídica Anuario, traducción de Miguel Carbonell.
- GUIBOURG, Ricardo A.: *Derecho, sistema y realidad*, editorial Astrea, 1º edición, 2º reimpresión (2010), Buenos Aires, 1986.
- HART, Herbert L.A.: *El Concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, 2ª edición, reimpresión (2004), editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.



- LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, editorial Ariel, 4º edición, Barcelona, 1980.
- MENDONCA, Daniel: *Análisis constitucional. Una introducción*, editorial Intercontinental, 1º edición, Asunción, 2008.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso: *Una filosofía del Derecho en modelos Históricos*, editorial Trotta, Madrid, 2002.
- NINO, Carlos: *Introducción al análisis del derecho*, 2º edición, editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.
- SEARLE, John R.: *Mente, Lenguaje y Sociedad (La filosofía en el mundo real)*, traducción Jesús Alboréz, 1º edición, 1º reimpresión (2004), editorial Alianza, Madrid, 2001.





EL ENFOQUE DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL EN EL DERECHO COMPARADO Y SU IMPORTANCIA PARA EL PARAGUAY

Por Juan Francisco Recalde Galván^{1*}

1- Introducción

El presente trabajo, no pretende abarcar todas las esferas de la lucha del Estado en contra de la Delincuencia Organizada, sino lo que se busca con este estudio es reconocer algunas de las facetas más importantes de este fenómeno que permiten la eficaz detección y persecución penal de este tipo de delincuencia y que hasta la fecha en la República del Paraguay no se ha alcanzado con eficiencia.

Quizás ello se deba a que este país, salvo casos aislados, no ha tenido históricamente casos de Terrorismo extremo con exterminio de numerosos inocentes como el fatídico suceso de 09/11² (o atentado contra las Torres Gemelas) en los Estados Unidos; el atentado del 11-M³ en Madrid-España; el vuelo 203 de Avianca⁴ en Colombia; o más cercano aún, el atentado a la AMIA⁵ en la vecina República Argentina.

Los eventos que sí se pueden mencionar por ser los más cercanos en el caso paraguayo son: el asesinato de Anastacio Somoza el 17 de septiembre de 1980 con un lanza cohetes, el asesinato de Luis María Argaña el 23 de marzo de 1999 y las

1 * Abogado, Escribano, Máster en Corrupción y Estado de Derecho por la Universidad de Salamanca (España-2008), ex-becario de la Fundación Carolina, post-grado en Didáctica Universitaria por la Universidad Nacional de Asunción (2007), cuadro de honor en Derecho y Escribanía. Varios cursos, seminarios y talleres nacionales referidos a Delitos Económicos, Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo. Reasignado como Asistente de la Dirección de Delitos Económicos (2006/08) designado por concurso interno de funcionarios del Programa Umbral. Relator Fiscal (2009-2013) y Docente del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público.

2 Atentado con dos Aviones comerciales al World Trade Center que causó la caída de las denominadas Torres Gemelas, además de otro avión estrellado contra el Pentágono y un cuarto avión que cayó a campo abierto, con un total de más de 3000 muertes y 6000 heridos el 11 de septiembre de 2001.

3 Atentado a cuatro trenes con 10 mochilas explosivas en la Estación Atocha y cercanías, el 11 de marzo de 2004, en el cual fallecieron 191 personas y fueron heridas 1858.

4 Un artefacto explosivo hizo estallar y desintegrarse el avión en el aire el 27 de noviembre de 1989, en las afueras de Bogotá dejando un saldo de 110 víctimas fatales, atentado dirigido por el Cartel de Medellín, en contra del candidato presidencial César Gaviria quien no se encontraba en dicho vuelo.

5 Ocurrido el 18 de Julio de 1994, en la Asociación Mutual Israelita Argentina, donde artefactos explosivos acabaron con la vida de 85 personas e hirieron a otras 300.



actuales actividades terroristas⁶ desarrolladas por el autodenominado Ejército del Pueblo Paraguayo (EPP), aunque ninguno de ellos con la cantidad tan elevada de pérdida de vidas inocentes, como ocurrió a nivel internacional.

Las mencionadas actividades criminales, son solamente una de las facetas de la delincuencia organizada, ya que además de los crímenes de sangre, por denominarlos de alguna forma, existen otro tipo de asociaciones o grupos que se dedican a otro tipo de actividades, donde la violencia no es la primera medida, pero tampoco ha de ser la última, como se irá viendo.

En ese contexto, en la presente investigación, primeramente se definirá básicamente y conforme con las Convenciones Internacionales, qué se entiende por Crimen o Delincuencia Organizada y sus diferentes acepciones o tipologías. Luego, se expondrán algunos informes que exhiben ciertas facetas de la realidad nacional, así como legislaciones comparadas y nacionales, algunas como ejemplo de cómo se debería actuar y, otras, como muestra de qué ocurre cuando no existe comunicación entre los actores estatales a la hora de promover reformas, todo ello a fin de identificar si en la lucha contra este fenómeno el Estado Paraguayo está siendo reactivo o proactivo, para culminar con ciertas sugerencias a fin de disminuir la brecha existente, hoy en día, entre los avances de la delincuencia organizada y los avances del Paraguay en esta lucha.

2- Evolución de la definición de la delincuencia organizada en el derecho comparado y en los instrumentos internacionales.

Independientemente de que el término en cuestión es universal y coloquialmente conocido, en sentido estricto, no es fácil hablar del Crimen Organizado como fenómeno, ya que dependiendo desde la perspectiva abordada (ciencia, país, experto, norma), podrían existir más de 170⁷ definiciones diferentes.

Los numerosos conceptos de este fenómeno dependen de diversos factores, como la conformación de la sociedad, la geografía, la política y un sinnúmero de aspectos que hacen que cada país le dé mayor o menor relevancia a un tipo u otro de delincuencia organizada.

6 <http://www.abc.com.py/edicion-impres/policiales/hechos-cometidos-por-el-epp-son-calificados-como-actos-terroristas-353065.html>, consultada el 17/09/2013.-

7 <http://www.organized-crime.de/> Consultada el 20/09/13



Así, existen las denominaciones de Mafias, Carteles, Guerrillas, Terroristas, Triadas, Yakusas, Narangheta y muchas otras que varían de un país a otro y cada una de estas modalidades tienen tratamientos muy diferentes, tanto desde la perspectiva de la persecución penal como desde el aspecto preventivo.

Si bien este tipo de actividades ilícitas data desde los inicios de la civilización misma, incluso antes de que el hombre se inicie en la navegación, como resultado de los avances tecnológicos que se han suscitado en las últimas décadas, no solamente las fronteras se han estrechado sino que las comunicaciones recorren casi en forma instantánea el mundo y las relaciones comerciales son cada vez más fluidas y profusas con el avance de la globalización y la tecnología, todos estos factores han sido óptimos para la proliferación de las actividades ilícitas y que su ocultamiento sea más fácil.

En forma paralela con estos avances, el asimétrico interrelacionamiento jurídico y la falta de organización entre los estados para la obtención de objetivos comunes y la respectiva cooperación, han facilitado enormemente que el crimen organizado vaya cruzando las fronteras, de acuerdo a sus propios intereses y explotando la problemática que implica las investigaciones conjuntas entre los estados y la cooperación en general.

A nivel científico se puede citar a varios autores. Así, el **Prof. Isidoro Blanco Cordero**⁸, en una de sus publicaciones se refiere al delincuente organizado de la siguiente manera: “*El delincuente organizado es un empresario, y la organización actúa como una auténtica empresa criminal, que asume los modelos y estructuras propias del mundo de la industria y de los negocios. Se habla de la “industria del crimen”, de “empresas criminales” y, dado su carácter transnacional, de “multinacionales del crimen”.*”-

Por su parte, **Martínez, Israel Alvarado**⁹, citando a varios autores, realiza un excelente resumen al establecer el perfil criminológico de este tipo de delincuencia con los siguientes elementos: “*a) Realizar la actividad por medio de un grupo o asociación criminal; b) Composición estructurada; c) Carácter permanente y autorrenovable; d) Aparato jerarquizado con estructura vertical;*

8 Blanco Cordero, Isidoro. *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación de una organización criminal y los problemas de la aplicación de la Ley Penal en el espacio.* 37p. [s.l.]

9 Martínez, Israel Alvarado. *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio.* Universidad Nacional Autónoma de México. 2012. 89 p.



e) *Estricta disciplina y coalición con los propios miembros; f) Utilización de todo tipo de medios; g) Fines primordialmente vinculados con la obtención de beneficios económicos*".

El mismo autor cita las 14 características de los grupos de crimen organizado identificados por la Real Policía Montada de Canadá en 1999 como los siguientes: *"Corrupción y uso de influencias ilícitas, explotación de debilidades y chantaje de figuras públicas prominentes. Disciplina y obediencia a través del miedo y la violencia. Infiltración, esfuerzos constantes para ganar espacio en instituciones legítimas con el objetivo de protegerse ante posibles detenciones. Aislamiento. Protección de los líderes de la organización separándolos de los soldados, célula por célula y función por función. Monopolio, control sobre ciertas actividades criminales dentro de un área geográfica, no tolerancia para la competencia. Motivación, lográndola fundamentalmente por medio de la acumulación de riquezas. Subversión de las instituciones de la sociedad y de los valores morales y legales. Historia, lo que permite enriquecer su práctica criminal. Violencia, usada para fortalecer la organización. Sofisticación, uso de sistemas de comunicaciones avanzadas, control financiero y operaciones. Continuidad, la corporación y la organización sobrevive a los individuos que la crearon. Diversidad de las actividades ilícitas, proteger a la organización de su dependencia de una sola actividad. Obligación de seguridad y protección de persona a persona y de la persona a la organización, en ocasiones a través de complejos ritos de iniciación. Movilidad más allá de los límites nacionales y jurisdiccionales"*¹⁰.-

Según un **Ramón Ochoa**: *"...el crimen organizado está siempre relacionado con un mercado ilegal. Si bien la violencia es de suma importancia para obtener resultados económicos, no es imprescindible que la actividad que caracterice al grupo sea el uso de la violencia, la fuerza o la intimidación. Incluso en ocasiones basta con tener la reputación de violencia para intimidar a las bandas y a las autoridades"*.¹¹

Eduardo Andrada Sánchez¹², destaca que en la Unión Europea se han definido ciertos indicadores: *1) Colaboración de dos o más personas; 2) Tareas repartidas; 3) Actuación por un periodo de tiempo prolongado o indefinido; 4)*

¹⁰ Ídem 8

¹¹ De la Cruz Ochoa, Ramón. Crimen Organizado. Delitos más frecuentes. Aspectos criminológicos y penales. Cuba. 2006.-

¹² Andrade Sánchez, Eduardo. *Instrumentos jurídicos contra el Crimen Organizado*. UNAM, México, 1997. 140 p.



Utilización de alguna forma de disciplina o control; 5) Sospecha de comisión de delitos que por sí solos o de forma global sean de importancia considerable; 6) Operatividad a nivel internacional; 7) Empleo de la violencia o de otros medios idóneos para intimidar; 8) Uso de estructuras comerciales o de negocios; 9) Actividades de lavado de dinero; 10) Ejercicio de la influencia en política, medios de comunicación, administración pública, autoridades judiciales y económicas; 11) Búsqueda de beneficios de poder. El citado autor concluye que si bien todos los indicadores llevarían a la posibilidad de la existencia de una Criminalidad Organizada, solamente se consideran como los indispensables los indicadores 1, 5 y 11, sin los cuales no podría realizarse la distinción.

Al acudir al derecho comparado a los efectos de conocer la regulación legal interna al respecto, se tiene que los Estados Unidos han iniciado la persecución de este tipo de delincuencia desde el año 1970 con la promulgación de la Ley denominada “Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act”, más conocida como “RICO”, que fue modificada en varias ocasiones con la más radical de todas sus enmiendas, la del año 2001, denominada “Patriot Act”.

Por su parte, la Unión Europea ha venido tratando el tema en forma multilateral desde 1975, incluso antes de que las Naciones Unidas incluyera este tema en su agenda de prioridades. Sin embargo, se puede citar como una de las primeras legislaciones que tipifica como un delito esta conducta, es la italiana, que en el artículo 416 (bis) de su Código Penal define a la Asociación Mafiosa como:



Texto Original Art. 416 -bis - Associazione di tipo mafioso. – Chiunque fa partedi un'associazione di tipo mafioso formata da tre o piu' persone, e' punito con la reclusione da tre a sei anni. Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per cio' solo, con la reclusione da quattro a nove anni. L'associazione e' di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omerta' che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attivita' economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per se' o per altri...	Traducción Art. 416. -bis- Asociación mafiosa. – El que forme parte de una asociación mafiosa conformada por tres o más personas será sancionado con la pena de prisión de tres a seis años. Los que promovieran, dirijan u organicen la asociación, por este solo hecho podrán ser sancionados con prisión de cuatro a nueve años. La asociación es mafiosa cuando sus miembros hacen uso del poder intimidatorio de la asociación y del sometimiento al código de honor y silencio con el fin de cometer delitos para adquirir, directa o indirectamente, la gestión o las actividades de control económico, concesiones, autorizaciones, contratos y servicios públicos o de obtener beneficios o ventajas indebidas para sí mismo o en favor de otros...
---	--

La tipificación que hace el Código Penal Italiano en su artículo 416 bis, viene a ser un nuevo tipo adicional de delincuencia, ya que lo diferencian de la asociación para delinquir tipificada en el art. 416¹³ y, además, por la complejidad de la realidad italiana, la legislación que realizó tal modificación, *Rognoni-La Torre*¹⁴,

13 “Art. 416 -Associazione per delinquere - Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni...”.

14 LEGGE 13 settembre 1982, n. 646. Italia.



contiene disposiciones penales y procesales, medidas de prevención, disposiciones tributarias, fiscales y la creación de una comisión parlamentaria que trata el tema, por lo que no quedó en la simple tipificación del fenómeno, sino también en la dotación de nuevas herramientas en su lucha.

Luego, uno de los instrumentos que dio el punta pie inicial para la discusión del tema a nivel internacional fue la Declaración Política y Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada¹⁵, que en su punto 12 declara: “Para combatir eficazmente la delincuencia organizada, los Estados deberán tener en cuenta las características estructurales y el modus operandi de este tipo de delincuencia al formular estrategias, políticas y medidas legislativas y de otra índole. Sin que constituyan una definición cabal y jurídica del fenómeno, cabe considerar como típicas las siguientes características: la formación de grupos para dedicarse a la delincuencia; los vínculos jerárquicos o las relaciones personales que permiten el control del grupo por sus jefes; el recurso a la violencia, la intimidación o la corrupción para obtener beneficios o ejercer el control de algún territorio o mercado; el blanqueo de fondos de procedencia ilícita para los fines de alguna actividad delictiva o para infiltrar alguna actividad económica legítima; el potencial para introducirse en alguna nueva actividad o para extenderse más allá de las fronteras nacionales; y la cooperación con otros grupos organizados de delincuentes transnacionales”.

En este mismo sentido, no se hizo esperar la Unión Europea que, el 21 de diciembre de 1998¹⁶, esbozó una definición que sería posteriormente adoptada -con ciertos matices- por las Naciones Unidas: “se entenderá por «organización delictiva» una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa, con independencia de que esos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública”.

A partir de ese entonces, se observa que se originaron las discusiones sobre el tema a nivel internacional y los países que padecían esta problemática dejaron

15 Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/49/748 del 2 de diciembre de 1994.

16 Acción común adoptada por el Consejo Europa <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998F0733:ES:HTML> consultada el 21/09/13.



de estudiar el fenómeno en forma aislada e, incluso, trajeron como consecuencia cambios radicales en las legislaciones de cada país.

Así, se ha llegado hasta el punto de que en la propia Constitución de un país se define a la delincuencia organizada como: *“Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.”* Tal es el caso de los Estados Unidos Mexicanos¹⁷ que han modificado su propia Constitución para abordar de manera más contundente una situación de por sí ya desbordada.

Por su parte el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, luego de varios y gravísimos atentados y con experiencia suficiente en la materia, ha publicado en el 2008 una reseña general sobre el combate a la delincuencia organizada transnacional por parte de las fuerzas del orden público y, en ese documento puede encontrarse una definición al respecto de Delincuencia Organizada: *“se refiere a las asociaciones auto-sostenidas de individuos que funcionan en el ámbito internacional con la finalidad de obtener poder, influencia, ganancias monetarias y/o comerciales, total o parcialmente por medios ilegales, mientras protegen sus actividades a través de un patrón de corrupción y/o violencia. No existe una estructura única bajo la cual los delincuentes organizados se desempeñan en el ámbito internacional; estas varían de jerarquías a clanes, redes y células, y pueden evolucionar para convertirse en otras estructuras. También varían los delitos que cometen.”*¹⁸.

Expuestos diferentes enfoques y realidades en disposiciones legales y documentos regionales e internos de diferentes países, conviene reiterar que las diferentes denominaciones existentes, tales como Delincuencia Organizada, Crimen Organizado y Criminalidad Organizada no son más que nomenclaturas diferentes para un mismo fenómeno.

Conforme se pudo observar, lo que ha cambiado a través del tiempo es la adición de la palabra “Transnacional”, que no es otra cosa que la identificación de que las relaciones de este tipo de delincuencia han sobrepasado las fronteras, lo que implica mayores esfuerzos a nivel de cooperación entre los países, ya que las consecuencias o perjuicios ya no son exclusivos de un determinado país.

17 Art. 16 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, modificada en el año 2008 que contiene excepciones a las garantías procesales para quienes sean parte de la delincuencia organizada.

18 www.justice.gov consultado el 22 de septiembre de 2013



3. La convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional

Es así como surge el avance más importante y significativo a nivel global sobre la materia: “*La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*”. En ese contexto, al ser presentado el documento en cuestión, el propio Secretario General de las Naciones Unidas describió el crecimiento de este fenómeno de la siguiente forma: “*Los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña. En cambio, nuestros esfuerzos por combatirlos han sido hasta ahora muy fragmentarios y nuestras armas casi obsoletas*”¹⁹.

Ante tales afirmaciones, es que de la propia Convención parten las definiciones básicas que serán utilizadas en este trabajo:

a) Por “**grupo delictivo organizado**” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;

b) Por “**delito grave**” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;

c) Por “**grupo estructurado**” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada;

4. Análisis de la fenomenología según las disposiciones de la convención

Consecuentemente, se tienen tres terminologías que complementan el todo; Grupo Delictivo Organizado, Delito Grave y Grupo Estructurado, que sumados al elemento *Transnacional*²⁰ hacen a la fenomenología de referencia.

¹⁹ Palabras del secretario general de las Naciones Unidas, *Kofi A. Annan* como Prefacio al documento: Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Nueva York, 2004

²⁰ Según el art. 3 inc. 2 de la Convención es transnacional el delito si se comete en más de un estado; si la preparación, planificación, dirección o control son realizadas en diferentes estados; si se comete en un solo estado, pero el grupo delictivo organizado realiza actividades delictivas en más de un estado; o, se comete en un solo estado, pero el delito tiene efectos sustanciales en otro estado.



Es así que para que pueda ser definido un grupo delictivo como organizado, se deben tener los siguientes elementos: **1)** que el grupo esté estructurado; **2)** que se halle integrado por 3 o más personas; **3)** que tenga una existencia duradera en el tiempo; **4)** que la actuación de sus integrantes para cometer ciertos delitos sea concertada; y **5)** que se tenga la intención de obtener un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

En cuanto al elemento **1**, para que una organización sea considerada como un “grupo estructurado”, si bien se requiere de ciertos requisitos, no es necesario que sean demostradas en juicio funciones formalmente definidas, ni tampoco la continuidad de una persona en su condición de miembro o una estructura desarrollada, para que un tribunal pueda condenar. Bastaría con que el grupo no haya sido formado fortuitamente o al azar por situaciones casuales. Una de las razones de esta disposición, es que la continuidad de una organización de este tipo cuando se ve afectada por la baja de uno de sus integrantes, sea por muerte, sea por estar detenida, la organización rápidamente reemplaza al elemento perdido con otra persona en su lugar.

Además, esta simplificación debería ser considerada de suma importancia ya que al no requerirse una estructura formalmente definida, al momento de la investigación y sanción del crimen organizado, facilita la tarea de los investigadores y jueces, ya que por un lado cuando estamos ante organizaciones criminales de gran capacidad, es muy difícil vincular la actividad delictual específica y puntual desarrollada por la organización con la conducta de quien dirige el grupo.

Por otro lado, demostrar en forma fehaciente una estructura y funcionalidades de este tipo de organizaciones pretendiendo una similitud a los manuales de funciones y organigramas en las sociedades legalmente constituidas, sería una utopía. Por ende, esta definición contenida en el artículo 2 inciso c) de la Convención, es un gran avance que facilitaría la condena de este tipo de delincuencia.

Ahora bien, en cuanto a delito grave o “*serious crime*” definido en la convención, podría equipararse a la distinción que contiene el Código Penal con relación a crímenes y delitos²¹. No obstante, conviene destacar que existen países

21 Ver art. 13 del Código Penal “*De la clasificación de los hechos punibles*” si bien para el sistema paraguayo son crímenes los hechos punibles con una sanción legal de pena privativa de libertad mayor a 5 años, la convención define como “delitos graves” aquellos delitos con sanción de 4 años o más, por lo que pareciera ser que se utilizaron criterios bastante similares, ya que es la sanción la que determina el tipo de delito y no el bien jurídico protegido, como pareciera ser el parámetro en el Brasil.



que tienen parámetros de clasificación diferentes o nomenclaturas totalmente disímiles a la nacional, como por ejemplo Brasil, con la calificación de *crimes hediondos*²² a un listado taxativo de delitos que tienen determinadas reglas. Por ende, la definición contenida en el artículo 2 inciso b), no apunta a otra cosa que facilitar el entendimiento entre los estados de lo que es el crimen organizado, pese a las diferentes nomenclaturas del derecho interno de cada país y también para evitar interpretaciones forzadas de la norma que puedan coartar los procesos de cooperación internacional.

Adicionalmente a ello, la Convención incluye en la misma categoría de delitos graves, pero con un especial énfasis, a la participación en un grupo delictivo organizado en el lavado de dinero, la corrupción, la trata de personas, la obstrucción a la justicia y otros delitos ya abordados en diferentes convenciones y protocolos, como el tráfico de estupefacientes y otros.

Como anexos a la referida Convención se tienen los diferentes protocolos sobre “Prevención, represión y sanción de la trata de personas, especialmente mujeres y niños”, “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire” y “Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones”. Todos estos protocolos, complementan la Convención y, otras, como las relativas al Terrorismo y su financiamiento y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, donde ya se tratan problemáticas similares.

Desarrollada la definición de la Convención, se puede afirmar que cualquier organización de más de 2 personas conformada a los efectos de cometer hechos punibles como los citados y otros, como el homicidio, delitos ambientales, contrabando de bienes, pueden entrar bajo esta definición y serían transnacionales si estos grupos actúan en diferentes estados o si el resultado de las actividades ilícitas se diese en otro país.

Adicionalmente a los delitos mencionados, se pone especial énfasis tanto al Lavado de Dinero como a la Corrupción, ya que si bien ambos pueden ser objeto o actividad principal de una organización criminal conforme a los criterios que se fueron describiendo, al ser principalmente la finalidad última de estas asociaciones el lucro y el disfrute de lo obtenido ilícitamente, estos dos delitos siempre son medios más que necesarios para obtener tales finalidades. Ello es así, puesto que llega un momento en que la delincuencia confunde los ingresos de actividades ilícitas,

²² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm Consultada el 20/09/13



con actividades totalmente lícitas o pretenden darle esa apariencia y, además, a fin de evitar la detección y la persecución penal o, para maximizar los “beneficios”, recurren al soborno y corrupción de los funcionarios públicos.

Sobre este punto, **Edgardo Buscaglia**²³ **identifica brillantemente 5 niveles de la penetración de la delincuencia organizada en el estado: un primer nivel** de soborno esporádico a los funcionarios públicos para obtener información, un *segundo nivel* de sobornos periódicos, donde el funcionario público ya es asalariado de la organización, un *tercer nivel* donde se ocupan los cargos medios de las instituciones claves, sea por el soborno o por la inclusión de los propios miembros de la organización en puestos clave, un *cuarto nivel* donde la delincuencia ocupa los cargos más altos en el estado y que se denomina “captura del estado” y un *quinto nivel* donde los grupos delictivos participan de las campañas electorales, sea financiando a ciertos políticos o postulándose alguno de sus miembros a algún cargo electivo.

Todos los factores antes citados son en demasía relevantes, ya que se deberían tener en cuenta, por un lado, los elementos básicos para la subsunción de estas organizaciones como organizaciones criminales sancionables por el derecho penal y por el otro, a los efectos de investigar en forma eficiente y disminuir o evitar sus actividades ilícitas desde el aspecto preventivo. Por estas razones, se deben conocer a profundidad las diferentes tipologías, los códigos de conducta y los recursos, en fin, conocer a cabalidad el *modus operandi* de los diferentes tipos de delincuencia organizada.

5- Situación del Paraguay ante el fenómeno

5.1. Factores que influyen en el origen y proliferación del crimen organizado

Una vez fijada la noción de lo que es la Delincuencia Organizada Transnacional, conviene hacer una disyuntiva entre los factores endógenos y exógenos que hacen tanto al nacimiento de este tipo de delincuencia, como su proliferación.

Así las cosas, además de las debilidades propias de aquellas instituciones claves para la detección, investigación y sanción de estas conductas, deben sumarse como otros factores exógenos, la marginalidad social y a la inseguridad, que son altamente adecuadas para la proliferación de grupos criminales, ya que además de aprovechar la falta de presencia del estado en determinadas zonas de una región,

23 Roemer, Andres. Buscaglia, Edgardo. *Terrorismo y Delincuencia Organizada: Un enfoque de Derecho y Economía*. UNAM. México, 2006. 225 p.



también por la doble vía beneficencia-amenaza, estas organizaciones no solamente van mimetizándose con la sociedad, sino que infunden admiración y temor a la vez en su zona de influencia, siendo para el estado mucho más difícil la persecución a los integrantes de estos grupos.

Igual de importante es que los grupos criminales no pueden subsistir autónomamente, si bien esta relación estado-crime organizado, según algunos autores, es de carácter simbiótico²⁴, podría decirse que es más bien del tipo parasitaria, porque en realidad, el Estado nunca obtiene ningún tipo de beneficio del Crimen Organizado, sino todo lo contrario.

Es a través de los elementos que van infiltrando o funcionarios que van corrompiendo en el Estado que estos grupos criminales obtienen mayores beneficios, información actualizada, datos privilegiados, documentación adulterada y todo tipo de ventajas a costa de la sociedad, por ende en casos endémicos inclusive, nunca debería ser la relación estado-crime la simbiótica, sino la de funcionario corrupto-crime.

Por otra parte, en concordancia con varios de los autores ya citados, también son factores exógenos que hacen a la proliferación de este tipo de delincuencia a nivel internacional, la búsqueda de mercados donde la producción u obtención de los bienes ilícitos sean más fáciles y su traslado hacia donde la demanda sea mayor, el aprovechamiento de las vulnerabilidades propias de los sistemas legales de los países en desarrollo, las ubicaciones estratégicas donde impera la impunidad y utilización del sistema financiero y de comercio, conjuntamente con los paraísos fiscales para disfrutar de los beneficios económicos de los ilícitos perpetrados.

5.2. Análisis de la Situación actual

Hechas estas precisiones, en lo que atañe a la situación del Paraguay, conviene replicar aquí algunos informes y publicaciones respecto a la imagen que proyecta el país hacia el exterior.

La más contundente y pública a este respecto, es la que se encuentra en los registros de los Estados Unidos que tiene a varias agencias con diferentes informes sobre la situación del Paraguay, y por su relevancia se cita una de ella

²⁴ Roemer, Andrés. Buscaglia, Edgardo. *Terrorismo y Delincuencia Organizada: Un enfoque de Derecho y Economía*. UNAM. México, 2006. 225 p.

Texto Original¹

Paraguay is a major drug transit country and money laundering center. A multi-billion dollar contraband trade, fed in part by endemic institutional corruption, occurs in the border region shared with Argentina and Brazil (the tri-border area, or TBA) and facilitates much of the money laundering in Paraguay. While the Government of Paraguay (GOP) suspects proceeds from narcotics trafficking are often laundered in the country, it is difficult to determine what percentage of the total amount of laundered funds is generated from narcotics sales or is controlled by domestic and/or international drug trafficking organizations, organized crime, or terrorist groups. Weak controls in the financial sector, open borders, bearer shares, casinos, a surfeit of unregulated exchange houses, lax or no enforcement of cross-border transportation of currency and negotiable instruments, ineffective and/or corrupt customs inspectors and police, and minimal enforcement activity for financial crimes allow money launderers, transnational criminal syndicates, and possible terrorist financiers to take advantage of Paraguay's financial system.

Ciudad del Este, on Paraguay's border with Brazil and Argentina, and nearby Salto del Guairá and Pedro Juan Caballero represent the heart of Paraguay's "informal" economy. The area is well known for arms and narcotics trafficking, document forging, smuggling, counterfeiting, and violations of intellectual property rights, with the illicit proceeds from these crimes a source of laundered funds. Some proceeds of these illicit activities have been supplied to terrorist organizations, and trade-based money laundering occurs in the region.

As a land-locked nation, Paraguay does not have an offshore sector. Paraguay's port authority manages free trade ports and warehouses in Argentina (Buenos Aires and Rosario); Brazil (Paranagua, Santos, and Rio Grande do Sul); Chile (Antofagasta and Mejillones); and Uruguay (Montevideo and Nueva Palmira).

Money laundering likely occurs in the formal financial sector and definitely occurs in the non-bank financial sector, particularly in exchange houses, which are often used to move illicit proceeds both from within and outside Paraguay into the U.S. banking system. Large sums of dollars generated from normal commercial activity and suspected illicit commercial activity are also transported physically from Paraguay to Uruguay and Brazil, with onward transfers likely to destinations including banking centers in the United States.

Texto Traducido

Paraguay es un país de tránsito de drogas importante y un centro de lavado de dinero. Un comercio de contrabando de miles de millones de dólares, alimentado en parte por la corrupción institucional endémica, se produce en la región fronteriza compartida con Argentina y Brasil (el área de la triple frontera, o TBA) y facilita gran parte del lavado de dinero en Paraguay. Mientras que el Gobierno de Paraguay (GOP) sospecha que el producto del tráfico de drogas a menudo es lavado en el país, es difícil determinar qué porcentaje de la cantidad total de fondos blanqueados se genera por la venta de narcóticos o es controlada por organizaciones domésticas o internacionales dedicadas al tráfico de drogas, el crimen organizado o grupos terroristas. Los débiles controles en el sector financiero, la apertura de fronteras, las acciones al portador, casinos, un exceso de casas de cambio no reguladas, el bajo o casi nulo control del transporte transfronterizo de dinero e instrumentos negociables, ineficaces y/o corruptos inspectores de aduanas y policías, y la aplicación de un mínimo de actividad de la investigación de los delitos financieros permiten a lavadores de dinero, a los sindicatos criminales transnacionales y a posibles financistas terroristas se aprovechen del sistema financiero de Paraguay.

Ciudad del Este, en la frontera de Paraguay con Brasil y Argentina, cerca de Salto del Guairá y Pedro Juan Caballero representa el corazón de la economía "informal" de Paraguay. La zona es conocida por tráfico de armas y estupefacientes, falsificación de documentos, el contrabando, la falsificación y la violación de los derechos de propiedad intelectual, con las ganancias ilícitas de estos crímenes como una fuente de fondos lavados. Algunos beneficios de estas actividades ilícitas han sido entregados a organizaciones terroristas y el lavado de dinero basado en el comercio se produce en la región.

Como país sin litoral, Paraguay no cuenta con paraísos fiscales. La autoridad Portuaria de Paraguay gestiona los puertos de libre comercio y almacenes en Argentina (Buenos Aires y Rosario), Brasil (Paranaguá, Santos y Río Grande do Sul), Chile (Antofagasta y Mejillones), y Uruguay (Montevideo y Nueva Palmira).

El lavado de dinero probablemente se produce en el sector financiero formal y, definitivamente, se produce en el sector financiero no bancario, especialmente en las casas de cambio, que a menudo se utilizan para mover fondos ilícitos desde dentro y para fuera de Paraguay hacia el sistema bancario de los EE.UU. Grandes sumas de dólares generados por la actividad comercial normal y presunta actividad comercial ilícita también son físicamente transportados desde Paraguay a Uruguay y Brasil, con posibles transferencias posteriores a destinos como centros bancarios en los Estados Unidos.



Si bien, en esta oportunidad por la extensión del trabajo, no se podrán transcribir otros informes, es importante mencionar que también son citadas las problemáticas del Estado con el autodenominado E.P.P.²⁵, así como otros problemas de Corrupción.

La primera cuestión que se pretende señalar con la identificación de la problemática actual, es que las situaciones descriptas no solamente generan preocupación a nivel nacional, en el sentido de la seguridad interna, de la vigencia del Estado de derecho y la proliferación de la delincuencia organizada, sino que aún cuando pareciera que solo generan efectos negativos en nuestro país, en realidad, afectan directa o indirectamente a la región, con efectos expansivos al continente y a otras partes del globo.

Esta visión internacional de la problemática paraguaya deja entrever que a pesar de los esfuerzos internos por llevar adelante el combate contra la delincuencia organizada, estos aún no resultan suficientes, puesto que por resultar un fenómeno que abarca diversidad de situaciones y circunstancias, requiere de un abordaje integral, como política de Estado en todos los sectores a los que se extiende.

Resulta necesario comprender que este fenómeno ya hace mucho tiempo ha dejado de ser un problema netamente interno, y como prueba de ello basta con verificar las permanentes publicaciones de la situación de Ciudad del Este²⁶, así como la supuesta existencia de vínculos del E.P.P.²⁷ con las FARC²⁸ y casos de Lavado de Dinero que alcanzan un nivel transnacional. Por lo que se puede concluir que la Delincuencia Organizada en el país podría tener vinculaciones reales fuera de las fronteras.

Es así que ha quedado claro que la lucha contra el crimen organizado no puede acotarse a una perspectiva netamente penal, ya que todas y cada una de las legislaciones de aquellos países más desarrollados y que llevan décadas de lucha contra este flagelo, lo hacen desde diferentes ángulos, enfoques y con políticas compartidas desde todos los poderes del Estado. El ejemplo más patente de ello es

25 A este respecto el mismo Departamento de Estado de los Estados Unidos posee un informe en el 2012 sobre la actividad del E.P.P en su (CRT) Country Report on Terrorism, así como la C.I.A. en el World Factbook.

26 <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/judiciales-y-policiales/sube-a-us-512-millones-el-dinero-lavado-por-firmas-ficticias-en-2011-550206.html> consultada el 22/09/13

27 Bartolomé, Mariano César. *Más allá del crimen organizado. La reformulación del concepto de insurgencia y su impacto en el entorno estratégico sudamericano*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Buenos Aires 2012 en http://www.iuisi.es/15_boletines/15_ISIe/doc_ISe_05_2012.pdf consultado el 20/09/2013.-

28 <http://www.abc.com.py/nacionales/farc-puede-unirse-al-epp-580432.html> consultada el 23/09/13.



la propia Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, que exhorta no solamente a disponer de medidas penales o procesales penales, sino medidas de protección, prevención y cooperación, entre otras.

Consecuentemente, para que esta lucha sea eficaz y eficiente debe ser enfocada de manera interdisciplinaria y mediante una política estatal bien definida que apunte a su control y erradicación, para lo cual el Estado debe contar con las herramientas necesarias.

5.3. Herramientas Legales para el combate a la delincuencia organizada.

El Paraguay ha adoptado desde 1998 un Código Penal y un Código Procesal Penal que han sido fundamentales para posicionarlo entre los selectos países que implementaron un sistema acusatorio adversarial, dejando de lado el sistema inquisitivo que en nuestro país tenía vigencia de más de un siglo.

Este cambio radical facilitó bastante la adopción de diferentes Convenciones Internacionales e, incluso, se adelantó a muchas de las convenciones que tratan este tipo de delincuencia, como la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada y sus protocolos, a través de las leyes: 2298/2003, 2396/2004, 3216/2007 y 3533/2008. No obstante, conviene hacer ciertas precisiones al respecto.

Desde 1992, que el país modificó la Constitución Nacional, se han sucedido una serie de cambios en la sociedad que obligaron a implementar por la vía legislativa ciertas modificaciones al código penal, al código procesal penal y a diferentes normativas, que en varios casos, han ido de contramano con la evolución del sistema judicial, lo cual se irá exponiendo brevemente, ya que en cada una de ellas se trató de abordar un problema y solucionarlo, pero no en pocas ocasiones se han incurrido en errores que agravaron la situación, antes que solucionarla.

El Paraguay, ya desde 1997 ha dado relevancia al Lavado de Dinero con su tipificación como delito en el Código Penal y además creó la unidad de inteligencia financiera (UIF-SEPRELAD) como un organismo de control. Asimismo, se debe destacar que la redacción actual del artículo 196 *Lavado de Dinero* del Código Penal responde a una serie de varias modificaciones y adiciones tanto de la parte general como la especial, que se realizó por Ley 3440/08, que independientemente de las



discrepancias jurídicas que se puedan argumentar, fueron producto de un trabajo razonado y con participación de los principales actores de la administración de justicia.

Asimismo, como producto del trabajo en equipo, propiciado por los propios actores, como el Ministerio Público, el Poder Judicial y la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero, han surgido las reformas que hacen al mejoramiento del sistema de prevención y persecución de los hechos punibles de Lavado de Dinero²⁹, Actos Terroristas³⁰, Financiamiento del Terrorismo y otros, que finalmente valieron como un primer paso para el avance del Paraguay en materia legislativa y mediante ello salir del grupo de seguimiento del GAFI³¹, donde se encuentran países que no cooperan con los procesos de cumplimiento de las Convenciones de las Naciones Unidas y las Resoluciones de la Asamblea General.

Pero además de resaltar los puntos positivos, lo que se pretende apuntar también, son los puntos negativos de algunas modificaciones legislativas, pues en varios casos, no ha existido un trabajo interdisciplinario y se han realizado reformas que perjudicaron el desarrollo de procesos abiertos y facilitaron la obtención de la impunidad.

En efecto, como primer caso se tiene la promulgación de la Ley 4064/10³², en virtud de la cual se impide en forma inexorable el ejercicio de la acción penal en los casos de Evasión de Impuestos, hasta tanto se haya expedido la autoridad administrativa. Además, en el caso de que la resolución de ese órgano haya sido recurrida ante el tribunal contencioso-administrativo, hasta tanto quede firme tal resolución -que también puede ser impugnada ante la Corte Suprema de Justicia- no puede iniciarse el ejercicio de la acción penal, lo cual podría llevar años en concluir.

Lo grave del caso, es que el tipo penal de Evasión de Impuestos³³ tiene un plazo de prescripción de 5 años, sumado a que el “Deber de llevar libros de

29 Ley 3783/09 que modifica la Ley de creación de la Seprelad y amplía sus funciones

30 Ley 4024/10 que sanciona los actos terroristas, su financiamiento y la asociación con esos fines.-

31 <http://www.fatf-gafi.org/documents/documents/improvingglobalamlcftcomplianceon-goingprocess-16february2012.html> consultado el 23/09/13.

32 Artículo 2º.- “La acción penal pública por hechos punibles de evasión de impuestos, en los términos del Artículo 261 de la Ley N° 1160/97 “CODIGO PENAL” no podrá ser ejercida sin que exista una resolución previa dictada por la autoridad administrativa competente, y en caso de que dicha resolución haya sido recurrida a la instancia jurisdiccional competente, se hayan agotado todos los recursos procesales ordinarios. Cuando la acción penal se basare en hechos punibles autónomos como la producción de documentos de contenido falso prevista en el Artículo 246 de la Ley N° 1160/97 “CODIGO PENAL”, el Ministerio Público tendrá expedita vía para la persecución.”

33 Art. 261 del Código Penal



comercio”³⁴ también prescribe a los 5 años, consecuentemente, finalizadas todas las instancias que determina la referida ley, sería casi imposible perseguir penalmente a alguien por este hecho punible³⁵, en el eventual caso de que la autoridad administrativa dejase expedita la vía de la persecución penal luego de cumplidos todos los trámites.

A propósito de ello, conviene mencionar que semejante modificación tuvo lugar en la ley “*Que modifica y amplía disposiciones de la creación del impuesto a la renta del servicio de carácter personal*”, que establecía diversas cuestiones relativas al hecho generador y otros aspectos exclusivos del Impuesto a la Renta Personal. Al respecto, cabe resaltar que esta disposición no formaba parte del proyecto primigenio, sino que fue adicionada por una de las comisiones parlamentarias, en el proceso de su formación.

Aún cuando no existen informes estadísticos al respecto, es posible vaticinar que tal disposición normativa fue utilizada de un modo implícito para restar eficacia jurídica del artículo 261 del Código Penal, ya que la sanción a alguien que cometa este delito es, en la práctica, en exceso dificultosa por los problemas ya mencionados.

Otro caso similar ocurrió con la Ley³⁶ que modifica el art. 57 del Código Procesal Penal, relativo a la recusación de agentes fiscales del Ministerio Público en el proceso Penal, que fue sorpresivamente modificado sin conocimiento³⁷ de la principal institución afectada que se vio obligada a plantear por ello una Acción de Inconstitucionalidad por parte de la Fiscalía General del Estado, que a la fecha cuenta con una medida que suspende su aplicación.

Misma situación se planteó con la ley 4669/12, por la cual se modificó el plazo de duración máxima del proceso y, entre otras cosas, se disminuyó el plazo de 4 a 3 años para la culminación de un proceso penal con sentencia definitiva, lo cual causó una presentación masiva de incidentes de extinción a nivel nacional,

34 Art. 85.- “Los libros y registro de contabilidad deberán ser conservados por cinco años contados a partir de la fecha de la última anotación efectuada en ellos. Durante el mismo lapso se conservarán en forma ordenada los comprobantes, de modo que sea posible su verificación ; este plazo se computará desde la fecha en que hubieren sido extendidos”. Ley 1034/83 (Ley del Comerciante).

35 Si bien a la fecha no se cuenta con un dato estadístico al respecto.

36 Ley 4685/12 que traslada la atribución de resolver las impugnaciones de las Resoluciones del Fiscal General del Estado en materia de recusaciones e inhibiciones de agentes fiscales, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a los Jueces Penales de Garantía, dejando abierta la posibilidad de que los jueces penales de garantías se atribuyan funciones exclusivas del Ministerio Público como ente autónomo.-

37 Nótese que tampoco esta disposición formó parte del proyecto original, sino que fue producto de modificación en una de las comisiones legislativas, lo cual se puede verificar accediendo al sistema de información legislativa del congreso en la dirección: <http://sil2py.diputados.gov.py/main.pmf>



tanto en casos de delitos comunes, como en los relativos a secuestro, narcotráfico y otros. Ante esta situación, el Ministerio Público también opuso como medio de defensa, caso por caso, la excepción de inconstitucionalidad de la referida ley y la Sala Constitucional de la Corte ya se expidió en alguno de ellos, haciendo lugar a la excepción y declarando la inaplicabilidad de la referida norma jurídica al caso concreto³⁸

En este último caso tal fue la gravedad de la problemática suscitada, que no tardó en promulgarse la Ley 4734/12, por la cual se suspendió por dos años la aplicación de la denominada “Ley anti-mora”, que según sus defensores pretendía la disminución de la mora del sector justicia, sin embargo, no se previeron las soluciones de fondo que le darían mayor celeridad a la justicia, ni mucho menos una forma de aplicación gradual de la norma a fin de evitar lo sucedido. Una vez más, aquí se discutió un proyecto sin conocimiento de los operadores de justicia, por lo que en vez de enriquecer la labor de impartir justicia, se optó por el trabajo en forma aislada.

En tres de los casos mencionados (Prejudicialidad en la Evasión de impuestos, intervención del juez penal de garantías en las recusaciones de fiscales y reducción del plazo de duración máxima del proceso), se abordaron temas de suma relevancia para la lucha contra el Crimen Organizado y se resolvieron temas que causan perjuicio a las funciones que desempeña el Ministerio Público, quien es el único encargado de la persecución de los hechos punibles de acción penal pública.

Ello es así, puesto que con estas disposiciones legales se generan obstáculos insalvables que impiden una investigación y condena de los responsables de uno de los problemas más graves del país “la Evasión de Impuestos”, que como se sabe genera una gran cantidad de beneficios económicos a quienes la practican, favoreciendo las actividades ilícitas, en vez de generar ingresos para la consecución de los fines del Estado.

Como último ejemplo, se tiene la Ley 4788/12 “Integral contra la Trata de Personas”, que fue producto de un trabajo coordinado y discutido a nivel interinstitucional y generó cambios positivos para un mejor abordaje de este tipo de delincuencia que forma parte de los protocolos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

38 **Acuerdo y Sentencia n.º 1592** de fecha 02 de noviembre de 2012. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia



Al respecto de este cuerpo normativo, también se debe destacar que se implementaron las técnicas especiales de investigación, que hasta ese entonces, sólo eran autorizadas en el ámbito de investigación de hechos punibles de Narcotráfico. No obstante, se perdió una excelente oportunidad para extender la posibilidad legal de utilizar estas técnicas especiales de investigación en todos los hechos punibles comprendidos dentro del crimen organizado.

A lo largo de los párrafos precedentes, se han expuesto ejemplos de trabajo en equipo y otros casos en los que el Legislador optó por operar de manera aislada. Ello, a la luz de la prevención, detección e investigación del Crimen Organizado es totalmente insuficiente, puesto que como ha quedado demostrado, el combate a este fenómeno no puede sino enfocarse de manera integral, con el concurso de todas las instituciones del Estado que de alguna manera se ven involucradas en esta temática.

6-. Conclusión

Conforme con todas las cuestiones expuestas en esta investigación, se debe apuntar, en primer lugar, que los avances en la lucha contra el Crimen Organizado siempre serán infructuosos cuando se excluye el trabajo mancomunado y cuando se oponen trabas u obstáculos legales como los señalados a lo largo de este trabajo.

En atención a estas circunstancias, el Estado paraguayo debe desarrollar de manera urgente no solamente una política criminal, sino una política nacional que, primeramente, permita conocer mejor las tipologías existentes respecto a la delincuencia organizada, de modo a planificar en forma integral y con criterio uniforme los medios adecuados para la prevención, detección y sanción de este tipo de delincuencia y desincentivar de este modo los delitos que crecen bajo su manto, como son el Narcotráfico, la Trata de Personas, el Secuestro, el Lavado de Dinero, la Corrupción y muchos otros.

Por esta razón, para abordar con eficacia este fenómeno, no solamente deben estar involucradas las instituciones paraguayas del sector justicia y fortalecerse los equipos conjuntos o *Task-force*³⁹ simultáneamente con sus auxiliares y encargados de la seguridad del estado, sino que también el Poder Ejecutivo y, principalmente, el Poder Legislativo, deben dar participación a los diferentes sectores al momento

39 En el Manual del Ministerio Público del Brasil se desarrollan estas experiencias como Forças-Tarefas y se explica a esta forma de actuación como una necesidad de especialización y acción conjunta entre los agentes del Estado.



de modificar la legislación para que esta sea armónica con lo planificado por los operadores del sistema.

Uno de los aspectos que más urge al Paraguay es la posibilidad de utilizar las técnicas especiales de investigación⁴⁰ en los casos del Crimen Organizado, las que, hoy por hoy, solo pueden utilizarse en casos de Narcotráfico y Trata de Personas, aunque no en casos de Terrorismo, Secuestro, Corrupción, Delitos Intellectuales y otros hechos punibles comprendidos dentro del concepto de crimen organizado.

Asimismo, las instituciones deberían empezar a operar de acuerdo a perfiles de riesgo previamente establecidos, mediante un trabajo coordinado y mancomunado entre todos los actores, así como fortalecer el sector académico y científico, que necesariamente debe ser sumado a una mayor presencia estatal en todos aquellos sectores sociales más desprotegidos y evitar que estos sean los lugares propicios para el reclutamiento de mano de obra barata para el desarrollo de los grupos criminales.

Finalmente, la serie de exposiciones realizadas, no hacen otra cosa más que poner de relieve una realidad nacional en cuanto a la existencia de estos grupos delictivos y demostrar, en pocos ejemplos, la falta de coordinación interinstitucional existente.

También, nos permite avizorar los primeros e incipientes pasos que como Estado está dando el Paraguay para ponerse a tono con el concierto de las naciones en este ámbito.

Por otra parte, reconocer esa realidad permite proponer la utilización, primeramente, de nuestras propias herramientas, adoptando medidas políticas, legales, administrativas y económicas en contra de la delincuencia organizada, para luego incorporar las herramientas que nos brindan los organismos internacionales, y aprovechar la experiencia de otras naciones que ya han pasado por la inseguridad insostenible, producto de este tipo de delincuencia. Esto conllevará a convertir a nuestras instituciones, incluso a la Justicia, en instituciones cada vez más proactivas, en vez de reactivas, en especial en tiempos donde se vislumbra un crecimiento sostenido del Paraguay y así evitar más víctimas que lamentar.

40 Estas técnicas son abordadas con muchísima autoridad y suficiencia por Javier Alberto Zaragoza Aguado en Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Blanco, Fabián, Zaragoza. OEA. Tercera Edición.



Bibliografía

- ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. *Instrumentos jurídicos contra el Crimen Organizado*. UNAM, México, 1997. 140 p.-
- BARTOLOMÉ, Mariano César. *Más allá del crimen organizado. La reformulación del concepto de insurgencia y su impacto en el entorno estratégico sudamericano*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Buenos Aires 2012.-
- BLANCO CORDERO, Isidoro. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *Combate del Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. Tercera Edición. OEA-CICAD y BID. 631 p.-
- BLANCO CORDERO, Isidoro. *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación de una organización criminal y los problemas de la aplicación de la Ley Penal en el espacio*. 37p. [s.l.]
- DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. *Crimen Organizado. Delitos más frecuentes. Aspectos criminológicos y penales*. Cuba. 2006.-
- MARTÍNEZ, Israel Alvarado. *La investigación, procesamiento y ejecución de la delincuencia organizada en el sistema penal acusatorio*. Universidad Nacional Autónoma de México. 2012. 89 p.-
- PALUDO, Januario (Coord.). *Forças-Tarefas. Direito Comparado e Legislação Aplicável*. Ministerio Público da União. Brasília. 2011.-
- ROEMER, Andres. BUSCAGLIA, Edgardo. *Terrorismo y Delincuencia Organizada: Un enfoque de Derecho y Economía*. UNAM. México, 2006. 225 p.-

Paginas Web consultadas

<http://www.abc.com.py/edicion-impres/policiales/hechos-cometidos-por-el-epp-son-calificados-como-actos-terroristas-353065.html>, consultada el 17/09/2013.-



<http://www.organized-crime.de/> consultada el 20/09/13.-

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998F0733:ES:HTML> consultada el 21/09/13.-

www.justice.gov consultada el 22 de septiembre de 2013.-

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm consultada el 20/09/13.-

www.state.gov Informe INCSR (International Narcotics Control Strategy Report) emitido en marzo de 2013 por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América.-

<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/> consultada el 20/09/13.-

<http://www.state.gov/j/ct/rls/crt/> consultada el 20/09/13.-

<http://www.abc.com.py/edicion-impresajudiciales-y-policiales/sube-a-us-512-millones-el-dinero-lavado-por-firmas-ficticias-en-2011-550206.html> consultada el 22/09/13.-

<http://www.abc.com.py/nacionales/farc-puede-unirse-al-epp-580432.html> consultada el 23/09/13.-

<http://www.fatf-gafi.org/documents/documents/improvingglobalamlcftcomplianceon-goingprocess-16february2012.html> consultada el 23/09/13.-

<http://sil2py.diputados.gov.py/main.pmf> consultada el 23/09/13.-

Legislación

- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Nueva York, 2004.-
- Código Penal de la República del Paraguay.-
- Código Procesal Penal de la República del Paraguay.-



- Leyes del Paraguay 3783/09; 4024/10; 4673/12; 4685/12; 4788/12, Ley del Comerciante.-
- LEGGE 13 settembre 1982, n. 646. Italia.-
- Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/49/748 del 2 de diciembre de 1994.-
- Constitución de los Estados Unidos Mexicanos con modificaciones del año 2008.-



LA IMPLICANCIA DE LAS UNIDADES DE INTELIGENCIA FINANCIERA EN LAS INVESTIGACIONES DE LAVADO DE DINERO Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO QUE REALIZA EL MINISTERIO PÚBLICO

Por Rocío Celeste Acuña González Navero ^{1*}

1- Introducción

Este trabajo de investigación tiene como finalidad inmediata desarrollar aspectos de carácter conceptual, brindado a su vez un enfoque práctico de la utilidad de los Informes de Inteligencia Financiera, pues pretende que el estudio de esta temática aporte una perspectiva con valor agregado al proceso de investigación fiscal sobre los Hechos Punibles de Lavado de Dinero y de Financiamiento del Terrorismo.

La lucha contra estos flagelos requiere de un enfoque integral. Esto es, que el propio Estado debe tener una participación activa a través de todas aquellas instituciones que por el rol que cumplen, aportan para concretar resultados más eficientes y eficaces en las investigaciones.

Precisamente, la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes (SEPRELAD), que funge como Unidad de Inteligencia Financiera en el Paraguay, reconocida por la sigla UIF, como órgano ejecutor de las Políticas de Prevención de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo, cumple una función sumamente importante en la detección de patrones de comportamiento de este tipo de actividades ilícitas.

Estos patrones de comportamiento, justamente, se originan a partir de un Reporte de Operación Sospechosa, identificada con las siglas (ROS). Estos ROS

1 * Egresada de la Universidad Nacional de Asunción – (2003). Masterando en Derecho Penal – Centro de Ciencias Penales y Política Criminal – Wolfgang Schone. Especialista en Ciencias Penales - Centro de Ciencias Penales y Política Criminal – Wolfgang Schone (2012). Diplomada en Gestión Pública Para el Desarrollo Humano – Secretaría de la Función Pública (2012). Graduada - Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura (2006). Especialización en Jurisprudencia Constitucional y Penal – Escuela Judicial (2007). Pos Graduada en Didáctica Universitaria – Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción (2008). Asistente Fiscal de la Dirección de Delitos Económicos y Anticorrupción.



son comunicaciones que hacen los sujetos Obligados² a la Unidad de Inteligencia Financiera, mediante la cual ponen a su conocimiento ciertas actividades que se sospechan podrían estar relacionadas a un hecho de Lavado de Dinero o Financiamiento al Terrorismo³.

Las informaciones contenidas en el ROS, posteriormente son procesadas y analizadas por la UIF –SEPRELAD y en el caso de que se detecten indicios fácticos suficientes acerca de la posible existencia de esos delitos, este resultado es remitido al Ministerio Público a través del Informe de Inteligencia Financiera que servirá de guía para el inicio de las investigaciones fiscales.

Es más, el trabajo realizado por la UIF –SEPRELAD no solo permite, (desde su ámbito de aplicación), el ingreso de la *noticia criminis*, sino además, dicha Unidad podrá coadyuvar durante todo el proceso de investigación.

Estas circunstancias denotan la relevancia de que los operadores de justicia conozcan e identifiquen aquellas instituciones que podrán, en el marco de la lucha contra el Lavado de Dinero y Financiamiento al Terrorismo, brindar información conducente y colaboración más proactiva en el combate de estos ilícitos.

Basado en esta importancia, es que este trabajo está orientado a desarrollar temas puntuales que posibilitarán al lector tener un conocimiento más concreto acerca de la función e implicancia que tiene la UIF – SEPRELAD en el proceso de investigación penal sobre los hechos punibles de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo.

2 Superintendencia de Bancas y Seguros AFP – República de Perú - Los Sujetos Obligados son las personas naturales y jurídicas obligadas a implementar el Sistema de Prevención de Lavado de dinero y Financiamiento del Terrorismo. Recuperado el 10 de junio 2013 de http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?PFL=2&NOT=94

Ley no. 1015 (1997) y su modificatoria Ley no. 3783 (2009). Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes. Gaceta Oficial de la República del Paraguay.

Art. 13 Sujetos Obligados, cuya lista no es taxativa

3 Ley no. 1015 (1997) y su modificatoria Ley no. 3783 (2009). Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes. Gaceta Oficial de la República del Paraguay.

Art. 19.- Obligación de Informar Operaciones Sospechosas.

Los sujetos obligados deberán comunicar a la SEPRELAD cualquier hecho u operación con independencia de su cuantía, respecto de los cuales exista algún indicio o sospecha de que estén relacionados al ámbito de aplicación de esta Ley.

Se considerarán operaciones sospechosas en especial, aquellas que:

- 1) sean complejas, insólitas, importantes o que no respondan a los patrones de transacciones habituales;
- 2) aunque no sean importantes, se registren periódicamente y sin fundamento económico o legal razonable;
- 3) por su naturaleza o volumen no correspondan a las operaciones activas o pasivas de los clientes según su actividad o antecedente operativo;
- 4) sin causa que lo justifique sean abonadas mediante ingresos en efectivo, por un número elevado de personas; y,
- 5) las señaladas en los reglamentos de la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes.”



2- “Evolución de las normas que regulan la lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo”

2.1 Marco legal internacional

En el marco legal internacional de lucha contra el Lavado de Dinero y el Financiamiento del Terrorismo, a nivel mundial se exhorta a los países que exijan a las instituciones financieras y a ciertas actividades y profesiones no financieras designadas, estándares en materia de prevención de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo.

Es así, que en la cumbre del grupo de los siete países más desarrollados (G-7), celebrada en París en julio de 1989, para luchar contra el blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico y el terrorismo, se creó el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)⁴, conformado por 33 países u organizaciones regionales⁵.

Además de los países miembros participan de las reuniones del GAFI como observadores organizaciones internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, Interpol y Europol, las Naciones Unidas y la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE).

La propuesta de su creación fue hecha por Francia y fue aprobada por consenso. El entonces ministro francés de Economía y Finanzas, Pierre Bérégovoy, declaró que se pretendía *“crear una célula de acción financiera que permita coordinar las medidas de lucha contra el blanqueo de dinero proveniente del narcotráfico en campos judiciales e incluso legislativos, y poner en común los medios concertados*. El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que tiene su sede en el edificio de la OCDE, en París, tiene como principal objetivo el estudio y la búsqueda de medidas destinadas a combatir el blanqueo de capitales.

A diferencia del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o la OCDE, **el GAFI es un organismo intergubernamental de segunda**

4 Blog de WordPress.com (s.f.) Administrador Financiero. recuperado el 4 de junio de 2013 de <http://administradorfinanciero.wordpress.com/prevencionlavadoactivos/>

5 Blog de WordPress.com (s.f.) Administrador Financiero. Recuperado el 4 de junio de 2013 de <http://administradorfinanciero.wordpress.com/prevencionlavadoactivos/> Miembros de GAFI: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, la Comisión Europea, Dinamarca, España, EE.UU., Finlandia, Francia, Grecia, el Consejo de Cooperación del Golfo Pérsico, Hong Kong, China, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Portugal, la Federación Rusa, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Turquía y el Reino Unido.



generación con un tamaño reducido, objetivos concretos y un sistema de acuerdos por consenso. Los criterios de actuación del GAFI se basan en la existencia o no de legislación en materia de lucha contra el lavado de dinero.

El Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Lavado de Activos (GAFI), como organismo internacional emitió un conjunto de estándares antilavado de activos (ALD) y de lucha contra el financiamiento del terrorismo (LFT), conocido como *Las cuarenta recomendaciones sobre el lavado de activos, para combatir los usos indebidos de los sistemas financieros por parte de las personas que lavan dinero del tráfico ilícito de drogas (Las cuarenta recomendaciones)*, exhortando que cada país establezca una UIF (Unidad de Inteligencia Financiera).

Asimismo, entre las principales medidas, GAFI recomienda que los Sujetos Obligados mantengan registros sobre la identidad de sus clientes y sus operaciones y reporten cualquier operación sospechosa de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo.

Posteriormente, atendiendo a las nuevas técnicas utilizadas para lavar dinero, en el año 1996 se revisaron las Recomendaciones para ampliarlas más allá del narcotráfico como delito precedente y en octubre de 2001, se incluyeron Ocho recomendaciones sobre controles del Financiamiento de Actos y Organizaciones Terroristas, luego ampliadas a Nueve Recomendaciones Especiales sobre el Financiamiento del Terrorismo.

Años después, en el 2003, las recomendaciones del GAFI se revisaron por segunda vez y, junto con las Recomendaciones Especiales, fueron avaladas por más de 180 países y hoy en día son reconocidas universalmente como el estándar internacional contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT).

La última aprobación de la revisión de las 40 recomendaciones se realizó el 16 de febrero de 2012, en París, sede del GAFI, ampliándose su alcance sobre la financiación de proliferación de armas de destrucción masiva y desarrollando un mayor detalle acerca de los delitos de corrupción y los delitos tributarios o fiscales, además de reforzar los requisitos para adoptar modelos de enfoque basados en riesgo.

Así mismo se menciona como antecedente de la inclusión de la prevención del Financiamiento del Terrorismo, tanto a nivel internacional como nacional, la Ley Patriota de los Estados Unidos, sancionada el 24 de Octubre de 2001, cuyo espíritu radica en,



“Unir y Fortalecer América al Proporcionar las Herramientas necesarias para Interceptar y Obstruir el Terrorismo”. La Ley Patriota surge como consecuencia de los atentados a las Torres Gemelas de los Estados Unidos, ocurrido el 11 de septiembre de 2011⁶.

2.2 Marco legal nacional

En materia de Legislación Nacional, La Ley 1.015, de fecha 03 de diciembre de 1996, *“Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la Legitimación de Dinero o Bienes”*, en su Artículo 26, crea la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes (SEPRELAD) como autoridad de aplicación de la mencionada Ley, dependiente de la presidencia de la República.

Asimismo, considerando que el Lavado de Dinero y el Financiamiento del Terrorismo representa una amenaza para la estabilidad económica y la seguridad del país, por Ley 4100/10, el Paraguay aprobó el Memorando de Entendimiento entre los Gobiernos de los Estados del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD) y, por ende, adoptó por Ley las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

GAFISUD es un grupo regional creado a semejanza del GAFI adhiriéndose a las 40 Recomendaciones del GAFI como estándar internacional contra el Lavado de Dinero y contra la Financiación del Terrorismo. GAFISUD. Agrupa a 12 países de América del Sur, Centroamérica y América de Norte, a través del compromiso de mejora continua de las políticas nacionales contra esos flagelos y la profundización de los distintos mecanismos de cooperación entre los países miembros.

Se creó formalmente el 8 de diciembre de 2000 en Cartagena de Indias, Colombia, mediante la firma del Memorando de Entendimiento constitutivo del grupo por los representantes de los gobiernos de nueve países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay. Posteriormente se incorporaron como miembros plenos México (2006), Costa Rica y Panamá (2010).

Las dos herramientas principales son las medidas de capacitación y las

6 Lecours, A. P. (2007). Ley Patriota de los EE.UU (USA PATRIOT ACT), *La Crónica Jurídica*. Recuperado de <http://www.lecourslessard.com>. El Antecedente remoto de creación de la **LEY PATRIOTA DE LOS EE.UU. (USA PATRIOT ACT)** es la Ley Norteamericana del año 1978, denominada Foreign Intelligence Surveillance Act, (Ley de vigilancia de la inteligencia extranjera), que aumenta sustancialmente las facultades de las autoridades norteamericanas (FBI, CIA, NSA, y las fuerzas armadas norteamericanas) a los efectos de obtener información confidencial.



evaluaciones mutuas. Sus órganos de funcionamiento son el Pleno de Representantes, el Consejo de Autoridades, la Secretaría Ejecutiva y los Grupos de Trabajo.

En lo que respecta a la lucha contra el terrorismo y su financiamiento, se tiene que el Paraguay, ha ratificado 13 de las 18 Convenciones y Protocolos Internacionales contra el Terrorismo, de cumplimiento obligatorio para los 192 Estados, basado en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas⁷, justamente teniendo en cuenta que el terrorismo y su financiamiento trascienden fronteras

A su vez GAFISUD⁸, en la reunión plenaria celebrada en julio de 2005, analizó la situación regional respecto a la suscripción y ratificación de los Tratados Internacionales sobre el terrorismo y su financiamiento, por parte de los países miembros, siendo los siguientes los principales:

- **Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo**, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1999,
- **La obligatoriedad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas**, en especial la RES 1267(1999) y las resoluciones que la han sucedido; RES 1333 (2000), RES 1363 (2001), RES1390 (2002), RES 1455 (2003), RES 1526 (2004) y RES1373 (2001),

A fin de cumplir con los estándares normativos expuestos, en el año 2009, el Paraguay modificó la Ley 1015/97 por medio de la Ley 3.783/09⁹, en virtud de la cual se crea la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), ampliando su ámbito de acción hacia el Financiamiento del Terrorismo¹⁰. Así, las demás, funciones y atribuciones de la UIF, son:

7 Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia v. Naciones Unidas, Capítulo VII Artículo 41 (1945) recuperado el 7 de julio de 2012 de www.un.org/es/documents/charter/

8 GAFISUD (2007) Buenas Prácticas en materia de lucha contra el Financiamiento del Terrorismo. Recuperado el 14 de julio de 2013 de http://www.gafisud.info/pdf/Buenas_Practicas_FT3.pdf

9 Ley 1015 (1997) y su modificatoria Ley no. 3783 (2009). Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes. Gaceta Oficial de la República del Paraguay

Art. 27 La SEPRELAD, se constituye como Unidad de Inteligencia Financiera de la República del Paraguay, la cual gozará de autonomía funcional y administrativa dentro de los límites de la ley y de los reglamentos

10 Ley 3783 (2009) Que modifica varios artículos de la ley 1.015/97 “que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes. Gaceta Oficial de la República del Paraguay

Art. 1º.- Ámbito de aplicación.

La presente Ley regula las obligaciones, las actuaciones y los procedimientos para prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica para la realización de los actos destinados al lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, conforme a los acuerdos y tratados internacionales ratificados por el Paraguay

Ley 3783 (2009) Que modifica varios artículos de la ley 1.015/97 “que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes. Gaceta Oficial de la República del Paraguay



- Emitir reglamentaciones¹¹ sobre las políticas y procedimientos que deben observar los sujetos obligados siendo contralor del cumplimiento de los reglamentos que emite, en su rol de supervisor de los sujetos obligados que no cuentan con supervisión natural.
- Ampliación de la lista de los Sujetos Obligados, quienes deben cumplir con estándares de debida diligencia en materia de prevención de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo.

Es importante mencionar que en materia de intercambio de información entre las UIF del mundo, se creó el Grupo Egmont en 1995¹², del cual la UIF de Paraguay forma parte. Entre los objetivos de este grupo se encuentra el de facilitar y resguardar la confidencialidad en el intercambio de las informaciones de inteligencia. Asimismo, ofrece a las UIF un foro para que afiancen el respaldo a sus respectivos programas nacionales contra el lavado de dinero, el perfeccionamiento de los conocimientos especializados, la capacitación de los funcionarios y el fomento de una mejor comunicación entre las UIF mediante el uso de la tecnología.

En cuanto a su estructura organizacional la UIF de la República del Paraguay, ha adoptado la de tipo administrativa, con el fin de ser una zona neutral entre las instituciones financieras, la policía y otros órganos de investigación, en cuanto a la confidencialidad de la información que se maneja.

Finalmente, referente a los mecanismos legales para hacer frente a la lucha contra el Lavado de Dinero y el Financiamiento del Terrorismo, el país cuenta con tres leyes principales:

- Ley 3440/08, modificatoria del Código Penal, que modifica el artículo 196, amplía la lista de delitos precedentes.
- La promulgación de la Ley 4024/10 Que castiga el Terrorismo, la Asociación Terrorista y el Financiamiento del Terrorismo.
- Ley 4503/11 de Inmovilización de Fondos y Activos Financieros reglamentada por el Decreto 8412/12.
- Ley 4575/12 Que establece procedimiento especial para la aplicación de la Orden Posterior y Orden Autónoma de Comiso

11 Art. 28.- Atribuciones, inciso 8. disponer la reglamentación, supervisión y sanción de los sujetos obligados establecidos en el Artículo 13 de esta Ley, que no cuenten con entidades reguladoras o supervisores naturales;

12 The Egmont Group (s.f.). Recuperado el 4 de junio de 2013, de <http://www.egmontgroup.org/>



3. Unidad de Inteligencia Financiera. Concepto. Funciones.

La UIF es una entidad nacional centralizada que se encarga de recibir, analizar y transmitir a las autoridades competentes información sobre operaciones sospechosas.¹³

En principio, en noviembre de **1996**, las Unidades de Inteligencia Financiera fueron definidas por el Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera -que es el organismo que fija los estándares para las UIF a nivel internacional- como **la Unidad Central Nacional de análisis y difusión de información respecto a la posible comisión de Lavado de Activos**, definición aprobada por la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo)*”.

Ante la cada vez más creciente problemática, en el año **2004** se amplió la definición de las UIFs, permitiendo además del análisis, el **traslado de la información financiera** relacionada con fondos de los que se sospeche un origen delictivo, o para atender requerimientos **de las autoridades competentes** fijados en la legislación o regulación nacional, con el fin de combatir el lavado de activos.

Sumado a esto, el GAFI, considerando el carácter transnacional de estas formas de delito y a efectos de fortalecer el ámbito de la prevención, análisis y posterior investigación fiscal, propone además el **intercambio de información financiera** entre las UIFs del mundo, ya sea para detectar y combatir el lavado de activos, como también en los casos de ilícitos penales asociados al financiamiento del terrorismo.

En orden a lo descrito y con la finalidad de que los informes de inteligencia financiera se conviertan en instrumentos que faciliten la comprensión de hechos punibles de naturaleza compleja, pero sobre todo para evitar obstrucciones a las investigaciones penales, el principio de resguardo legal que rige para los datos contenidos en los informes de inteligencia financiera elaborado por la UIF, es el de **CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACION y el DEBER DEL SECRETO PROFESIONAL**, dispuestos en los Art. 22 y 32 de la Ley 1015/97 y su modificatoria la Ley 3783/09, respectivamente.

Atendiendo al carácter de la UIF, surgen sus funciones, que son las siguientes:

¹³ Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros: Banco Mundial, Unidad de Integridad de Mercados Financieros, (2004) *Unidades de inteligencia financiera: Panorama general*, Washington, D.C.



- **FUNCIÓN DE DEPÓSITO CENTRALIZADO DE LA INFORMACIÓN REPORTADA:** con el objeto de evitar la fuga de la información. Los sujetos obligados solamente comunican las actividades sospechosas a la UIF- SEPRELAD, requisito que a nivel nacional e internacional fija un marco de idoneidad eficaz contra el lavado de activos.

Además del resguardo de la información, el contener la información en una sola base de datos facilita un procesamiento posterior de éstos, un análisis financiero sistemático y un eventual soporte de información que el Agente Fiscal puede requerir durante un proceso investigativo, constituyendo, en consecuencia, una plataforma confiable de intercambio de información no sólo local sino también internacional con los pares de otras UIF, por lo que es necesario contar con mecanismos de seguridad informática para proteger la información

- **FUNCIÓN ANALÍTICA:** los reportes de operaciones sospechosas recibidos de los sujetos obligados pasan por un proceso de análisis de inteligencia financiera que, en principio, es común y estándar para cada caso. Sin embargo, si estos revelaran la existencia de operaciones financieras en las que los productos utilizados, los volúmenes de dinero involucrado, la velocidad de rotación del dinero o periodicidad de las operaciones o cualquier otro factor capaz de activar el interés del Estado en detectar y entablar acciones judiciales contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, se requerirá facultades legales especiales o extraordinarias a fin de poder acceder a bases de datos protegidas por el secreto bancario y el derecho a la intimidad de las personas.
- **ANÁLISIS TÁCTICO:** que en la práctica se desenvuelve como un proceso de compaginación o comparación de datos recibidos de las entidades reportantes, con otras fuentes de información a las cuales haya tenido acceso la UIF, ya sea de su base de datos propia, como de otras que aporten una visión integral del sujeto, la empresa, sus vinculados, informaciones de otras UIF, etc.
- **ANÁLISIS OPERATIVO:** que consiste en usar la información táctica para formular distintas hipótesis sobre la inconsistencia de las operaciones realizadas por el sujeto vinculado a la operación reportada,



sus relaciones, cómplices y estructuras, indicando sus formas de operación, lo que finalmente será la base fáctica de la pertinencia o no de un proceso de investigación. Este análisis forma parte de la inteligencia reactiva.

ANÁLISIS ESTRATÉGICO: La inteligencia estratégica es la que se obtiene después de recopilar y analizar toda la información disponible. Se nutre de una gama de datos más amplia que el análisis operativo y requiere de analistas experimentados. Los datos provienen de informes presentados por las entidades reportantes, de la inteligencia operativa e información táctica propias de la UIF, de fuentes públicas y de autoridades policiales y otras entidades gubernamentales. A partir de los datos, el analista puede llegar a la conclusión de que, por ejemplo, está emergiendo una modalidad o un volumen de operaciones inusual en determinado sector financiero o en determinada región. Estas conclusiones pueden constituir una base para nuevas acciones de la UIF o de las autoridades policiales, lo que generará estimaciones de reportes, predicción de eventos futuros, contribución a los procesos de toma de decisiones, desarrollo de estrategias y políticas, por lo que se configura en una forma de inteligencia proactiva.

Reporte de Operación Sospechosa – Concepto y Obligados a Reportar por Ley

Un Reporte de Operación Sospechosa (ROS), el cual es remitido por un Sujeto Obligado a la UIF, es una manera de advertir a las autoridades acerca de la posibilidad de que una operación específica realizada por un cliente, pueda estar relacionada con el Lavado de Dinero o el Financiamiento del Terrorismo.

La Ley 1015/97 y su modificatoria la Ley 3783/09, establece en su Art. 13¹⁴ la gama de sujetos obligados, como ser los Bancos, Financieras, Casa de Cambios, Cooperativas entre otros, quienes tienen la exigencia de reportar operaciones sospechosas, conforme a lo dispuesto en el Art. 19 de la mencionada Ley.

Dichos reportes, responden a las llamadas reglas de debida diligencia que los Sujetos Obligados deben observar en materia de prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo, siendo una de las obligaciones más concretas

14 Ley 1015 (1997) y su modificatoria Ley 3783 (2009). Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes. Gaceta Oficial de la República del Paraguay.

Art. 13 Sujetos Obligados, cuya lista no es taxativa



la que dispone que los Sujetos Obligados reporten a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-SEPRELAD) todas aquellas operaciones de sus clientes, que excedieron los parámetros normales de transaccionalidad sin justificación alguna, independientemente de su cuantía, en relación al perfil de riesgo asentado en la entidad reportante, así como en consideración a las Señales de Alerta mínimas definidas por la UIF en las reglamentaciones respectivas.

La UIF-SEPRELAD, a partir del ROS y los análisis respectivos, si correspondiere, elabora un Informe de Inteligencia Financiera y lo remite al Ministerio Público, en cumplimiento al Art. 28 inciso 6 de la Ley 1015/97 y su modificatoria la Ley 3783/09, el cual eventualmente, en caso de que existan los méritos legales necesarios, da inicio a una investigación penal.

¿Qué es un Perfil Financiero?

Según el diccionario de la Real Academia Española, un perfil es un conjunto de rasgos peculiares que caracterizan a alguien o algo. Existen diferentes tipos de perfiles: socioeconómico, demográfico, financiero, transaccional, de crédito.

La UIF SEPRELAD, define **PERFIL DEL CLIENTE**, en el art. 10 de la Resolución n° 60/09 modificado por la Resolución n° 172/10, como el conjunto de informaciones que permiten a la entidad conocer el perfil económico y financiero del cliente, a fin de identificar y conocer la actividad económica, tipo de productos, y/o servicios a ser utilizados en la entidad, tipos de operaciones, periodicidad, volumen de las mismas, características de los movimientos financieros, entre otros, que guarden relación con los datos e informaciones disponibles en la entidad. Los datos e informaciones del cliente deben ser actualizados de acuerdo al nivel de riesgo, recomendación exigida en la Recomendación 1 de GAFI¹⁵.

Estos riesgos previa identificación se dividen en categorías de alto, medio, o bajo, dependiendo del tipo de cliente, en cuanto a las características cualitativas y cuantitativas, lo que genera medidas amplificadas, o simplificadas de debidas diligencias, que deben aplicar los Sujetos Obligados para minimizar el riesgo de que la entidad se vea expuesta en un eventual proceso de Lavado de Dinero o Financiamiento del Terrorismo.

En el caso de los procedimientos aplicados por los sujetos obligados, en cuanto a la construcción, el perfil del cliente o perfil transaccional de una persona, física

15 GAFI (2012) *Las Nuevas 40 Recomendaciones*. A. **POLÍTICAS Y COORDINACIÓN ALA/CFT. Recomendación 1 Evaluación de riesgos y aplicación de un enfoque basado en riesgo.**



o jurídica, este se construye a partir de la información obtenida de la misma a los efectos de realizar el procedimiento de identificación y conocimiento respectivo del cual se deduce un Perfil Transaccional específico. Por lo tanto, cuando se haga referencia al Perfil, se debe comprender que éste integra las dimensiones de Perfil tanto Cualitativo que son las características del cliente y su operaciones, como Cuantitativo importe estimado de dinero que es capaz de generar el cliente.

Carácter legal del ROS y de los Informes de Inteligencia Financiera

Los Reportes de Operaciones Sospechosas, así como los Informes de Inteligencia Financiera elaborados por la UIF, **no tienen carácter probatorio en un proceso penal**, debido a que no otorgan certeza de que la operación represente las ganancias de un delito, no emiten juicio de valor alguno, ni atribuyen una conducta punible, solo sirven de orientación al Agente Fiscal para direccionar la investigación y corroborar las informaciones que considere pertinentes y, de esa manera, poder introducir las como elemento probatorio en el proceso penal.

En cuanto al ROS, la institución financiera estará al tanto simplemente de que la operación es inusual y no es consistente con el tipo normal de operaciones o la actividad económica realizada por el cliente, así mismo el Oficial de cumplimiento, debe contar con suficiente criterio subjetivo en cuanto a la sensibilidad de conocer el riesgo de su entidad, al momento de evaluar las operaciones a ser reportadas. Lo más probable es que no conozca el origen de los fondos o el motivo de la operación y que no pueda preguntarle al cliente sin correr el riesgo de “advertirle”. En dichos casos, la institución debería presentar un reporte de operación sospechosa y dejar que las autoridades continúen con la investigación.

Este carácter legal, deviene pertinente y necesario para hacer frente a los delitos del crimen organizado, lo que en principio generaría conflictos normativos que vulneran derechos en cuanto a la intimidad de las personas y a reservas legales de la información.

En efecto, ante la situación de eventual vulneración de derechos, surgen los llamados permisos legales que autorizan por ley a acceder a informaciones privadas de las personas cuando son necesarias para proteger un bien jurídico superior, como en el caso del Lavado de Dinero y del Financiamiento del Terrorismo, hechos punibles pluriofensivos porque afectan un conjunto de bienes jurídicos, como ser el Sistema Económico y Financiero, Estado de derecho, la Administración de Justicia, la Libertad de las Personas, el Orden Socio Económico, entre otros, dependiendo del delito precedente.



Al decir delito precedente nos referimos al hecho antijurídico generador del origen ilícito de los fondos, como ser narcotráfico, contrabando etc. Estos hechos punibles se encuentran descriptos en el Artículo 196 del Código Penal Paraguayo.

En ese sentido, ante la necesidad de asegurar el uso apropiado y protección de la información de la UIF ante terceras personas, la Ley 1015/97 y su modificatoria la Ley 3783/09, establece la obligatoriedad de la confidencialidad de la información, tanto del contenido del ROS, como del Informe de Inteligencia Financiera en los Art. 22¹⁶ y 32¹⁷.

Dichos artículos llevan implícita la responsabilidad de resguardo de la información que, primeramente, la tiene el sujeto obligado, luego se traslada con el ROS a la UIF y, finalmente, al Ministerio Público, al momento de ser remitido el Informe de Inteligencia Financiera.

No obstante al marco legal expuesto, para evitar distorsiones en las interpretaciones de la Ley, se recomienda que el carácter indiciario de los informes de inteligencia financiera, sean incluidos expresamente en la normativa del país.

Carácter confidencial del Intercambio de información entre las UIFS y su implicancia en el proceso de investigación penal

Atendiendo a que las tareas de Inteligencia Financiera requieren en la mayoría de los casos de informaciones sobre operaciones relacionadas al cliente sujeto a reporte, derivadas de una UIF del exterior, surgieron las mejores prácticas recomendadas por el grupo de trabajo para la coordinación e integración de UIF/OIC – Grupo de Expertos para el control de lavado de activos. de la OEA/CICAD ¹⁸

16 Ley 1015 (1997) y su modificatoria Ley 3783 (2009). Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes. Gaceta Oficial de la República del Paraguay.

Artículo 22° obligación de colaborar: Los sujetos obligados deberán proveer toda la información relacionada con la materia legislada en esta ley que son requeridas por la autoridad de aplicación que la misma crea, en cuyo caso no serán aplicables las disposiciones relativas al secreto bancario. Sin embargo, el deber de secreto bancario será observado por las autoridades de aplicación, salvo que el juez del crimen solicite dicha información y solo por un sumario o causa determinada.

17 Artículo 32.- Deber del secreto profesional: Todas las personas que desempeñen una actividad para la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes y cualquiera que reciba de ella información de carácter reservado o tenga conocimiento de sus actuaciones o datos de igual carácter, estarán obligadas a mantener el secreto profesional. El incumplimiento de esta obligación acarreará la responsabilidad prevista por la ley.

18 Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas CICAD (OEA/CICAD) (2012) Mejores Prácticas Recomendadas por el Grupo de Trabajo para la Coordinación e Integración de UIF/OIC. Uso y Protección de la Información.

XXXIII Reunión del grupo de expertos para el control de lavado de activos (2012) Buenos Aires, Argentina. OEA/Ser.L/XIV. 4.33CICAD/LAVEX/doc.4/14 (2011)



La problemática surgía, cuando la información derivada del análisis de una UIF del exterior para llevar a cabo una investigación penal y eventualmente el juzgamiento, era entregada por varias agencias oficiales a destinatarios no autorizados, incluyendo la defensa de los acusados y el público en general. Ante esta fuga de informaciones, se obstruían las investigaciones e incluso se incurría en daños al honor y la reputación cuando se hacía pública la identidad y las operaciones vinculadas a la persona reportada.

En varios de estos casos, la entrega de esta información pudo haberse evitado si existía un mayor entendimiento entre las partes involucradas sobre la necesidad de brindar un tratamiento diferenciado a la información proveniente de la UIF y a otras informaciones que se obtuvieron en el curso de la investigación.

Surge entonces la XXXII Reunión del Grupo de Expertos para el Control del Lavado de Activos llevada a cabo en Washington D.C., en mayo de 2011. Esta vez, los nuevos retos se enfocaban en encontrar mecanismos válidos para mantener la confidencialidad de la información obtenida de otras UIF cuando es compartida con agencias de cumplimiento de la ley, fiscales y autoridades judiciales (terceros interesados).

En esa ocasión, se reafirmó la postura de **que la información que se comparte entre las UIFs, está dirigida solamente a identificar líneas investigativas y no a ser utilizada como evidencia en la corte o divulgada a terceras partes no autorizadas.**

Igualmente, entre otras medidas de seguridad resueltas en dicha Reunión, se dejó sentado que la información que se reciba de otras UIFs extranjeras no puede ser transferida a otras entidades o personas legales o individuos sin el consentimiento expreso de la unidad que proporcionó la información. Asimismo, se establecieron las bases para las UIFs, en cuanto a la firma de memorandos de entendimiento para el intercambio de información bajo las bases del principio de confidencialidad de la información compartida.

Eficacia de los ROS para la elaboración de los Informes de Inteligencia Financiera

La eficacia de los reportes de operaciones sospechosas depende,



principalmente, de la capacidad de los sujetos obligados para detectar patrones de comportamiento inusual en el desempeño transaccional de sus clientes, los cuales, de no contar con una justificación aparente deducida a partir del perfil transaccional asignado, adoptarán una relevancia especial de sospecha de Lavado de Dinero o de Financiamiento del Terrorismo, con lo que se genera la obligación de comunicación a la UIF.

Una vez que el Oficial de cumplimiento¹⁹ detecte las operaciones inusuales realizadas por el cliente, contará con un plazo de 60 o 90 días, dependiendo del tipo de sujeto obligado, para reportar la operación sospechosa a la UIF-SEPRELAD mediante el ROS.

Una operación que no se encuadra dentro del perfil ²⁰se denomina operación inusual, sin embargo, adquiere relevancia como sospechosa si en el proceso del análisis que efectúe el sujeto obligado no se halla justificación aparente a la desviación identificada. Así entonces, se debe entender que el simple hecho o constatación del distanciamiento entre lo esperado y lo observado no es suficiente para determinar que la operación deba ser reportada a las autoridades como operación sospechosa de lavado de activos o financiamiento del terrorismo.

Por esta razón, se requiere que después de esta constatación objetiva se inicie el proceso de análisis mixto (cuantitativo y cualitativo) basado en los principios de la investigación científica que tiene como único propósito descartar las hipótesis que pueden explicar la legalidad o racionalidad de la operación.

Cada entidad trabaja con una serie de hipótesis propias, pero, a efectos ilustrativos, podemos decir que ante una operación que no se encuadra dentro del perfil del cliente, la entidad debe descartar las siguientes hipótesis a modo de ejemplos, a los efectos de desechar la posibilidad de que se traten de falsas señales de alerta²¹:

19 Calderon, E.(2000) Métodos de Control del Delito en el Sistema Financiero, En: Comisión Andina de Juristas, Lavado de Dinero: El Sistema Legal y su Impacto Socio Económico, primera edición. Lima Peru..

El Oficial de Cumplimiento es la persona que verifica la existencia, suficiencia y eficacia de los mecanismos diseñados para prevenir el lavado de dinero

20 Lozano V. (2008). Revista Criminalidad – Policía Nacional DIJIN Volumen 50 no 2, El perfil financiero como estrategia para detectar el Lavado de Activos. recuperado el 6 de mayo de 2011 de www.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista...2/03elperfil.

21 Resolución SEPRELAD no 172 (2010). Por la cual se modifica y amplía los artículos 2,3,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13,14,15,16,17,18,19,20,21,22 Capítulo VI Glosario y Anexo “A” De la Resolución 060/2009 de fecha 28 de diciembre del 2009, Que aprueba el reglamento de Prevención de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo para Sujetos Obligados Fiscalizados y Supervisados por la Superintendencia de Bancos

Glosario. Señales de Alertas: son hechos, informaciones o circunstancias particulares relacionadas a operaciones que sin tener carácter de sospecha impliquen un comportamiento no habitual; que conlleve a la especial atención de la entidad



- La información sobre el cliente y la transacción son incorrectas.
- El cliente fue mal perfilado.
- Existe una explicación lícita y razonable para la transacción que se sale del perfil venta de un activo, premio, herencia, crédito, etc.
- El cliente ha cambiado de actividad económica.
- El cliente ha mejorado su situación patrimonial.

En el marco de la investigación científica se requiere rigor en el estudio y sustento de los elementos que permiten aprobar o rechazar las hipótesis aquí mencionadas, como también la utilización de Tipologías²² y señales de alertas, como herramienta para identificar las operaciones inusuales y calificarlas como sospechosas.

Es importante aclarar que el Reporte de Operación Sospechosa (ROS), no tiene un contenido incriminatorio, no supone una acusación contra el cliente cuya cuenta o transacción se reporta, sino que se limita a poner en conocimiento del Analista Financiero de la UIF información sobre cuentas y transacciones, con el fin de que el mismo pueda observar patrones de comportamiento y así concluir indiciariamente con las señales de alerta de LD/FT (Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo) señalar y delitos precedentes.

El Informe de Inteligencia Financiera - Relación y relevancia para la investigación penal.

El informe de Inteligencia Financiera es el resultado del procesamiento analítico de la información, para identificar amenazas reales o potenciales del Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo. Es decir, a partir de los Reportes de Operaciones Sospechosas que la UIF recibe de los Sujetos Obligados y mediante el intercambio de informaciones entre organismos o entidades, se procesa adecuadamente la información y se transfiere a la autoridad competente, para la toma de decisiones legales pertinentes, en cuanto a la apertura o no del proceso investigativo.

Incidencia de los Informes de Inteligencia Financiera elaborados por la UIF en el marco de las investigaciones sobre Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo

²² Resolución SEPRELAD no 172 (2010). Glosario Tipología: Métodos o técnicas operacionales utilizados para la comisión de actos delictivos relacionados al LD/FT



Los informes de Inteligencia remitidos por la UIF- SEPRELAD al Ministerio Público deben servir de guía y orientación al Agente Fiscal, a efectos de tipificar eventualmente las circunstancias fácticas de un hecho punible de Lavado de Dinero, Financiamiento del Terrorismo, u otros delitos precedentes.

El Ministerio Público con las informaciones proporcionadas por la UIF-SEPRELAD, debe advertir la **PROPORCIÓN FÁCTICA DESCRIPTIVA DEL HECHO PUNIBLE** (porción de hechos), y de esa manera subsumir una **CONDUCTA** a un hecho punible tipificado en el Código Penal y, que a su vez, los datos contenidos en el informe permitan recolectar elementos de convicción que sustenten la hipótesis típica.

Dicho con otros términos, se puede decir que la importancia del Informe de Inteligencia radica en que representa el canal mediante el cual la Unidad de Inteligencia Financiera pone a conocimiento del Ministerio Público la *noticia criminis*. Es decir, este informe debe responder a los presupuestos legales que prevé el artículo 285²³ del Código Procesal Penal.

No obstante, cabe aclarar que por el tipo de información que contiene el Informe de Inteligencia, su estructura difiere de la estructura tradicional de una denuncia penal, pero sí se puede sostener sin temor a equívocos que ese informe es el medio por el cual, tal como se mencionó más arriba, se pone a conocimiento al Ministerio Público indicios fácticos suficientes acerca de la existencia de una conducta penalmente relevante.

Desde el punto de vista de la investigación fiscal se debe tener en cuenta que el fin último que se persigue es la condena judicial o, por lo menos, elementos de juicio suficientes que permitan tomar decisiones sobre la viabilidad y pertinencia de iniciar una investigación penal como tal.

La **TIPICIDAD**, es un requisito indispensable para dar inicio a una investigación penal, caso contrario, si el Fiscal no logra por lo menos provisoriamente **TIPIFICAR LA CONDUCTA**, por considerar que no existe un hecho punible, se produce **LA DESESTIMACIÓN** por falta de méritos.

En ello radica la necesidad de que los **INFORMES DE INTELIGENCIA** contengan principalmente un breve relato introductorio que surge del ROS remitido

23 Ley 1286 (2008). Código Procesal Penal. Gaceta Oficial de la República del Paraguay.

Artículo. 285 CPP inciso 3: La denuncia contendrá, en lo posible, el relato circunstanciado del hecho, con indicación de los autores y partícipes, perjudicados, testigos y demás elementos probatorios que puedan conducir a la comprobación y calificación legal.



por el Sujeto Obligado y que dicho relato indique la línea de tiempo en que se efectuó la operación sospechosa, así como las características de la operación, respondiendo a las preguntas: ¿qué?, ¿quién?, ¿cómo?, ¿dónde?, ¿cuándo?, ¿por qué? y ¿para qué?. Así mismo es importante que tanto la UIF SEPRELAD, como el Ministerio Público pueda por medio de las operaciones relacionadas al reporte identificar algunos de los verbos rectores del Art. 196 del Código Penal o de alguno de los delitos precedentes, de manera a orientar el proceso de análisis.

En ese contexto, corresponde resaltar que en dicho informe se debe identificar claramente a la persona física o jurídica, relacionada con la operación reportada, las personas físicas o jurídicas vinculadas a la operación y sus beneficiarios finales, con todos los datos disponibles posibles, así como las vinculaciones principales. La inclusión de estos presupuestos en el informe, permite individualizar e identificar al o los supuestos autores del hecho, con miras al momento de presentar al Juzgado Penal de Garantías el Acta de Imputación, de conformidad al Art. 302 del Código Procesal Penal.

Atendiendo a que el hecho punible de Lavado de Dinero, así como el Financiamiento del Terrorismo, requieren investigaciones complejas, los perfiles financieros y señales de alerta asociados a la inconsistencia de operaciones financieras deducidas de los informes de inteligencia elaborados por la UIF- SEPRELAD, son de utilidad relevante y central para sustentar el proceso investigativo, en tanto y en cuanto permitan la detección de patrones de comportamiento del investigado que conlleven al hallazgo del delito precedente que originó los fondos ilícitos.

El Agente Fiscal, debe tener en cuenta el tipo penal (delito precedente) que pretende probar y, a partir de allí, analizar las conductas punibles correspondientes y los demás elementos de la estructura del hecho punible, conjuntamente con las etapas del proceso de Lavado de Dinero, para así poder planificar una investigación basada en el perfil financiero de la persona afectada al proceso investigativo.

Mediante el uso de los perfiles financieros y su contraste con la frecuencia y capacidad transaccional real de la persona, los investigadores podrán contar con una base para identificar hechos que describen el comportamiento transaccional de la persona vinculada a la operación reportada, tales como los que se describen a continuación:

- La comparación entre el perfil y la frecuencia y capacidad de transacción permite deducir que la persona está omitiendo datos sobre aspectos como su actividad económica, sus ingresos, egresos y patrimonio.



- La comparación entre el perfil y la frecuencia y capacidad de transacción permite deducir que, además de sus ingresos propios, provenientes de la actividad que ha demostrado, está manejando ingresos de terceros.
- La comparación entre el perfil de un período con el siguiente muestra que hay aumentos significativos en relación con sus ingresos y patrimonio que no tienen explicación lógica y por lo tanto pueden estar sustentados en actividades ocultas que no ha registrado en forma apropiada.
- La comparación entre el perfil de un período con el siguiente muestra que hay disminuciones significativas en relación con sus ingresos y patrimonio que no tienen explicación lógica pues no tienen contrapartida transaccional y por lo tanto pueden estar sustentados en actividades de ocultamiento de bienes o ingresos para eludir la acción de las autoridades.
- La comparación entre el nivel transaccional (frecuencia, volumen, naturaleza, etc.) de un período a otro no se encuentra sustentada en la información suministrada por el cliente y el perfil.

Es importante resaltar que la información de conocimiento del cliente del Sujeto Obligado sirve de base para la elaboración del perfil y ese mismo soporte documental servirá de base al Ministerio Público para la fundamentación fáctica y jurídica del caso. Este perfil puede ser tan complejo o tan simple como se quiera y constituye el conjunto de características transaccionales consideradas como normales para el cliente en cuestión y frente a las cuales se evaluará la frecuencia y capacidad transaccional esperada del Cliente.

Asimismo, siguiendo la línea investigativa, la revisión de la documentación ayuda a realizar deducciones a partir de la información disponible. Por ejemplo, la documentación nos puede mostrar que se trata del desembolso de un préstamo con una entidad financiera.

Es decir:

- Se revisan fuentes de información públicas y privadas para obtener más información. Es el caso de las centrales de riesgo, búsqueda, de internet entre otros.
- Se contacta al Ejecutivo de Cuenta o asimilado, o la persona que atiende al cliente para que dé explicaciones y justifique la transacción. En



muchas oportunidades quien conoce al cliente de primera mano puede aportar información valiosa sobre las causas que generan el incremento transaccional.

- Mediante herramientas tecnológicas se realizan búsquedas en las bases de datos de la entidad para determinar si existen más clientes en la misma situación y si su razón del cambio transaccional es sectorial o grupal.

Desde el punto de vista práctico, se sobreentiende que se trabaja con suficiente información para poder describir los clientes y sus transacciones, pero los datos no permiten detectar lavado de activos por sí solos, si no se genera un conocimiento a partir del cual se toman las decisiones en cuanto a las inconsistencias que posteriormente sirvan de guía al agente fiscal, al realizar sus investigaciones y tipificar hechos punibles.

4. Conclusión

La comisión de los hechos punibles de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo a través del sistema financiero y otros sectores de la actividad económica, es una realidad transnacional que requiere de procesos integrales de información que partan desde los reportes de operaciones sospechosas, los cuales posteriormente son sometidos a un proceso de análisis de inteligencia financiera realizado por la UIF – SEPRELAD.

Para dicho análisis se precisa recabar información de bases de datos públicas y privadas, para luego ir ampliándose al intercambio de información con otras UIFs del mundo.

Estas operaciones, una vez procesadas por medio de la elaboración de los informes de inteligencia, deben proporcionar una síntesis fáctica indiciaria como guía de la investigación, sin revestir carácter probatorio; bajo dos acepciones de la eficacia relacionadas, preventivas y represivas, que deberían cumplir este doble propósito para detectar operaciones vinculadas al lavado de dinero y financiamiento del terrorismo

De ese modo, el Ministerio Público recibe información de inteligencia, que contiene las inconsistencias y señales de alertas de operaciones que pudieran estar vinculadas al delito Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo, requeridos para iniciar un Proceso Penal sólido, contribuyendo en la persecución y sanción de los sujetos que cometen las conductas penalmente sancionadas, tanto de los delitos subyacentes, como los delitos de LD/FT.



Para este fin, el modo en que sea estructurado el Informe de Inteligencia Financiera es central y relevante, dado que permitirá realizar la inferencia necesaria que conlleve a la recolección de los elementos probatorios suficientes para sustentar un proceso penal, por lo que se precisa además la implementación de mecanismos coordinación de trabajo entre la UIF-SEPRELAD y el Ministerio, para la mayor eficacia investigativa.

Asimismo, es importante contar con mecanismos propicios, que minimicen el riesgo de que se trasgreda la confidencialidad de la información, pudiendo tener efectos devastadores en la reputación de aquellos sobre cuya información personal ha sido divulgada de forma inapropiada, especialmente si no han sido acusados por la comisión del hecho punible o han sido absueltos después de un proceso judicial. Las fugas de información también comprometen las investigaciones de las agencias de cumplimiento de la ley, ponen sobre aviso a los involucrados en una investigación y erosionan la confianza de los sujetos obligados en el régimen de lucha contra el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo.



Bibliografía

- **Constitución Nacional** sancionada y promulgada el 20 de junio de 1992. (Gaceta Oficial)
- **Código Penal Paraguay** Ley 1.160/97, modificado por la Ley 3440/08 Modificatoria del Código Penal. (Gaceta Oficial)
- **Código Procesal Penal Paraguay** Ley 1286/98. (Gaceta Oficial)
- **Decreto 4561/10** Por el cual se reglamenta la Ley 1015/97, la Ley 3783/09 y se aprueba la estructura orgánica y funcional de la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes (SEPRELAD), dependiente de la Presidencia de la Republica
- **Ley 1015/97** Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes. (Gaceta Oficial)
- **Ley 3783/09** Que modifica varios artículos de la Ley 1015/97 “Que previene y reprime los actos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes”. (Gaceta Oficial)
- **Ley 4100/10** Que aprueba el Memorándum de Entendimiento entre los Gobiernos de los Estados del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos - GAFISUD
- **Las Nuevas 40 Recomendaciones** del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)
- **Resolución SEPRELAD n° 172 (2010)** Por la cual se modifica y amplía los artículos 2,3,4,5,6,7,8,9,10,11,12,13,14,15,16,17,18,19,20,21,22 Capítulo VI Glosario y Anexo “A” De la Resolución 060/2009 de fecha 28 de diciembre del 2009, Que aprueba el reglamento de Prevención de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo para Sujetos Obligados Fiscalizados y Supervisados por la Superintendencia de Bancos
- Mejores Prácticas Recomendadas por el Grupo de Trabajo para la Coordinación e Integración de UIF/OIC Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas CICAD (OEA/CICAD). **USO Y PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN DE LA UIF. Abril 26 de 2012**



- XXXIII REUNION DEL GRUPO DE EXPERTOS PARA EL CONTROL DE LAVADO DE ACTIVOS del 17 al 18 de Septiembre de 2012. **Buenos Aires, Argentina OEA/Ser. L/XIV. 4.33CICAD/LAVEX/doc.4/14 18 septiembre 2011**
- Principios recomendados para la coordinación e integración del grupo de trabajo UIF/OIC
- Principios recomendados sobre el uso y protección de la información obtenida de las UIF
- Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros: Banco Mundial, Unidad de Integridad de Mercados Financieros, 2004. **UNIDADES DE INTELIGENCIA FINANCIERA: Panorama general -Washington, D.C.:**

Paginas Web consultadas

<http://www.policia.gov.co/imagenes>

[http:// www.administradorfinanciero.wordpress.com/prevencionlavadoactivos/](http://www.administradorfinanciero.wordpress.com/prevencionlavadoactivos/)

[http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.](http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?PFL=2&NOT=94)

[aspx?PFL=2&NOT=94](http://www.sbs.gob.pe/0/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?PFL=2&NOT=94) - Superintendencia de Bancas y Seguros AFP – República de Perú

<http://www.lecourslessard.com>

http://www.gafisud.info/pdf/Buenas_Practicas_FT3.pdf

<http://www.rae.es>

<http://www.egmontgroup.org/>

www.un.org/es/documents/charter/





LA PROTECCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS. UNA MIRADA GLOBAL

Por Romina Manuela Toro Cardozo^{1*}

1- Introducción

Este trabajo de investigación surge de la problemática actual en materia de asistencia y protección tanto a víctimas como a testigos en los procesos penales, para lo cual ha sido necesario analizar la situación actual de los mismos, teniendo en cuenta los hechos punibles que por lo general generan la necesidad de una mayor protección.

Se busca identificar las medidas de asistencia y seguridad existentes y las recomendaciones que puedan surgir del análisis de los programas de Protección a Víctimas y Testigos desarrollados por otros países.

Se pretende además crear conciencia sobre la importancia de la protección a la víctima, así como la relevancia de evitar la re victimización, teniendo en cuenta los factores influyen en sus conductas y de la forma en que estas pueden repercutir en los procesos penales.

Igualmente tiene como objetivo reconocer la necesidad de crear empatía de parte de los agentes de justicia con las víctimas como con los testigos, sin que esto afecte a la objetividad que debe primar en el actuar del Ministerio Público.

2- Garantías constitucionales en materia de seguridad de los ciudadanos y su relación con el acceso a la justicia.

Nuestra Constitución Nacional, en su Artículo 9° De la libertad y la seguridad de las personas, señala: “Toda persona tiene el derecho a ser protegida en su libertad y en su seguridad. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe.”.

Atendiendo a esta Garantía Constitucional, todos los habitantes de la República del Paraguay deben ser efectivamente protegidos en su seguridad por el

¹ * Abogada (2010), Posgrado en Didáctica Universitaria Rectorado UNA (2012), Curso de Liderazgo Estratégico Instituto de Altos Estudios Estratégicos Ministerio de Defensa (2012), Maestría en Ciencias Penales Centro de Ciencias Penales y Política Criminal (cursando 2013). Asistente Fiscal.



Estado, pero, para que esta protección sea real deben converger varios factores, entre ellos el acceso a la justicia.

Es debido a la importancia de la materia en cuestión, que la Cumbre Judicial Iberoamericana, en su XIV Edición ha reconocido al sistema judicial como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad, destacando que *“Poca utilidad tiene que el estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”*²

En este contexto, haciendo un análisis de la realidad nacional, se debe considerar que existen diversos factores como la edad, el género, la condición socio-económica, la discapacidad, entre otros, que de por sí crean desigualdades entre las personas. Por ello, en la actualidad se busca brindar una especial protección a las personas consideradas *“en situación de vulnerabilidad”*³

Se considera que se hallan en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico y de esta manera cerciorarse de que puedan ejercer sus derechos de manera efectiva, amparadas en el reconocimiento de la igualdad de las personas⁴.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad han determinado los indicadores a tomar en cuenta a

2 Exposición de Motivos de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. P. 11.

3 Beneficiarios de las Reglas, Sección 2 de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. P. 13.

4 **Artículo 46 - DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS** Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.

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; 2. la igualdad ante las leyes; 3. la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y 4. la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura.

Artículo 48 - DE LA IGUALDAD DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DE LA MUJERES hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El Estado promoverá las condiciones y creará los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional.



fin de distinguir si una persona se encuentra o no en situación de vulnerabilidad, refiriendo *“Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”*⁵

Son los hombres, mujeres, adolescentes, niños y niñas considerados vulnerables los que encuentran especiales dificultades para ejercer a plenitud sus derechos y lo que se busca es brindar un trato adecuado a sus circunstancias personales a fin de que puedan hacer uso de los derechos que le han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico.

3- Panorama actual de las víctimas y testigos en procesos penales en el Paraguay

Si bien en nuestro país la protección a las víctimas y testigos se encuentra reconocida tanto en la Constitución Nacional como en el Código Procesal Penal, las acciones tendientes a hacer efectiva esa tutela, se encuentran en etapa incipiente.

Justamente, dada la necesidad de otorgar los mecanismos necesarios para velar por la protección de las víctimas y los testigos, fue promulgada la Ley 4083/2011 “QUE CREA EL PROGRAMA DE ACOMPAÑAMIENTO Y PROTECCIÓN A TESTIGOS Y VÍCTIMAS EN PROCESOS PENALES”, con la intención de optimizar el trabajo de la justicia en el Paraguay en este sentido.

Dentro de este contexto, el Ministerio Público compromete sus esfuerzos en esta tarea y desde el año 2012 se encuentra en curso la implementación del Programa de Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas en procesos penales, a cargo de una Dirección específica creada para el efecto.

Si bien dicha implementación se encuentra en una etapa incipiente, debe tenerse en cuenta el empeño del MP por brindar las garantías necesarias para que los ciudadanos formulen libremente sus denuncias, impulsen los procesos penales o brinden su testimonio, es un objetivo primordial de la institución.

Sin embargo, para que esta labor sea eficiente y se cumplan efectivamente sus fines, se requiere de la cooperación y compromiso de otras instituciones, como

⁵ Beneficiarios de las Reglas, Sección 2 de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. P. 13



el Ministerio del Interior, la Policía Nacional, la Defensa Pública, el Poder Judicial –entre otras–, al igual que las de carácter privado.

Es así, que el Ministerio Público en cumplimiento de su rol de representante de la sociedad ante los órganos del Estado ha dispuesto por Resolución F.G.E. N° 134 de fecha 24 de enero de 2012 RATIFICAR Las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”, implementando sus recomendaciones con carácter obligatorio, a través del Fiscal General del Estado, fiscales adjuntos, fiscales delegados, agentes fiscales y demás funcionarios del Ministerio Público. Asimismo ha dispuesto la instalación de un sistema de monitoreo y seguimiento, el cual tendrá por objetivo asegurar su cumplimiento a nivel institucional.

4- La víctima.

4.1 Clases de víctimas. Etapas de la Victimización. El testigo

A los efectos de contextualizar la materia tratada, resulta necesario y pertinente enmarcar los conceptos de “víctimas” y “testigos” de hechos punibles, pues estos son los destinatarios de la tutela que otorgan las normas pertinentes.

En tal sentido, el Código Procesal Penal establece en su Art. 67 Calidad de Víctima: *“Este Código considerará víctima a: 1) la persona ofendida directamente por el hecho punible; 2) el cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción, o el segundo de afinidad, al representante legal y al heredero testamentario en los hechos punibles cuyo resultado sea la muerte de la víctima; 3) los socios, respecto de los hechos punibles que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administren o controlen, o sus gerentes.”*, en otras palabras VÍCTIMA es la *“persona que sufre violencia injusta en sí o en sus derechos./ El sujeto pasivo del delito.”*⁶.

Ahora bien, al definir al TESTIGO podemos señalar que es aquella *“Persona que da testimonio de una cosa./Persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de una cosa.”*⁷ En este entendimiento, *“Se considera víctima toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida*

6 OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 34° Edición Actualizada, Corregida y Aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 2006, Pág. 984.

7 OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 34° Edición Actualizada, Corregida y Aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 2006, Pág. 939.



*tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa”.*⁸

Al hablar de víctimas, debemos distinguir los dos tipos existentes. Por un lado, se tiene a las **Víctimas Directas** que son aquellas personas que han sufrido de manera directa las consecuencias de un hecho punible y, por el otro, a las **Víctimas Indirectas**, quienes han sido testigos del trauma, sin haber sido, a pesar de ello afectados personalmente⁹.

También se debe recordar que la víctima ya sea directa o indirecta puede encontrarse en cualquiera de las tres etapas de la victimización¹⁰, ya sea la “Victimización Primaria: Es el proceso por el que una persona sufre, de modo directo o indirecto, daños físicos y psíquicos del hecho o acontecimiento traumático; la Victimización Secundaria: Constituye el conjunto de costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo su intervención en un proceso, esto comprende los efectos traumatizantes derivados de versiones, testimonios, exámenes periciales, exploración médico forense o el mismo juicio con el procesado; o, la Victimización Terciaria: Estos son los procesos que pueden sufrir las víctimas y sus familiares después de haber enfrentado un proceso penal”.¹¹

Es así que el Código Procesal Penal Paraguay, en su artículo 68 que regula los Derechos de las Víctimas, establece en su inciso primero que la víctima tendrá derecho a “*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*”.

Es por ello, a las graves consecuencias que pueden sufrir tanto las víctimas como los testigos en el marco de un proceso penal que se pone especial énfasis en la “protección de su seguridad”, que al ser solicitada, necesariamente debe ser brindada de manera eficiente por el Estado y más aún si se encuentran en la categoría de víctimas vulnerables.

A los efectos de las Reglas de Brasilia se considera en condición de vulnerabilidad

⁸ Victimización, Sección 2 de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. P. 15

⁹ Prof. Dr. José García Falconi, Año 2011, La Protección a Víctimas y Testigos, Obtenido de la red en fecha 11 del mes de junio del año 2013, de la dirección <http://www.derechoecuador.com>.

¹⁰ “Es el proceso por el cual una persona o personas sufren las consecuencias de un hecho traumático” Prof. Dr. José García Falconi, Año 2011, La Protección a Víctimas y Testigos, Obtenido de la red en fecha 11 del mes de junio del año 2013, de la dirección <http://www.derechoecuador.com>.

¹¹ Prof. Dr. José García Falconi, Año 2011, La Protección a Víctimas y Testigos, Obtenido de la red en fecha 11 del mes de junio del año 2013, de la dirección <http://www.derechoecuador.com>.



a: “...aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización”¹². Respecto a la victimización, las citadas Reglas establecen: “Procurarán garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquellas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo). También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial”¹³.

Así como se realza la importancia de proteger a las víctimas, las Guías de Santiago para la Protección de Víctimas y Testigos¹⁴, también destacan la importancia de los testigos en la tramitación de los procesos penales y, en ese contexto, disponen que se debe velar para que con su aporte a la resolución de un conflicto, estos no sufran menoscabo alguno en sus derechos, atendiendo a que testigo es la persona que declara ante un órgano competente sobre hechos que conoce y que son considerados relevantes por alguno de los litigantes para la resolución del asunto objeto de controversia.

4.2 Bases para determinar la protección de la víctima y el testigo.

Son varios los aspectos que deben ser tomados en cuenta a la hora de determinar la protección que deberá ser otorgada a la víctima o al testigo de un hecho punible en el marco de un proceso judicial. Es por eso que las Guías de Santiago para la Protección de Víctimas y Testigos recomiendan que el Ministerio Público haga una discriminación positiva con relación a las víctimas, 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. Estos parámetros ayudarán a establecer la intensidad a la que deberá adecuar su actuación el Ministerio Público en estos casos.

¹² Victimización, Sección 2 de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. P. 15

¹³ Victimización, Sección 2 de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. P. 15

¹⁴ Documento aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP) Celebrada en Punta Cana, República Dominicana el 9 y 10 de Julio de 2008. Versa sobre el tratamiento de las víctimas, los sistemas de información, los protocolos de actuación y de seguridad de las mismas, la formación de operadores en materia de protección a víctimas, su rol durante el proceso, los factores que debe valorar el Ministerio Público, las medidas que deben ser adoptadas, el tratamiento de los testigos, la cooperación interinstitucional y la internacional.



Conforme al artículo 5° de la Ley N° 4083/2011 *“Las medidas de protección deberán ser viables y proporcionales a: 1. La situación de riesgo. 2. La importancia del caso. 3. La trascendencia e idoneidad del testimonio. 4. La vulnerabilidad del sujeto de protección. 5. La capacidad de la persona para adaptarse a las condiciones del programa. 6. La capacidad del agente generador del riesgo para hacer efectivo el daño.”*

Según la mencionada ley, estos aspectos deberán ser valorados por el Director del Programa de Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas en procesos penales, dependiente de la Fiscalía General del Estado.

4.3 Asistencia a las víctimas

A fin de hacer efectiva la asistencia a las víctimas y los testigos en procesos penales, se han establecido en la legislación pertinente las clases de medidas que podrán ser otorgadas: a) las de acompañamiento y asistencia y, b) las de seguridad.

Las de “De acompañamiento y Asistencia, entendidas como aquellas que tengan como finalidad primordial contener y asistir integralmente a los sujetos destinatarios del Programa. Las medidas de acompañamiento, contención, asistencia, ya sea jurídica, psicológica, médica o sanitaria se ejecutarán, a través de profesionales organizados interdisciplinariamente, de acuerdo con la problemática a ser abordada; procurando asegurar también a la persona protegida, que la participación de la misma en el proceso penal no signifique para ella un daño adicional o el agravamiento de su situación personal o patrimonial”.

Por su parte, las “De seguridad, aquellas que tengan como finalidad primordial brindar condiciones especiales de seguridad para preservar la vida, la libertad o la integridad física de los sujetos comprendidos en el Art. 2° de la presente Ley.”¹⁵

15 Art. 7° de la Ley N° 4083/2011 “Que Crea El Programa De Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas en Procesos Penales” /**Artículo 2°.- Destinatarios de la protección.** Las medidas de asistencia, protección y seguridad previstas en la presente Ley serán destinadas a testigos y víctimas, así como para los imputados o cualquier otra persona que se encuentre en situación de riesgo o peligro cierto para su vida, libertad o integridad, tanto física como psíquica, la de sus bienes o de las demás personas vinculadas por su intervención o colaboración en la investigación de un delito o su participación en un proceso penal. El programa podrá ser dirigido o extendido al cónyuge, ascendientes, descendientes, parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, a personas convivientes y a quienes por su relación inmediata así lo requieran, incluso sus abogados.



4.4 Seguridad de las víctimas

En la actualidad se busca hacer efectivas las garantías y derechos ya existentes, habilitando a los servidores y operadores de justicia a tomar todos los recaudos necesarios para el normal desarrollo del proceso y brindar un trato adecuado a las circunstancias personales de cada víctima y testigo, atendiendo a su condición de “persona vulnerable” por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

Es así que son varias las medidas de seguridad que se pueden implementar. La ley señala que se debe asegurar la protección y contención de la víctima al momento del traslado de las personas, brindarles custodia personal y/o domiciliaria, fijarles como domicilio la sede del Programa de acompañamiento y protección a testigos y víctimas en procesos penales a fin de que sea ese el lugar en donde se practiquen las citaciones y notificaciones, suministrarles alojamiento temporal en lugares reservados, así como proveerles de transporte, alimentos, atención sanitaria, comunicación y demás gastos indispensables, colaborando con su reinserción laboral.

También se prevé facilitar el cambio de residencia, lugar de trabajo y centro de estudios, suministrándoles los medios económicos para el efecto, además de cualquier medida que se estime necesaria para proteger la vida, la integridad física y psíquica de los participantes.¹⁶

Si bien, una de las medidas de seguridad más importante sería la que habilite al cambio de identidad, esta deberá ser utilizada solamente en casos extremos, cuando tras haber culminado el juicio oral y público, la víctima o el testigo siga encontrándose en peligro de sufrir menoscabos a sus bienes jurídicos. Esta medida extrema resulta un cambio que debe abarcar todas las esferas de su vida y, en ciertos casos, también la de sus descendientes, de allí lo extraordinario de la medida.

También se deben buscar los medios para mantener en reserva tanto sus datos personales como su imagen, medida que en la actualidad es totalmente incompatible con lo establecido en el Art. 6° Inviolabilidad de la Defensa, del Código Procesal Penal, el cual señala, en el párrafo quinto que: “... *El derecho a la defensa es irrenunciable y su violación producirá la nulidad absoluta de las actuaciones a partir del momento en que se realice...*” y con lo dispuesto en tercer párrafo del

¹⁶ Art. 9° de la Ley N° 4083/2011 “Que Crea El Programa De Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas en Procesos Penales”



artículo 213 del mismo cuerpo legal, que establece: “...*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...*”.

Es de destacar que si bien el artículo 323 del CPP permite la reserva parcial de las actuaciones (permiso legal que puede ser solicitado por el Ministerio Público al Juez, por una sola vez, para garantizar la eficacia de un acto de investigación y sólo puede durar 10 días corridos), esta figura no puede ser invocada en materia de seguridad de víctimas y testigos, puesto que está dada solo en beneficio de la investigación y nunca en perjuicio del ejercicio de la defensa.

Es así que también se garantiza “La igualdad de oportunidades procesales”, lo que implica, a su vez, el pleno e irrestricto ejercicio de las facultades reconocidas a cualquiera de las partes en el proceso penal¹⁷. Entre estas facultades, se debe destacar que todos los intervinientes tienen derecho a acceder a toda la información obrante en el cuaderno de investigación fiscal y en el expediente judicial, por lo tanto, cuentan también con acceso pleno a datos y circunstancias personales de las personas que intervienen en ellos.

Las Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos, señalan pautas de actuación con relación a la víctima durante el proceso, recomendando la práctica de la “...*prueba anticipada para que, con garantía para todas las partes, se evite que el proceso, en su desarrollo se convierta en causa de victimización secundaria o suponga un factor de presión sobre la víctima que le pueda llevar a abandonar el libre ejercicio de sus derechos*”¹⁸.

¹⁷ Artículos 6, 9 y 323 del Código Procesal Penal

Art. 6. Inviolabilidad De La Defensa. Será inviolable la defensa del imputado y el ejercicio de sus derechos. A los efectos de sus derechos procesales, se entenderá por primer acto del procedimiento, toda actuación del fiscal, o cualquier actuación o diligencia realizada después del vencimiento del plazo establecido de seis horas. El imputado podrá defenderse por sí mismo o elegir un abogado de su confianza, a su costa, para que lo defienda. Si no designa defensor, el juez penal, independientemente de la voluntad del imputado, designará de oficio un defensor público. El derecho a la defensa es irrenunciable y su violación producirá la nulidad absoluta de las actuaciones a partir del momento en que se realice. Los derechos y facultades del imputado podrán ser ejercidos directamente por el defensor, salvo aquellos de carácter personal o cuando exista una reserva expresa en la ley o en el mandato.

Art- 9. 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. Los jueces preservarán este principio debiendo allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten.

Art. 323. Reserva De Las Actuaciones. El Ministerio Público podrá solicitar al juez, sólo una vez, la reserva parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá exceder los diez días corridos, siempre que sea imprescindible para la eficacia de un acto durante la investigación. La reserva de las actuaciones establecidas en este código, sólo podrá ser invocada a beneficio de la investigación y nunca en perjuicio del ejercicio de la defensa.

¹⁸ Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos, apartado 5, letra a, P. 43



Estas recomendaciones de las Guías de Santiago deberíamos analizarlas a la luz del artículo 320 del Código Procesal Penal y la posibilidad de su aplicación a fin de intentar cumplir con sus recomendaciones.

Por tal motivo, debemos analizar el Art. 320 del Código Procesal Penal que regula el “Anticipo Jurisdiccional de Prueba”, el cual es claro al señalar que el Juez lo autorizará solo si lo considera admisible, puesto que deben ser actos que por su naturaleza y características son considerados definitivos e irreproducibles y en el caso de las declaraciones sólo cuando exista algún obstáculo difícil de superar que haga presumir que no podrá realizarse en juicio, por lo cual, analizando el artículo en mención, aunque una persona haya ingresado al Programa de Protección, esto no autoriza a los Jueces a que brinden testimonio en carácter de anticipo jurisdiccional de prueba o a que las diligencias que requieran de su presencia sean realizadas bajo el mismo tenor.

5- Cooperación nacional e internacional

Al iniciar un programa de Protección a Víctimas y Testigos se hace necesario reconocer que será necesario contar con la ayuda de varias instituciones para poder cumplir a cabalidad con los roles establecidos. A nivel nacional, debemos trabajar en la armonización tanto de las leyes y reglamentos, como en la unidad de criterios de las entidades que deben brindar su apoyo durante el proceso, tanto en materia de recursos humanos, logística como en financiamiento.

Es así, que como nuestro país se encuentra en proceso de implementación del Programa, sería recomendable recurrir a las experiencias que a nivel internacional tengan otros países en la materia. En este sentido, lo aconsejable sería tomar de estas experiencias, en el sentido de no cometer los mismos errores en que ellos incurrieron en sus orígenes e intercambiar buenas prácticas al respecto, a los efectos de optimizar el programa en lo relativo a su aplicación efectiva.

Como bien lo establecen las Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos en el apartado denominado “5. Ámbito de Cooperación internacional” debemos intentar “Implementar legal y operativamente, haciendo uso de los mecanismos de asistencia judicial recíproca y otros previstos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en especial aquellos relacionados con la reubicación internacional de los testigos y la presentación de testimonio de testigos nacionales en el extranjero y testigos extranjeros en territorio nacional”¹⁹

¹⁹ Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos, P. 61



6- Formación de profesionales en materia de protección de víctimas (profesionales en psicología, trabajo social, intérpretes, traductores, médicos)

A fin de cumplir a cabalidad con sus roles, todo Programa de Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas en procesos penales, debe conformar un equipo multidisciplinario de trabajo, que abarque las áreas de necesidad de las personas acogidas a él.

Se hace énfasis en que dicho equipo debe estar integrado por profesionales de la psicología, trabajadores sociales, médicos, intérpretes, traductores y abogados, a fin de que ellos sean entrenados en las habilidades de trato mínimas con las víctimas y en el sistema legal de protección del cual serán parte.

Se pone énfasis en su capacitación, atendiendo a que el trabajo que deberán realizar será de carácter confidencial buscando en todo momento evitar la victimización de las personas acogidas al programa. Estos auxiliares deberán ser aptos para brindar una ayuda efectiva a las personas que recurran a ellos, derivándolos en su caso a las dependencias correctas y guiándolos durante el proceso penal, puesto que resultan los cooperadores y servidores de la justicia y los primeros en darle la debida importancia a las circunstancias particulares de cada caso.

Asimismo, se debe aspirar a la creación de protocolos de trabajo, para estandarizar su actuación y enmarcarla dentro de reglas claras y efectivas que permitan cumplir con todos los recaudos que amerite cada situación suscitada y cada caso concreto.

7- Derechos y obligaciones de las víctimas

El Código Procesal Penal Paraguayo, en su artículo 68 establece los derechos que poseen las víctimas desde el inicio del proceso hasta su culminación, señalando: *“La víctima tendrá derecho a: 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 con 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. La víctima será informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento."²⁰

Es en el marco de los derechos consagrados en el Código Procesal Penal a las víctimas en general que la ley N° 4083/2011 regula los derechos de las personas sujetas a medidas de acompañamiento y asistencia y/o seguridad, señalando que deben ser informadas de manera directa, clara y oportuna de sus derechos y obligaciones, del trámite del proceso penal y de su resultado; a comunicarse con las personas de su entorno siempre que de esta forma no se perjudique o ponga en riesgo su protección, a ser escuchadas antes de otorgar, modificar o suprimir las medidas de protección impuestas, como asimismo, a renunciar a los beneficios del Programa de Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas.²¹

En el contexto del Programa de Acompañamiento se hace también necesario imponer obligaciones a las víctimas y/o testigos, en atención al carácter extraordinario de las medidas que le serán aplicadas. Es por eso que ellos, primeramente, deben prestar su consentimiento expreso y por escrito para el ingreso y permanencia en el Programa; deben guardar absoluta reserva y confidencialidad con respecto a la situación de protección y las medidas adoptadas, someterse a exámenes y evaluaciones, respetar los límites impuestos y las instrucciones impartidas, no divulgar ningún tipo de información que guarde relación con sí mismo o con algún otro participante, aun cuando ya no se encuentre sujeto al Programa, no utilizar información relativa al mismo para obtener ventajas personales o para terceros y poner a conocimiento del Director del Programa cualquier proceso penal en su contra que se encuentre en trámite.²²

Es importante destacar que otras obligaciones de las víctimas directas y de los testigos son: participar de todos los actos procesales en los cuales su presencia sea requerida y brindar oportunamente su testimonio en la forma establecida en la ley.

²⁰ En concordancia con los Arts. 16, 21, 60, 68, 69, 289, 291, 292, 293, 294, 295, 439 y 449 del C.P.P., Art. 59 y 97 C.P. Art. 33 C.N. y Art. 9 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

²¹ Art. 11 de la Ley N° 4083/2011 "Que Crea El Programa De Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas en Procesos Penales"

²² Art. 12 de la Ley N° 4083/2011 "Que Crea El Programa De Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas en Procesos Penales"



8- Grados de riesgo y su relación con los tipos de medidas

Al existir varias clases de víctimas esto supone la existencia de distintos grados de riesgo y la necesidad de una protección especial a cada uno de ellos, tanto en la fase de investigación como durante la tramitación del proceso.

“El primer grado corresponde al riesgo bajo o mínimo, que se presenta en aquellos que poseen ningún o escaso conocimiento del hecho delictivo. Se trata de víctimas o testigos cuyos aportes a la dilucidación del suceso es mínima.

El siguiente grado es el riesgo moderado, que se refiere a aquellos que poseen un conocimiento medio del hecho y que, adicionalmente, pueden haber sufrido algún tipo de intimidación o amenaza.

Finalmente, el grado de riesgo alto se reserva para quienes poseen un alto conocimiento del hecho como consecuencia de lo cual su vida corre peligro. También se incluyen en esta categoría a los que han sido partícipes del delito y realizan aportes al proceso.”²³

“El examen de la vulnerabilidad de las víctimas y/o testigos es la pauta que indica el programa al que debe acudir en cada situación en particular.”²⁴Es así que a fin de que el programa sea efectivo, se necesita primeramente determinar cuál es el grado de vulnerabilidad de la persona que solicita ser acogida y, de ésta manera, poder establecer cuáles son las medidas que se deben brindar para asegurar su protección y asistencia durante el tiempo que sea necesario.

9- Referencias a las víctimas según hechos punibles

Las Guías de Santiago sobre protección de Víctimas y Testigos, hacen hincapié en la especial protección de ciertas víctimas específicas, que debido a sus condiciones singulares encuentran mayores inconvenientes para acceder a la justicia.

Entre ellas debemos destacar a las siguientes:

²³ SHAPIRO, Hernán I., NOGUEIRA Juan M. y SALATINO, Edgardo H., *Protección de víctimas y testigos en procesos por delitos de lesa humanidad*, Ps. 54 y 55

²⁴ SHAPIRO, Hernán I., NOGUEIRA Juan M. y SALATINO, Edgardo H., *Protección de víctimas y testigos en procesos por delitos de lesa humanidad*, P. 55



- **Las víctimas de los delitos de trata de personas**, puesto que supone la cosificación²⁵ de la persona y la abolición de su libertad, se busca obtener un beneficio a partir de la utilización sexual de las personas, como mano de obra e incluso como mercancía, esta víctima posee características particulares puesto que muchas veces se resisten al contacto con las instituciones, presentan dificultades a la hora de confiar en los servidores y colaboradores de la justicia, tienen escasa predisposición a colaborar y disponibilidad de tiempo por breves periodos, características que deben ser valoradas a fin de evitar la re victimización y el riesgo de convertir en ineficaz el proceso.
- **Las víctimas de Violencia Familiar o Doméstica**, atendiendo a que se parte de la base de la existencia de una relación entre la víctima y el agresor, en la mayoría de los casos, existen fuertes lazos emocionales y la necesidad de mantener en secreto los hechos acontecidos.
- **Las víctimas Niños y Adolescentes**, su vulnerabilidad surge de su propia condición y de que en la mayoría de los casos el delito se produce dentro de su propio entorno y por parte de personas ligadas a sus afectos, es por ello la alta tasa de impunidad que registran los hechos punibles que los tienen por víctimas.
- **Las víctimas extranjeras**, ya que se encuentran fuera de su entorno, por lo general por un espacio de tiempo limitado, con un déficit de información sobre los pasos que debe seguir y en la mayoría de los casos con barreras idiomáticas que hacen aún más difícil la comprensión sobre cómo acceder al sistema.
- **Las víctimas indígenas**, atendiendo al principio de reconocimiento de la igualdad, el Estado debe respetar los usos y costumbres propios de este sector en particular, no utilizando el lenguaje como obstáculo, sino utilizando los medios necesarios para que la víctima pueda comprender de forma idónea el ámbito jurídico.
- **Las víctimas de terrorismo, de escenarios bélicos, de violencia social y asimilados**, en casos de que el país se encuentre afectado por este tipo de cuestiones.

²⁵ Cosificación: Acción y efecto de cosificar / Cosificar: Convertir algo en cosa/ Reducir a la condición de cosa aquello que no lo es. (Real Academia Española, Diccionario de la Real Academia Española, Edición 22º, Año 2001, obtenido de la red el día 11 de junio de 2013, de la dirección <http://www.rae.es>)



Asimismo, en la actualidad se debe brindar especial protección a las víctimas y testigos de delitos que guarden relación con el tráfico de drogas y estupefacientes como a todos aquellos delitos que guarden relación con el crimen organizado, puesto que las víctimas se encuentran en total desventaja frente a las asociaciones criminales, dependiendo de manera exclusiva del Estado para contar con la protección y asistencia necesarias.

10- Medidas concretas de seguridad

En la actualidad, con el aumento de la delincuencia y el auge del crimen organizado, las víctimas y testigos se han mostrado reticentes a colaborar con la justicia debido a la ausencia de mecanismos de seguridad y protección que le aseguren que su colaboración no implicará algún riesgo para su vida o la de sus familiares.

Es debido a ello, que el programa de Acompañamiento y Protección a testigos y víctimas en procesos penales, se hace efectivo a través de la implementación de las medidas de seguridad establecidas en el Artículo 9° de la Ley N° 4083/11. Tal normativa dispone: *“Las medidas de seguridad consisten en:*

- 1. Determinar el modo y el mecanismo del traslado de las personas protegidas a distintos lugares, asegurando en todo momento el resguardo y la contención de las mismas.*
- 2. Disponer una custodia personal y/o domiciliaria de los sujetos protegidos, que estará a cargo del personal policial.*
- 3. Fijar como domicilio de las personas protegidas el de la sede de la Dirección del Programa o el que las mismas indiquen a efectos de las citaciones y notificaciones que se practiquen.*
- 4. Suministrar a las personas protegidas alojamiento temporal en lugares especialmente reservados o aislados, transporte, alimentos, atención sanitaria, comunicación y la atención de los demás gastos indispensables, colaborando en su reinserción laboral.*
- 5. Facilitar el cambio de residencia, lugar de trabajo y centro de estudios de las personas protegidas; procurando para ello la obtención y suministro de los medios económicos que sean necesarios para el efecto.*



6. *Implementar cualquier otra medida de seguridad que, de conformidad con la valoración de las circunstancias que realicen las autoridades competentes, se estime necesario adoptar con la finalidad de proteger la vida y la integridad física y psíquica de las personas protegidas.*"²⁶

11- Comparación con Sistemas Internacionales

En la actualidad son varios los países que cuentan con Programas de Protección a Víctimas y Testigos, los cuales cuentan con amplias medidas de seguridad que son implementadas durante todo el tiempo que la persona se encuentre acogida a estos e, incluso, algunas perduran tras haber culminado la causa que dio origen a su calidad de víctima o de testigo, entre las cuales podemos citar:

*“Reserva de la identidad de los testigos: Esta medida consiste en que el tribunal mantenga en reserva, respecto del imputado y/o de las demás partes y/o del público, todos o algunos de los datos que individualizan al declarante, como el nombre, el domicilio, el lugar de trabajo, profesión, etc., no dejando constancia de ellos en las actuaciones judiciales respectivas. Los datos reales de identificación se mantienen, de forma reservada, en poder exclusivo del órgano jurisdiccional y son sustituidos en los autos por un número o una clave con los que se designa al testigo durante el trámite del proceso. Constituye una excepción a la regla general de la publicidad de los actos que implica el derecho de las partes a conocer los datos personales de quien depondrá con anterioridad a su testimonio”*²⁷

*“Límites al contacto visual con el testigo: Dentro de esta categoría incluiremos medidas procesales de protección que participan de características más o menos comunes, a saber, el ocultamiento o distorsión de la imagen, la realización de la audiencia en la que recibe el testimonio sin la presencia del acusado y finalmente la utilización de medios tecnológicos como la videoconferencia o el circuito cerrado de televisión”*²⁸

“Ocultamiento o distorsión de la imagen y voz: Otra forma de protección que el Derecho Comparado y las jurisprudencias extranjera y supranacional han adoptado, también con carácter extraordinario, consiste en el ocultamiento o la

26 Art. 9 de la Ley N° 4083/2011 “Que Crea El Programa De Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas en Procesos Penales”.

27 SHAPIRO, Hernán I., NOGUEIRA Juan M. y SALATINO, Edgardo H., *Protección de víctimas y testigos en procesos por delitos de lesa humanidad*, Ps. 220 y 221.

28 SHAPIRO, Hernán I., NOGUEIRA Juan M. y SALATINO, Edgardo H., *Protección de víctimas y testigos en procesos por delitos de lesa humanidad*, Ps. 243 y 244.



distorsión de la apariencia física de quien declara, y tiene por objeto, a través de la utilización de distintos procedimientos o técnicas, limitar su exposición pública, durante el momento en que debe prestar su testimonio o practicar algún tipo de acto en presencia de terceros. En todos estos supuestos es el testigo el que permanece oculto –visualmente– para las partes y terceros, y no éstos con respecto a aquel. Por eso es correcto hablar de testigo oculto.”²⁹

“Declaración a distancia mediante procedimientos técnicos: Se trata del testimonio prestado desde fuera del recinto en el que se celebra la audiencia, pero con la posibilidad de que, a través de distintos sistemas técnicos –como la videoconferencia o los circuitos cerrados de televisión– la declaración sea seguida en vivo y en directo por los asistentes a juicio, incluido por supuesto el propio imputado. Esta medida cubre distintos propósitos como el de evitar que la víctima de un delito sufra nuevos traumas por el hecho de concurrir a la sede de los tribunales y quedar expuesta a la situación de de estrés que ello trae aparejado –victimización judicial–.”³⁰

Este tipo de medidas sería de interesante aplicación en particular para los casos en los cuales no pueda ser mantenida en reserva la identidad de la víctima o el testigo, protegiendo de esta manera su integridad física al no exponerla a encuentros directos con el procesado.

Si bien varias de las medidas citadas han sido utilizadas de manera exitosa por otras legislaciones, la nacional no las contempla con este detalle y diversidad, por lo que sería recomendable modificar y ampliar la legislación incluyéndolas, pues resultan medios efectivos y eficaces para resguardar la seguridad de las víctimas y testigos.

12- Los imputados arrepentidos y los peritos

Si bien la Ley 4083/2011 hace referencia a que los imputados son también destinatarios de la protección, algunas legislaciones han ido más allá en este aspecto, a través de la creación de incentivos (disminución de las condenas, suspensiones de las ejecuciones, aplicación de salidas procesales), a fin de que los imputados brinden información sobre la identidad o el paradero de otras personas involucradas en los hechos punibles, sobre todo, en materia de crimen organizado.

²⁹ SHAPIRO, Hernán I., NOGUEIRA Juan M. y SALATINO, Edgardo H., *Protección de víctimas y testigos en procesos por delitos de lesa humanidad*, Ps.244.

³⁰ SHAPIRO, Hernán I., NOGUEIRA Juan M. y SALATINO, Edgardo H., *Protección de víctimas y testigos en procesos por delitos de lesa humanidad*, Ps. 257.



En estos casos, los colaboradores o imputados arrepentidos serían beneficiarios del programa de protección, para lo cual se les brinda la protección necesaria que los haga tomar la decisión de convertirse en colaboradores de la justicia.

Por otra parte, algunos países³¹ permiten incluir en el programa de protección también a los peritos³², debido a la importancia de la “prueba pericial”³³ y lo definitoria que puede llegar a ser durante el proceso, buscando de esta manera que personas ajenas a los peritos designados turben su objetividad en independencia e influyan de esta manera en sus conclusiones.

13- Ámbitos a tener en cuenta para la aplicabilidad efectiva del sistema de protección a testigos y víctimas

De conformidad con lo establecido en las Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos han sido identificados los siguientes ámbitos de desarrollo de la protección de testigos.

“ 1) Ámbito Legislativo. 2) Ámbito político-institucional. 3) Ámbito técnico-operativo. 4) Ámbito de cooperación interinstitucional. 5) Ámbito de cooperación internacional. 6) Ámbito de recursos humanos y 7) Ámbito financiero”³⁴

En el Ámbito Legislativo lo que se busca es la creación de un sistema legal de protección a testigos, lo que en nuestro caso sería la adaptación del mismo a

31 Países como: Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana, quienes en fecha 11 de diciembre de 2007 firmaron en la ciudad de Guatemala, República de Guatemala el “*Convenio Centroamericano para la protección de víctimas, testigos, peritos y demás sujetos que intervienen en la investigación y en el proceso penal, particularmente en la narcoactividad y la delincuencia organizada*”.

32 Perito: El Diccionario de la Academia lo define con toda exactitud en sus términos: sabio, experimentado, hábil, práctico en una ciencia o arte./ En sentido forense, el que, poseyendo especiales conocimientos, teóricos o prácticos informa, bajo juramento, al juzgado sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia./ Couture dice que es el auxiliar de justicia que, en el ejercicio de una función pública o de su actividad privada es llamado a emitir parecer o dictamen sobre puntos relativos a su ciencia, arte o práctica, asesorando a los jueces en las materias ajenas a la competencia de éstos. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ossorio Manuel, 34º Edición Actualizada, Corregida y Aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2006 Pág.: 712)

33 Prueba Pericial: Es la que se deduce del dictamen de un perito en la ciencia o en el arte sobre el que verse la pericia. (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Ossorio Manuel, 34º Edición Actualizada, Corregida y Aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2006 Pág.: 790)

34 Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos P. 58



nuestro ordenamiento jurídico, buscando la implementación de leyes tendientes al mejoramiento del programa.

El Ámbito político-institucional busca salvaguardar la integridad de los testigos en situación de riesgo, se encarga de la elaboración, administración y ejecución del programa, como asimismo de fomentar acuerdos interinstitucionales con entidades públicas o con las cuales el programa así lo requiera.

El Ámbito técnico-operativo, se divide en dos campos: 1) Seguridad y 2) Asistencia. En el primer campo se busca implementar medidas que minimicen el riesgo de los testigos que están siendo evaluados a fin de ingresar al programa. Las **medidas excepcionales** pueden ser de “Protección Inmediata: es aquella que se despliega antes de la evaluación de riesgo con el fin de proteger la vida e integridad del candidato a proteger” y, por otra parte, la “Protección Condicionada: es aquella en que el candidato a proteger condiciona su colaboración con la justicia siempre y cuando el programa le brinde protección” (Págs. 59 y 60). Entre **las medidas ordinarias** a ser aplicadas se encuentran el alejamiento de la zona de riesgo, la incorporación en un lugar destinado por el Programa, brindar la seguridad en los desplazamientos, caracterización, cambio de identidad, medidas protectivas especiales en las audiencias y reubicación integral nacional y/o en el exterior.

Ahora bien, con relación al segundo campo, las medidas de asistencia buscan complementar a las de protección entre las cuales se destacan: atención en materia de salud, asistencia legal, alimentación, vivienda, vestuario, educación, recreación y reactivación social.

El Ámbito de cooperación interinstitucional promoverá la cooperación y coordinación en materia de asistencia y seguridad con entidades públicas o privadas que deban intervenir en el proceso.

El Ámbito de cooperación internacional busca implementar o mejorar los mecanismos de asistencia jurídica recíproca, para así eventualmente poder reubicar en el exterior a los testigos y que los mismos puedan prestar declaración en el país extranjero, al igual que los testigos extranjeros reubicados puedan deponer en el territorio nacional.

El Ámbito de recursos humanos, insta a conformar equipos de trabajo bajo criterios de selección y reclutamiento basados en un estricto control y confianza, los cuales deben ser de carácter multidisciplinario, asegurando la estabilidad



laboral, salarios competitivos y paquetes de incentivos dependiendo del volumen de información que deban manejar, así como entrenamientos y capacitaciones permanentes sobre todo en lo referente a la confidencialidad de la información, debiéndose preestablecer las sanciones correspondientes para los casos de infracciones.

El Ámbito financiero alude al presupuesto con el cual deberá contar el Programa para hacer frente a los gastos devengados del ejercicio de sus funciones, buscando así la autonomía necesaria y limitando los controles financieros y la burocracia, asegurando que los datos referentes a los gastos operativos sólo sean de carácter general y no guarden relación con la identidad o demás datos de las personas acogidas al programa o de las personas que prestan servicios en él.

14- Conclusión

Con la presente investigación se ha podido observar que existen distintos tipos de víctimas que necesitan asistencia y protección a lo largo de un proceso penal e, incluso, una vez que este ha culminado. Muchas veces el ilícito afecta de tal manera, que no sólo la persona agraviada de forma directa (víctima) es la que sufre las consecuencias, sino que también sus familiares directos o las personas con quienes convive, situación que se traslada al caso de los testigos, que según los riesgos a que quedan expuestos, pueden clasificarse en grado bajo, mediano o alto.

Es así, que debemos destacar que entre los hechos punibles que requieren una mayor protección en materia de seguridad encontramos los relacionados al terrorismo, la trata de personas, el tráfico de drogas y estupefacientes, mientras que los que necesitan, además de protección, un acompañamiento especial, son los de violencia familiar o de género, que generalmente tienen por víctimas a niños/as y/o adolescentes, a miembros de las comunidades indígenas y a personas extranjeras, quienes se encuentran en la mayoría de los casos en una situación de vulnerabilidad, que debe ser atendida de una manera especial a fin de evitar daños mayores a los ya ocasionados por el propio hecho punible.

No obstante, es necesario hacer la salvedad de que la protección varía de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso concreto, en el sentido de que pueden darse factores de riesgo concurrentes en víctimas o testigos de hechos punibles que no se encuentran comprendidos entre los de mayor necesidad de acompañamiento y protección.



Es debido al análisis de las circunstancias actuales, que se concluye que el Estado debe reforzar las garantías que ha consagrado en la Carta Magna, velando porque así como se garantiza el debido proceso para los imputados, acusados y condenados, también sean respetados y resguardados los derechos de las personas que han sido afectadas por los delitos y crímenes y los de aquellas que se exponen a cualquier tipo de represalia por aportar su testimonio, a través de la creación de mecanismos legales para hacer efectiva esta protección, siempre basados en el respeto de la dignidad humana.

Por lo tanto, se recomienda una reforma legislativa en la materia, que busque integrar mecanismos y medidas de seguridad del derecho comparado que han demostrado ser efectivos para la protección de víctimas y testigos.



Bibliografía

- SHAPIRO, Hernán I., NOGUEIRA Juan M. y SALATINO, Edgardo H., *Protección de víctimas y testigos en procesos por delitos de lesa humanidad*, 1º Edición, La Plata, Argentina, Editora Platense, 2010.
- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 34º Edición Actualizada, Corregida y Aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 2006.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Nuevos horizontes en la ciencia penal*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Belgrano, 1999.
- NEUMAN, Elías, *Victimología, El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 2º Edición reestructurada y ampliada, Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 1994.
- NEUMAN, Elías, *Victimología y control social, las víctimas del sistema penal*, 2º Edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 1994.
- Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.
- Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos.
- Ley 4083/11 “*Que crea el Programa de Acompañamiento y Protección a Testigos y Víctimas en procesos penales*”.
- Ley 1562/00 “*Orgánica del Ministerio Público*”.
- Ley 1160/97 “*Código Penal Paraguayo*”.
- Ley 3440/08 “*Modificación del Código Penal Paraguayo*”.
- Ley 1286/98 “*Código Procesal Penal*”.
- Ley 1680/01 “*Código de la Niñez y la Adolescencia*”.
- Constitución de la República del Paraguay.
- Protección de testigos contra la delincuencia organizada, Lic. Gabriel Mario Santos Villarreal, Investigador Parlamentario, Subdirector de Política Exterior, Estados Unidos Mexicanos, Enero 2010, www.diputados.gob.mx
- Plan Ecuador sin Violencia, Prof. Dr. José García Falconi, www.derechoecuador.com, 09/06/13.
- Gobierno y Democracia en América Latina, www.atmosferapolitica.com, 10/06/13.
- Resolución F.G.E. N° 134 del 24 de enero de 2012 “Por la que se ratifica las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”.



EL MINISTERIO PÚBLICO COMO GARANTE DEL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA CIUDADANÍA.

Por Doris Ojeda de Ynsfrán*

“Para administrar la justicia y dar el derecho a tus súbditos, se leal y rígido, sin volverte a la derecha ni a la izquierda; pero ayuda al derecho y sostén la queja del pobre hasta que sea declarada la verdad”. San Luis Rey de Francia, recomienda al hijo en su testamento.

1. Introducción.

La transversalidad, como una de las características de los derechos humanos, es una condición y su relevancia con relación a las funciones del Ministerio Público, debe visibilizarse. El respeto, la promoción y enseñanza de estos derechos deben ser enfatizados.

El Ministerio Público¹, como representante de la sociedad, con facultades establecidas en la Constitución Nacional² orientadas a garantizar la plena vigencia y la realización de los derechos humanos, debe fortalecer sus estrategias para el

1 *Abogada. Promoción 1987 de la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales 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. Especializada en Protección jurisdiccional de los derechos del Niño, Unicef y la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile 2010; Ex participante del XXX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) 2012. Relatora Fiscal asignada a la Fiscalía Adjunta de Derechos Humanos del Ministerio Público. Docente del Centro de Entrenamiento del M.P.

ARTICULO 266 - DE LA COMPOSICION 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.

2 **ARTICULO 268 - 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 medio ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas; 3. ejercer 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; 4. recabar información de los funcionarios públicos para el mejor cumplimiento de sus funciones, y 5. los demás deberes y atribuciones que fije la ley.



cumplimiento efectivo de los derechos de la ciudadanía, especialmente con respeto de la dignidad. Este es un valor inherente a la persona³, tal cual lo dispone la Carta Magna.

En el marco de las funciones constitucionales, se deben incluir los compromisos de la institución derivados de los tratados internacionales ratificados por el Paraguay y que, por ende, forman parte de la legislación positiva nacional. El artículo 268 numeral 5 de la CN, establece que son deberes y atribuciones del Ministerio Público “... *los demás deberes y atribuciones que fije la ley...*”. En ese sentido, existen un sinnúmero de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que comprometen aún más la acción del Ministerio Público.

En consonancia con las disposiciones constitucionales, el Ministerio Público está regido por la Ley 1562/00 que enfatiza que “*es un órgano con autonomía funcional y administrativa, que representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales...*”⁴.

Para la aplicación correcta de los instrumentos jurídicos internacionales, es necesario tener en cuenta las diferencias que existen entre el Derecho Internacional General y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, porque el primero versa sobre la relación entre Estados, y el segundo, tiene como centro al ser humano y preconiza que los derechos humanos son inherentes a la persona humana desde su concepción, teniendo en cuenta su dignidad.

Se resalta lo sustentado por la Corte Interamericana en su opinión consultiva n° 2: “*La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*”⁵.

3 El Preámbulo de la Constitución Nacional, prioriza el reconocimiento de la dignidad humana, y los principios de libertad, igualdad y el derecho a la justicia.

4 Confr. Artículo 1° Ley n° 1562/2000 Orgánica del Ministerio Público.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82, el efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), del 24 de setiembre de 1982, Serie A, n 2, #29.



Por lo expuesto, el objetivo de este estudio es identificar las funciones del Ministerio Público en la tarea de garantizar el respeto, la promoción, defensa y protección de los derechos humanos de la ciudadanía, contenidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales que el Paraguay ha ratificado.

Para lograrlo se explicará en forma breve el marco conceptual de los derechos humanos y su evolución histórica en el mundo; los sistemas de protección de los derechos humanos y los instrumentos jurídicos de protección y los mecanismos de supervisión sobre cumplimiento de los tratados de derechos humanos, tanto del ámbito universal (ONU) como regional (OEA); se mencionarán los instrumentos jurídicos internacionales ratificados por el Estado paraguayo y se enfatizará en las funciones del Ministerio Público que apuntan a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos en el Paraguay.

2. Marco conceptual de los derechos humanos.

2.1. La evolución histórica de los derechos humanos en el mundo y la región

El tema derechos humanos es muy amplio y para su conocimiento y comprensión, es importante conocer su evolución histórica, a través de los antecedentes filosóficos y jurídicos mediatos e inmediatos. Se deben tener en cuenta algunos hitos históricos, que marcaron la diferencia entre la aceptación en forma pasiva de hechos que denigraron a toda la humanidad o perseverar en la lucha para contener los atropellos de que fueron objeto generaciones enteras de seres humanos, como los ocurridos en Inglaterra, América del Norte y Francia. Es necesario mencionar las doctrinas que la fundamentan; su concepto, características y los sujetos.

2.1.1. Antecedentes mediatos filosóficos y jurídicos.

Los antecedentes mediatos filosóficos y jurídicos de lo que hoy se denominan derechos humanos, se encuentran en el derecho natural. En el Oriente, por ejemplo en Babilonia, donde se buscó el ideal asiático del Rey perfecto y que estuviera consagrado al bien común.⁶

En China, (551 a 479 a.c.) Confucio señaló, según **Castro Dassen**, citado por **Nicoles Vandier** que “*el buen ejemplo del gobernante es más eficaz que la*

6 MONTEJANO, Bernardino. Curso de Derecho Natural. p. 26.



*amenaza de las leyes. Si el príncipe es personalmente correcto, regirá su Estado sin decretar leyes. Si es personalmente incorrecto, aunque promulgue leyes, éstas no serán observadas*⁷. De esto se deduce que ya era concebido como requisito para ser gobernante, contar con alta moral y dar ejemplos de buena conducta.

En el mundo antiguo, el hombre ya buscaba su reconocimiento como ser dotado de entendimiento y voluntad. Recordemos que en algunas civilizaciones como la romana, existió una clasificación de personas, y los esclavos y extranjeros no eran considerados como sujetos de derecho. Es decir, se tenía en cuenta la calidad de ciudadano y no la calidad de persona.

Travieso⁸ afirma que: “... los romanos se destacaron, precisamente, por el incumplimiento institucionalizado de los derechos humanos...el derecho romano siempre tuvo un componente de desigualdad solo disminuido en el *ius civile*, referido a las relaciones jurídicas entre personas de análogo status social y político... El aporte de los romanos a los derechos humanos, fue el de la técnica jurídica para su protección...”.

• El cristianismo: principio de la dignidad.

Una gran influencia de la historia de los derechos humanos ha tenido el cristianismo con cuyo advenimiento se produjo el acontecimiento más grande de la historia universal: el nacimiento de Cristo. El predicó la santidad, la justicia, abarcando las exigencias de la naturaleza humana y encontramos la regla de oro, el principio de la reciprocidad: *tratad a los hombres a la manera en que vosotros queréis ser tratados*⁹ (Lucas, 6/31, también Mateo 77/12).

Colautti, manifiesta que “...el Cristianismo introdujo los principios fundamentales. En primer lugar, la idea de que la persona humana tiene una eminente dignidad, porque el hombre es una criatura formada a imagen de Dios y tiene un destino eterno. De aquí nace un universalismo o ecumenismo que reconoce, en teoría, derechos a todos los seres humanos, aunque en la práctica el principio estuviera limitado por numerosas excepciones que fueron acentuándose a medida que la religión tomó fuerza institucional. El segundo principio, que da fuerza al concepto de los derechos del hombre, es el de la limitación del poder político acuñado en el axioma *Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios*”¹⁰.

7 NICOLE VANDIER, Nicolás, en Montejano, Bernardino. Curso de Derecho Natural. ob.cit., pág. 28.

8 TRAVIESO, Juan Antonio. *Historia de los Derechos Humanos y Garantías*. Análisis en la Comunidad Internacional y en la Argentina. 2da. Ed. Buenos Aires. Heliasta. 1998. Ps. 33 y 34.

9 MONTEALEGRE, Bernardino. *Curso de Derecho Natural*...cit., p. 83.

10 COLAUTTI, Carlos E. *Derechos Humanos Constitucionales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 8.



2.1.2. Antecedentes jurídicos inmediatos.

La Carta Magna de Juan sin tierra (1215)

Según Travieso¹¹, la Carta Magna de Juan Sin Tierra, estableció límites al poder real. Es considerada como uno de los monumentos jurídicos más importantes para el reconocimiento de los derechos humanos. Estableció límites a los impuestos y a la discrecionalidad del Rey. En ella se encuentra el principio de que la pena es el resultado de una ley anterior al delito (principio de legalidad). También estableció la no detención de los hombres, sino en virtud de una norma o sentencia.

Consagró la libertad de la Iglesia, la libertad personal, las garantías procesales y del derecho a la propiedad. *El Bill of Habeas Corpus de 1679¹² que ha obligado a los jueces a presentar al detenido al Tribunal en el término de 24 horas, es el antecedente de la garantía constitucional del Habeas Corpus. El Bill of Rights de 1689¹³ son cartas de declaraciones de derechos referidas a Inglaterra, pero valioso como ejemplo de grupos de personas que procuraron conseguir el reconocimiento mínimo de sus derechos.*

El Acta de la Independencia, Las Declaraciones de Virginia y otras entre los años 1776 a 1783¹⁴ en América del Norte, reconocieron que todos los hombres han nacido iguales; dotados por su creador de derechos inalienables, como la vida, la libertad, la búsqueda de la felicidad y que los gobiernos fueron instituidos para asegurar esos derechos.

2.1.3. Hito histórico resaltante

La Revolución Francesa es un hito histórico resaltante y fue el resultado del proceso social y político ocurrido entre los años 1789 y 1799 en Francia. Sus causas fueron los impuestos excesivos, el empobrecimiento de la clase trabajadora y la incapacidad de los gobernantes para solucionar los problemas sociales, entre otras. El 14 de julio de 1789 fue la toma de la Bastilla y la promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Los ideales de la Revolución Francesa fueron la Liberté, Egalité y Fraternité¹⁵.

11 TRAVIESO, Juan Antonio. *Historia de los Derechos Humanos y Garantías*. Ob.cit. Ps. 60 y 61.

12 COLAUTTI, Carlos E. *Derechos Humanos Constitucionales...* ob. cit. p.11

13 Ibid., p. 11

14 Ibid., p. 12

15 Ibid., p. 21, 22.



Se colige, que los derechos humanos siempre han existido, pero fueron conocidos con otras denominaciones, como derechos fundamentales, como derecho natural, sustentados en la doctrina *ius naturalista* según la cual, el ser humano tiene derechos por el solo hecho de su nacimiento, situación que se plasma en numerosos documentos nacionales e internacionales, ya en forma de constituciones, declaraciones, tratados o convenios, códigos y otros y, así se llega a la positivización de los derechos humanos.

2.2. Concepto de Derechos Humanos

De lo expuesto, se señala que la expresión derechos humanos es relativamente nueva y su concepto se puede construir como el conjunto de derechos inherentes a toda persona, desde el momento mismo de su concepción. También, son los derechos reconocidos a las personas por el derecho internacional y el derecho positivo, teniendo en cuenta la dignidad del ser humano.

Los derechos humanos están fundamentados en dos doctrinas: la positivista, que se resume en que para el reconocimiento de un derecho, éste debe estar sostenido en una ley; y la naturalista, que sostiene que el ser humano tiene derechos por el solo hecho de ser humano: hombre o mujer, sin necesidad de ningún instrumento jurídico que lo reconozca. Ambas doctrinas han contribuido al respeto y reconocimiento de los derechos humanos.

2.3. Características de los derechos humanos

Los derechos humanos son **universales**, inherentes a todas las personas en todos los sistemas políticos, económicos y culturales; **transversales** porque permean a todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; **irrenunciables**, no se pueden trasladar a otra persona ni renunciar a ellos; **integrales**, **interdependientes** e **indivisibles**: se relacionan unos con otros, conforman un todo y todos deben ser respetados; y **jurídicamente exigibles** al estar reconocidos por los Estados en la legislación nacional e internacional, ya sea mediante declaraciones, convenciones, protocolos, que permiten exigir su respeto y cumplimiento.

Asimismo, son **imprescriptibles**: no se extinguen con el tiempo; **inalienables**: no pueden ser despojados al ser humano de estos derechos e **irreversibles** “*porque después del reconocimiento de un derecho ya no es posible dejarlo de lado y queda definitivamente incorporado a aquellos cuya protección debe ser garantizada*”¹⁶.

16 IIDH: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Acceso a la justicia y derechos humanos en Paraguay. Módulo autoformativo*. San José, C.R. 2009. Ps. 17, 18.



2.4. Sujetos de los derechos humanos.

El Estado y la colectividad son los sujetos de los derechos humanos. El Estado está obligado a prevenir, promocionar, educar y respetar dichos derechos. Debe abstenerse de violarlos. Actúa por medio de sus funcionarios. Es también el que debe garantizar y proteger los derechos humanos de todas las personas que se encuentren en su territorio, sin discriminación alguna.

El incumplimiento de sus obligaciones, genera responsabilidad en el ámbito interno por los medios previstos en el ordenamiento nacional y en el ámbito internacional, de manera complementaria y subsidiaria, por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La colectividad es el sujeto que debe denunciar cuando sus derechos humanos son conculcados, para obtener sanciones y una reparación integral. Es deber de la ciudadanía, ejercer sus derechos.

3. Sistemas internacionales de protección de los derechos humanos

El Derecho Internacional de los derechos humanos está integrado por dos sistemas de protección. Estos sistemas, a su vez, poseen mecanismos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados.

3.1. Sistema Universal (ONU)

El Sistema Universal de Protección de los derechos humanos, está integrado por la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y por las declaraciones, convenios, protocolos, y otros instrumentos jurídicos que emanan de esta organización y de otros organismos como la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La Carta de la Organización de las Naciones Unidas fue firmada el 26 de junio de 1945 y entró en vigencia desde el 24 de octubre de 1945. Fue constituida por 51 naciones soberanas y proporciona ayuda para la solución de controversias y aborda todas las cuestiones concernientes a la humanidad. Es decir, no solo se ocupa de proteger los derechos humanos, sino también tiene como uno de sus objetivos, velar por el mantenimiento de la paz en el mundo.

El giro trascendental que se produce con la constitución de la ONU, es la aprobación del instrumento jurídico que se constituye en el pilar de protección de los derechos humanos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos - 10 de diciembre de 1948 - que reconoce derechos esenciales del ser humano; porque hasta ese momento, *el Derecho Internacional solo reconocía como sujetos a los Estados,*



como señala **José Miguel Insulza**¹⁷.

Varios artículos de la Carta, hacen mención especial a los derechos humanos, tales como los artículos 1, 13, 55, 56, 62, 68¹⁸. Estos se refieren a las funciones de los órganos de la ONU con relación al estímulo del respeto a los derechos humanos, al fomento de la cooperación internacional y ayuda a hacer efectivos estos derechos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Formulan recomendaciones con el objeto de promover el respeto y establecen comisiones de orden económico y social para la promoción de los derechos humanos.

Los órganos principales de la Organización de las Naciones Unidas están establecidos en el artículo 7¹⁹ y son: la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría y Órganos Subsidiarios necesarios.

La Secretaría, está compuesta por el Secretario General, nombrado por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad. Es el más alto funcionario administrativo de la Organización²⁰.

3.1.1. Instrumentos Jurídicos del Sistema Universal (ONU)

El Sistema Universal está conformado por más de cincuenta instrumentos jurídicos y se pueden mencionar entre otros: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad.

17 60º aniversario de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en: Revista IIDH 46. Numero conmemorativo del sesenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. San José. Costa Rica, 2007, p. 13.

18 TRAVIESO, Juan Antonio. Derechos Humanos. Fuentes e instrumentos internacionales...ob.cit., ps. 74,75 y 76.

19 ADEP. Compendio de Tratados, Leyes y Actas para el Servicio Diplomático y Consular. Ediciones Adep. Asunción- Paraguay. 2009. P.127

20 Ibíd. confr. Art. 97 al 101. Ps. 150 y 151.



3.1.2. Mecanismos de Protección

Entre los mecanismos de protección y supervisión se deben distinguir aquellos órganos que fueron creados por la Carta de las Naciones Unidas y los que fueron creados por los tratados de derechos humanos.

3.1.3. Órganos creados por la Carta de las Naciones Unidas

La Carta de las Naciones Unidas ha establecido Órganos de Protección y Vigilancia de la situación de los derechos humanos, los que a su vez, poseen mecanismos de supervisión, que son:

El Consejo de Derechos Humanos: órgano subsidiario de la Asamblea General, creado por resolución AG/R. 60/251 (15/3/2006) en sustitución de la antigua Comisión de Derechos Humanos. (1946). *“Es el órgano responsable de promover el respeto universal por la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”²¹, elabora recomendaciones para los Estados y tiene mecanismos de supervisión como el examen periódico universal (EPU). Sus objetivos son: revisar el mejoramiento de la situación de derechos humanos, el cumplimiento de obligaciones internacionales, el fortalecimiento de la capacidad del Estado, el intercambio de mejores prácticas, la promoción de la cooperación y la asistencia técnica. Está basado en la igualdad de tratamiento para todos los Estados.*

El Estado paraguayo presentó su examen por primera vez el 2 de febrero de 2011. En esta oportunidad, informó sobre el estado general de cumplimiento de obligaciones contraídas en relación a todos los derechos humanos. Se aprobó el 4 de febrero. La Troika, que es un grupo de relatores para facilitar el examen de Paraguay, estuvo conformada por Chile, España y Tailandia. En su informe, el Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal hizo varias recomendaciones al Estado paraguayo²².

Los mecanismos denominados **extra convencionales:** son los procedimientos especiales, las relatorías especiales, los mandatos temáticos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). Presta servicios a los

21 Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano. San José. C.R.IIDH. 2008. P.106.

22 Naciones Unidas. Asamblea General. A/HRC/17/18/Add.1. 05/2008.



titulares de los mandatos, colabora con los Estados para la preparación de informes, elaboración de políticas públicas. En Paraguay existe una Asesora en Derechos Humanos representante de la OACNUDH.

3.1.3.1. Órganos de supervisión creados en virtud de los tratados de derechos humanos

Los Órganos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas son Comités de Expertos independientes que supervisan y vigilan la aplicación de los tratados por los Estados partes²³.

Los tratados que han conformado su comité son los siguientes: Convención Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención sobre Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares; Convención contra la Discriminación Racial; Convención Internacional para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Subcomité para la Prevención de la Tortura (SPT) del protocolo a la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Convención sobre la Prevención de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención contra las Desapariciones Forzadas.

Los Comités reciben los informes de los Estados partes en forma periódica y emiten recomendaciones y apoya a estos para el cumplimiento de los compromisos asumidos.

Algunos Comités²⁴ ya tienen la potestad de recibir comunicaciones de individuos por supuestas violaciones de derechos humanos (denuncias), que se realizan a través de cartas de alegaciones, por ej. el Comité de Derechos Humanos. Luego del estudio de la denuncia, se comunica al Estado denunciado; el comité examina la admisibilidad y las cuestiones de fondo y en un solo dictamen, emite sus conclusiones y recomendaciones sobre las obligaciones incumplidas. El dictamen

23 OACNUDH. *El Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Introducción a los tratados fundamentales de derechos humanos y a los órganos creados en virtud de tratados*. Folleto informativo N 30. P. 49.

24 Comité sobre Derechos Humanos; Comité sobre los Derechos del Niño; Comité sobre los Derechos de la Mujer; Comité contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Sub Comité contra la Tortura. Comité contra las Desapariciones Forzadas.



aprobado tiene la fuerza de una sentencia y el Estado denunciado esta obligado a su cumplimiento.

El Estado paraguayo ha sido denunciado ante el Comité de Derechos Humanos²⁵ -que supervisa el cumplimiento de la convención de derechos civiles y políticos-, el cual ha aprobado tres dictámenes en su contra.

3.1.4. Instrumentos jurídicos del Sistema Universal ratificados por el Estado paraguayo.

El Estado paraguayo ha ratificado entre otros, los siguientes instrumentos:

- Carta de la ONU. 1945.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948.
- Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Ley 5/1992.
- Protocolo Facultativo de la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ley 400/94.
- Segundo Protocolo Facultativo de la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre la abolición de la pena de muerte. Ley 2131/2003.
- Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley 4/1992.
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley 1040/97.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer. Ley 1215/1986.

25 Comité de Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. CCPR/C/95/D/1407/2005. Comunicación N 1407/2005. Fecha del dictamen aprobado: 27/03/2009. Caso Juan Asensi. Asunto: traslado al extranjero de hijas menores del autor sin consentimiento de este.

Comité de Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. CCPR/C/104/D/1828/2008. Comunicación N 1828/2008. Fecha del Dictamen aprobado: 03/2012. Caso Eulalio Blanco. Asunto: privación de la vida de una persona en el curso de una manifestación.

Comité de Derechos Humanos. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. CCPR/C/104/D/1829/2008. Comunicación N 1829/2008. Fecha del Dictamen aprobado: 03/2012. Caso Ernesto Benítez Gamarra. Asunto. Detención en el curso de una manifestación.



- Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Ley 1683/2001.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Ley 69/1998.
- Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Ley 2754/2005.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Ley 57/90.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de Niños en los Conflictos Armados. Ley 1897/2002.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía. Ley 2134/2003.
- Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio. Ley 1748/2001.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Ley 2128/2003.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ley 2582/2005.
- Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional. Ley 2581/2005
- Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid. Ley 2806/2005.
- Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad. Ley 3458/2008.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo. Ley 3540/2008.
- Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Ley 3977/10.
- Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Ley 3452/2008²⁶.

3.2 Sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos. Organización de los Estados Americanos (OEA): mecanismos de protección.

Este sistema se ha iniciado con la Novena Conferencia Internacional Americana,

²⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores. El Paraguay ante el Sistema Universal de Derechos Humanos. Informes del Estado a los Órganos de Tratados de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Asunción-Paraguay. 2011. Ps. 49 a 151.



realizada en Bogotá, en 1948, la cual adoptó la Carta de la Organización de los Estados Americanos-OEA- que es regional y proclama los derechos fundamentales de la persona humana como uno de los principios en que se funda esta organización. La posibilidad de creación de un organismo internacional de este tipo ya estuvo prevista en la Carta de la ONU según el artículo 52²⁷.

Los órganos de la OEA son²⁸: Asamblea General; Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; Consejo Permanente; Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral; Comité Jurídico Internacional; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Secretaría General; Conferencias Especializadas Interamericanas y Organismos Especializados Interamericanos. La Asamblea General es el órgano principal. Todos los Estados miembros están representados en ella.

La Novena Conferencia también aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que declara: “...*los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana*”²⁹ y que “...*El Estado no crea o concede derechos sino que reconoce derechos que existían antes de la formación del Estado. Tales derechos tienen su origen en la naturaleza misma de la persona humana*”³⁰. Establece un catálogo de derechos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, a los cuales protege.

3.2.1. Mecanismos de Protección. La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Órganos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José de Costa Rica, desde el 7 hasta el 22 de noviembre de 1969 -fecha en que fue firmada-, es el instrumento jurídico que tiene dos órganos de protección en

27 Carta de las Naciones Unidas. **ACUERDOS REGIONALES** Artículo 52 “1.Ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional, siempre que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas...”.

28 OEA. CIDH. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos... Ob.cit. p.2, 3.

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Ac. San José, C.R.: 2003. Ps. 6 y 7.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Ob.cit. p. 7.



este ámbito, que son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *“La entrada en vigencia de la Convención el 18 de julio de 1978 constituyó un paso fundamental en el fortalecimiento del sistema de protección y permitió incrementar la efectividad de la Comisión, establecer una Corte y modificar la naturaleza jurídica de los instrumentos en los que se basa la estructura institucional.”*³¹.

La Convención Americana conocida como Pacto de San José, tiene el propósito de *“consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre...establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos así como el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para hacer efectivo el goce de tales derechos”*³².

Establece un catálogo de derechos civiles, políticos y, en un solo artículo, menciona los derechos económicos, sociales y culturales. En este contexto, también fueron aprobados dos protocolos facultativos: Protocolo de San Salvador, sobre materias de derechos económicos, sociales y culturales de 1988 y Protocolo sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Este último, fue aprobado por la Asamblea General, en reunión celebrada en Asunción-Paraguay, en el año 1990³³, completándose de esta manera la protección a todos los derechos humanos.

Esta Convención contiene derechos, principios y garantías, que están formulados en la Constitución Nacional de 1992. Por ejemplo, el artículo 5 establece el derecho a la integridad personal³⁴; el respeto a la integridad física, síquica y moral de las personas; prohíbe la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; el trato humano a las personas en situación de privación de libertad, teniendo en consideración la dignidad de todo ser humano; delimita el fin de la pena, que es la reforma y la readaptación social del condenado, entre otros derechos.

El artículo 7 establece el derecho a la libertad personal³⁵, enumera los derechos a la libertad y seguridad personales; prohíbe la privación de la libertad física de las personas, la que solo podrá producirse cuando esté prevista de antemano en las constituciones o leyes, las causas y en las condiciones que deberán dictarse

31 Ibid., p. 11.

32 Ibid., p. 11.

33 Ibid., p.12.

34 IIDH: Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos. ob.cit. p. 40. Confr. Artículo 5 *Derecho a la Integridad Personal*.

35 Ibid., ps. 41 y 42. Confr. Artículo 7. *Derecho a la libertad personal*.



las órdenes de detención; prohíbe la detención arbitraria; impone el derecho de la persona privada de libertad a ser informada sin demora de las razones de su detención y llevada sin demora ante un juez.

Establece el derecho de la persona detenida a ser juzgada en un plazo razonable; determina la garantía del amparo y prohíbe la detención por deudas, con excepción por el incumplimiento del deber alimentario.

El artículo 8, Garantías Judiciales³⁶, reconoce el derecho que tiene la persona a ser oída por un juez en un plazo razonable cuando se sustancia un proceso penal, o de cualquier otro carácter; establece el principio de la presunción de inocencia; el derecho a la asistencia gratuita; el derecho a la comunicación al inculcado de los hechos que se le imputan; la presunción de inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad; el derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: que el inculcado debe ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor y derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

También establece que la confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. Asimismo, determina que el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos; que el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

3.2.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Es uno de los órganos de protección creado por la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile en 1959 y este momento es considerado como el inicio real del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En efecto, en esa reunión se resolvió: “*Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete*

36 Ibid., ps. 42 y 43. Confr. Artículo .*Garantías Judiciales*.



*miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargadas de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que éste le señale*³⁷.

El estatuto de la CIDH fue aprobado por el Consejo el 25 de mayo de 1960 y eligió sus primeros miembros ese mismo año. Luego sufrió modificaciones. “*Se le asigna la función de velar por la observancia de los derechos humanos hasta la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”³⁸.

Al aprobarse la Convención Americana, se establecen los medios de protección y los órganos competentes para esta función. Así, el artículo 33 de la Convención dispone: “*Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos..., y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos...*”³⁹.

La Convención Americana refuerza las funciones de la CIDH y en su artículo 41 establece como función principal, promover la observancia y la defensa de los derechos humanos⁴⁰. Se pueden mencionar como otras atribuciones, la de recibir denuncias de cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental sobre violaciones a los derechos humanos. Las denuncias pueden ser admisibles o inadmisibles.

Puede emitir recomendaciones al Estado Parte denunciado y solo ella está facultada a elevar la denuncia ante la Corte IDH, según su reglamento⁴¹. Ante la CIDH fueron presentadas varias denuncias en contra del Estado paraguay y, la mayoría de ellas, fueron declaradas admisibles⁴², como la petición 12.313 Comunidad Indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua, del 27 de febrero de 2002; la Petición 0322/2001 Comunidad Indígena Sawhoyamaxa del Pueblo Enxet; la Petición 0326/01 Comunidad Indígena Xakmok Kásek del Pueblo Enxet del 20 de febrero de 2003, entre otras.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos... ob.cit. p. 8.

38 Ibid. p. 10.

39 Ibid. ps. 43, 44.

40 Ibid. ps. 45, 46.

41 Corte IDH. Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos. ob. Cit. P.162. **Artículo 45.**

42 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/admisibilidades_1997-1999.asp#inicio



También ha declarado la inadmisibilidad de otras denuncias, como el caso de la Tabacalera Boquerón (Informe n° 47/97) y el caso n° 12.013 Lino César Oviedo (Informe n° 88/99). Algunas denuncias o peticiones se encuentran con Acuerdo de solución amistosa⁴³.

Tiene establecidas relatorías sobre temas diversos que son entre otros: pueblos indígenas, mujer, unidad para los derechos de las lesbianas, gays, personas transexuales, bisexuales e intersex; privados de libertad, libertad de expresión, niñez, afrodescendientes, discriminación y unidad sobre los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁴.

3.2.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Es el órgano de protección por excelencia de los derechos humanos en el sistema interamericano, conjuntamente con la Comisión Interamericana, según lo establecido en el artículo 33 de la Convención Americana. Tiene funciones consultivas y contenciosas y en la Convención se establece que: *“Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50⁴⁵”*.

El Estado paraguay es parte de la Convención Americana desde el 24 de agosto de 1989 y reconoció la jurisdicción de la Corte IDH por decreto n° 16.078 del 26 de marzo de 1993. Sus funciones jurisdiccionales están establecidas en el artículo 63⁴⁶ y sus funciones consultivas están contenidas en el artículo 64. Se rige por un reglamento y un estatuto cuyo artículo 1 establece que: *“La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto”*⁴⁷.

3.2.4. Instrumentos jurídicos del Sistema Interamericano ratificados por el Estado paraguay (OEA)

43 Informe 24/13 Caso N 12.358 Solución Amistosa Octavio Rubén González Acosta del 20 de marzo de 2013. <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/amistosas.asp> consultado el 25/06/2013.

44 <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp> consultado el 25/06/2013

45 Ibid. Confr. Art. 61 CA.

46 Ibid., p 70

47 Ibid., p. 185



El Estado paraguayo ha ratificado numerosos tratados de derechos humanos del Sistema Interamericano, entre los que se destacan los siguientes:

- Carta de la OEA. 1950.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre. 1948.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ley 1/1989.
- Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decreto 16.078/1993.
- Convención relativa a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Ley 900/1996.
- Convención sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Ley 983/1996.
- Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Ley 928/1996.
- Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. Ley 1062/1997.
- Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias. Ley 899/1996.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley 1040/1997.
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. Ley 1557/2000.
- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad. Ley 1925/2002.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belén do Para”. Ley 605/1995.
- Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer. Ley 876/1963.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Ley 56/1990.
- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Ley 933/96⁴⁸.

48 Ministerio de Relaciones Exteriores. El Paraguay ante el Sistema Universal de Derechos Humanos. ob.cit. ps. 52, 53, 54.



4. Las funciones del Ministerio Público en la constitución nacional orientadas a garantizar el acceso efectivo de la ciudadanía a los derechos humanos

El Paraguay, es un Estado democrático y como tal, debe respetar el Estado de derecho. En ese contexto, debe cumplir con los mandatos constitucionales y convencionales. Dentro del marco convencional, se tiene que el primer instrumento jurídico internacional de derechos humanos ratificado por el Estado paraguayo, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como Ley 1 del año 1989. Con ello, en nuestro país se inicia la positivización de los tratados internacionales de derechos humanos del ámbito universal y regional, que pasan a formar parte de la legislación nacional y son de aplicación obligatoria.

En el año 1992, se promulgó la Constitución Nacional que establece claramente el respeto a los derechos humanos de la ciudadanía y la obligación de adecuar la legislación interna a lo estatuido por el derecho internacional de los derechos humanos.

En su Preámbulo, posiciona a la dignidad de la persona humana como sustento primordial para la protección de los derechos humanos y establece funciones específicas para el Ministerio Público, como representante de la sociedad. En el cumplimiento de esta función, se debe tener en cuenta la transversalidad de los derechos humanos, que permea todas las funciones del Ministerio Público. En el trabajo cotidiano, además de la Constitución Nacional, se deben aplicar los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos de los ámbitos universal y regional.

Se debe enfatizar que ya existen instrumentos internacionales específicos que protegen a grupos de personas consideradas en situación de vulnerabilidad, como por ejemplo, los derechos del niño, de la mujer, pueblos indígenas, personas con discapacidad y otros.

Con la finalidad de reforzar la efectiva aplicación de los derechos humanos, la Fiscalía General del Estado por Resolución de fecha 22 de agosto de 2010, ha creado la Unidad Especializada en Hechos Punibles contra los Derechos Humanos, conformada por tres agentes fiscales, con competencia en todo el territorio nacional, para investigar hechos punibles como Tortura, Genocidio y Crímenes de Guerra, Lesión Corporal en el Ejercicio de las Funciones Públicas, Toma de Rehenes, Persecución de Inocentes, entre otros, bajo la supervisión de una Fiscalía Adjunta de Derechos Humanos.

La institución también cuenta con una Dirección de Derechos Humanos,



que brinda apoyo técnico a las unidades fiscales de derechos humanos cuando se requiere. Tiene como funciones visitar y monitorear centros penitenciarios, centros educativos de privación de libertad de adolescentes y comisarías, con la finalidad de contribuir a la prevención de violaciones a los derechos humanos de personas en situación de privación de libertad, entre otras.

Se debe agregar también, que en el Ministerio Público existe el Centro de Atención a Víctimas, con sicólogos y asistentes encargados de acompañar a las víctimas y sus familiares durante el proceso penal, en un esfuerzo por garantizar el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad.

Por su parte, no puede dejar de mencionarse el Centro de Entrenamiento del Ministerio Público, que cumple con la tarea de formar con excelencia al funcionariado. Se destaca en la actualidad, el módulo sobre la Aplicación de las 100 Reglas de Brasilia sobre el derecho al acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, violencia intrafamiliar, género y derechos humanos, entre otros.

5- Conclusión

Los esfuerzos realizados por los países del mundo para la internacionalización de los derechos humanos, fue el resultado de la Segunda Guerra Mundial y, a partir de ese suceso, la comunidad internacional inició un proceso y dio nuevas esperanzas a los seres humanos en cuanto al reconocimiento, difusión y protección de sus derechos. Se propició la elaboración y aprobación de instrumentos jurídicos internacionales de protección a esos derechos en particular.

Así nace la rama del Derecho internacional que recibe la denominación de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tiene como centro a la persona humana. El conocimiento de estos sistemas y sus mecanismos de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado relativas a los derechos humanos, a través de los instrumentos jurídicos internacionales, reviste importancia y genera implicancias en las funciones del Ministerio Público.

Ello es así puesto que la Constitución Nacional, en su Preámbulo establece que el pueblo paraguayo está *integrado a la comunidad internacional* y, por ende, el Estado está obligado a cumplir los compromisos contraídos, a través de todas las instituciones públicas y su funcionariado, por ser el sujeto obligado. En ese orden, se encuentra -por supuesto- el Ministerio Público.



Debe tenerse en cuenta que en el cumplimiento de las funciones del MP, parte de la comprensión de la naturaleza transversal de los DDHH, entender esto ayudará a dimensionar de la necesidad de respetar y realizar los derechos humanos de la ciudadanía a la cual representa. A esta característica relevante, se puede agregar también la de la universalidad, porque estos derechos pertenecen a todas las personas y en todas partes, sin discriminación alguna.

Igualmente, se debe visibilizar y respetar el principio *pro homine*, que guarda una estrecha relación con el principio de la dignidad y reconoce un valor absoluto al ser humano, como un ser superior y excelente. La dignidad es lo más valioso que tiene la persona humana y los Estados están obligados al respeto de este valor.

En otro orden de cosas, se debe recordar que el Estado tiene la obligación de procurar que la ciudadanía tenga acceso efectivo a la justicia y debe establecer el recurso *“sencillo, rápido y efectivo con el que pueda contar toda persona ante los órganos jurisdiccionales competentes para la garantía de los derechos humanos previstos en la Constitución, la ley o la Convención”*⁴⁹.

Hoy, no solo son justiciables el incumplimiento o violación de los derechos civiles y políticos, sino que también el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser demandados.

Se debe observar que el orden jurídico nacional tiene una interrelación con el orden jurídico internacional, cuya aplicación es complementaria, porque la obligación primaria del Estado es aplicar su legislación nacional y solo en los casos de incumplimiento de dicha obligación, el individuo tiene la posibilidad de acudir a organismos internacionales de protección internacional de derechos humanos, en pos de obtener el acceso efectivo a la justicia, para reivindicar sus derechos, si estos resultan conculcados. Es decir, tras haberse agotado los recursos internos, dentro de un plazo razonable.

La CN en su Preámbulo también establece que el pueblo paraguayo está integrado a la comunidad internacional, por ende, el Estado está obligado a cumplir, a través de todas las instituciones públicas y el funcionariado con los compromisos contraídos, por ser el sujeto obligado y el Ministerio Público es parte del Estado.

La humanidad debe mantener la conquista del reconocimiento, promoción, defensa y respeto de todos los derechos humanos. No existen derechos más

⁴⁹ IIDH. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión*. San José, C.R. 2005. P.25.



importantes que otros. Todos se relacionan entre sí y forman un todo. Todos permean la vida de los seres humanos y como reza el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”⁵⁰. Proclama los principios de libertad, igualdad, dignidad y prohíbe la discriminación por motivos de raza o color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento y de cualquier otra índole⁵¹.

La Constitución Nacional establece que el Paraguay esta integrado a la Comunidad Internacional y determina los requisitos que deben cumplir los tratados para formar parte del ordenamiento nacional⁵², acepta el derecho internacional y se ajusta a sus principios. .

Específicamente, en el artículo 145 establece que “*La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural.*”⁵³.

Es importante comprender y visibilizar también, que el cumplimiento de las obligaciones internacionales puede prevenir la imposición de sanciones de organismos de protección internacional de derechos humanos al Estado. Son varios los casos por los que nuestro país ya ha sido sancionado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado sentencias en contra del Estado paraguayo⁵⁴, por

50 ONU. Instrumentos Internacionales. Publicación especial 50 Aniversario-Declaración Universal de los Derechos Humanos.1998. pág. 2.

51 Ibid., p. 12.

52 CN Art. 141. De los tratados internacionales. “*Los tratados internacionales validamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137*”.

53 Confr. CN Artículo 145.

54 Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C N 111.

Corte IDH: Caso “Instituto de Reeducción del Menor “Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de setiembre de 2004. Serie C N 112.

Corte IDH: Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N 12A través del conocimiento de los Sistemas de Protección Internacional de los Derechos Humanos y de los instrumentos jurídicos internacionales que rigen la materia, los operadores de justicia pueden coadyuvar con el cumplimiento eficaz de los derechos reconocidos tanto a víctimas como a victimarios⁵.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C N 142.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N 146.

Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de setiembre de 2006. Serie C N 153.



violaciones del derecho a las garantías judiciales y otros.

Estas sentencias se encuentran en diversos estados de cumplimiento. El respeto de los derechos humanos de la ciudadanía es la obligación de cada funcionario, desde el cargo que le corresponde desempeñar. Hacer realidad los derechos humanos, es tarea de todos.

Corte IDH. **Caso Vargas Areco Vs. Paraguay.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de setiembre de 2006. Serie C n 155.

Corte IDH. **Caso Comunidad Indígena Xakmok Kasek. Vs. Paraguay.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C. n 214. http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais



Bibliografía

- ADEP. Compendio de Tratados, Leyes y Actas para el Servicio Diplomático y Consular. Ediciones Adep. Asunción- Paraguay. 2009.
- CONSTITUCIÓN NACIONAL. Ediciones Librería El Foro. S.A.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto y Ventura Robles, Manuel. El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José: C.R.2003.
- COLAUTTI, Carlos. Derechos Humanos Constitucionales. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 1999.
- COLL SALVADOR, César. La conducta experimental en el niño. Barcelona, España. 1978
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS 94º período de sesiones Ginebra, 13 a 31 de octubre de 2008. OBSERVACIÓN GENERAL N° 33 Obligaciones de los Estados partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- IIDH: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Acceso a la justicia y derechos humanos en Paraguay. Modulo auto formativo. San José, C.R. 2009.
- IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. 3ª. Ed. San José, C.R. 1999.
- IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales: Sistema Universal y Sistema Interamericano/ Instituto Interamericano de Derechos Humanos. —San José, C.R.: IIDH, 2008.
- IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: su jurisprudencia sobre debido proceso, DESC, libertad personal y libertad de expresión. Tomo II. San José, C.R. 2005.



- Ley 1562 “Orgánica del Ministerio Público”.
- MONTEJANO, Bernardino. Curso de Derecho Natural. 7ª, ed.-Buenos Aires: Abelardo Perrot, 2002.
- OACNUDH. El Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Introducción a los tratados fundamentales de derechos humanos y a los órganos creados en virtud de tratados. Folleto informativo N 30.
- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: guía modelo para su lectura y análisis / Víctor Rodríguez Rescia; Instituto Interamericano de Derechos Humanos—San José, C.R.: IIDH, 2009.
- TRAVIESO, Juan Antonio. Derechos Humanos: fuentes e instrumentos internacionales. 1º ed., Buenos Aires: Heliasta, 1996.
- TRAVIESO, Juan Antonio. Historia de los Derechos Humanos y Garantías: análisis en la comunidad internacional y en la Argentina.- 2ª. Ed.- Buenos Aires: Heliasta, 1998.
- TRAVIESO, Juan Antonio. Garantías fundamentales de los derechos Humanos. Conflictos. Paradigmas. Aplicación de sistemas jurídicos internacionales. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL. 1999.





“LA HUELGA DE HAMBRE VERSUS EL ROL DEL ESTADO COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CIUDADANO”

Por Juan Pablo Rolón Ruiz Díaz^{1*}

1- Introducción

La presente investigación tiene el propósito de analizar una conducta extrema, de características especiales y de un alcance jurídico amplio, que plantea un escenario mediático importante, además de delicado para las autoridades públicas.

La huelga de hambre implica, para aquel que toma la iniciativa de emprenderlo, la puesta en riesgo de altos intereses personalísimos que afectan a derechos fundamentales reconocidos y garantizados por la constitución.

Se pretende examinar este fenómeno de manera integral para garantizar un abordaje de la manera más completa posible. Por ello, el material se halla dividido en dos partes que se pasan a detallar a continuación.

En la primera, se realiza un análisis exhaustivo de los principales derechos fundamentales que el manifestante decide voluntariamente poner a prueba, como ser: la vida, la integridad física y la salud. Se detallan sus conceptos, características y la protección legal a nivel nacional e internacional.

En la segunda, se detalla la relación de estos derechos innatos a todos, con la postura asumida por la persona que inicia el proceso de huelga de hambre.

Finalmente, se ingresa en el estudio de la huelga de hambre en concreto, con todas sus aristas y características; todo con el objeto de llegar a una conclusión que ofrezca recomendaciones sobre las medidas técnicas multidisciplinarias y legales a ser tomadas en torno al afectado a modo de procurar el cese de la medida, considerando con las intervenciones el respeto absoluto de su libertad de expresión y dignidad humana.

¹ * Abogado por la Universidad Nacional de Asunción (2006), asistente fiscal asignado al Departamento de Investigación y Publicación del Centro de Entrenamiento, Ministerio Público; con la función de investigador jurídico desde el año 2012.



Primera parte

1. Derechos fundamentales

1.1. El derecho a la vida. Conceptos preliminares y protección legal

La definición de vida posee varias aristas; en sentido jurídico, se la entiende como toda *manifestación o actividad; manera de vivir de una persona según prácticas o costumbres; unidad entre cuerpo y alma; historia de una persona*, entre otros².

De estas definiciones se desprenden sus características, como ser: dinámica, inquieta, bidimensional y con proyección; fundamento existencial de todo ser vivo. La vida, como tal, lo es todo, por lo tanto emerge como el centro alrededor del cual giran todos los sistemas conocidos de la naturaleza.

Carlos Creus³, define a la vida como “... allí donde una persona existe, cualquiera que sea la etapa de su desarrollo...”. Buompadre⁴, por su parte, da un enfoque, en esencia único, al decir: “... es también la condición absolutamente necesaria para sentir su grandeza y disfrutar de los restantes bienes”; por último, un ensayo conceptual expresado por **Donna⁵ “... la existencia de todo hombre.”**

Por tanto, el valor jurídico del bien *vida* es elocuente, como lo expresa **Bacigalupo**, “... es habitual que no se proponga una definición de lo que se entiende por *vida humana* porque ello resulta obvio”⁶.

Por más que resulte evidente el objeto de análisis, sin embargo abarca todo el Derecho en sí mismo y la ciencia jurídica tiene como fundamento y fin al ser humano, vivo y en sociedad.

La Constitución, en su artículo 4º - *Del derecho de la vida* -, la caracteriza como *inherente* a toda persona humana. Es decir, que forma parte de su esencia, permanente y fundamental; ya que, sin este derecho elemental no podría ser posible el ejercicio de ningún otro reconocido en todas las legislaciones.

2 Alguna de las acepciones del término *vida*, extraídas del texto: “*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*”. Manuel Ossorio, p. 984, Ed. Heliasta, 30ª Edición. Buenos Aires, Argentina. 2004.

3 Creus, Carlos; “*Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*”, Editorial Astrea, 6ª edición actualizada y ampliada, pag. 6. Buenos Aires-Argentina. 1.999.

4 Buompadre, Jorge, “*Tratado de Derecho Penal - Parte Especial I*”. Editorial Astrea, 3ª Edición actualizada y ampliada, pag. 39. Buenos Aires-Argentina. 2009.

5 Donna, Edgardo; “*Derecho Penal, Tomo I*”, Editores Rubinzal-Culzoni, 2ª Edición, pag. 25, Buenos Aires-Argentina.”

6 Citado a su vez por Donna, Op. cit., p. 25.-



No podría ser posible el derecho a la dignidad, la libertad, la salud y demás, en un cuerpo inerte; necesariamente, debe tratarse del producto de una cadena evolutiva vital, repetida por generaciones y que sólo se logra a través de la reproducción de individuos con vida, materia viva, esencialmente.

1.1.1. Alcance, condiciones y límites

La vida como tal, si bien es el bien jurídico por excelencia, no puede, sin embargo, proyectarse más allá de lo que la realidad lo permite. Esta realidad ofrece vallas a la vida, entre las cuales las más importantes son: el tiempo, las condiciones y sus límites.

a. TIEMPO: La vida humana inicia en el momento de la concepción, la unión o fecundación, en el que intervienen dos células: el espermatozoide y el óvulo, de los cuales surge una tercera independiente, el cigoto. A partir de esta unidad básica de vida, unicelular, el derecho considera que existe vida; por lo tanto opera desde ese instante para la nueva persona humana un conjunto de derechos en expectativa, cuya adquisición se halla condicionada al hecho de que nazca con signos vitales, aunque sea por un solo instante.

Ubicar en este momento el inicio de la vida humana, ha suscitado en la doctrina y las legislaciones el análisis y la sanción de conductas que interrumpan el desarrollo y formación del feto humano, como es el caso del aborto. Esta conducta especialísima atenta contra la vida de un ser humano en gestación, con capacidad relativa, pero capacidad al fin; es una forma de homicidio contra una víctima biológicamente prematura, acabándose con su vida desde su propio comienzo.

El término de la existencia está dado por el hecho natural de la muerte. Es la culminación de los signos de vitales, de forma permanentemente. El fallecimiento del individuo se debe dar por causas naturales. Cuando el final se produce a consecuencia de un hecho forzado, violento, con intervención de otro semejante, consciente, la muerte es conocida como homicidio o asesinato. En los casos en que víctima y autor se confunden en una sola persona se dice que se produce suicidio.

Entre estos extremos, la concepción y muerte, se despliega en espacio y tiempo la vida humana para el derecho, como un hecho natural con todos sus efectos jurídicos.

b. CONDICIONES: Este supuesto se trata de aquellos acontecimientos mínimos,



que hacen que la existencia humana sea digna. Son factores externos que ofrecen el mínimo de productos necesarios para la subsistencia.

Las condiciones las establece el medio, que provee naturalmente a todos los individuos, sin distinción, de los medios elementales para su desarrollo y evolución.

Un ejemplo de esta condición es el derecho a un ambiente saludable en relación con el desarrollo sostenible para la generación presente y las venideras.

c. LÍMITE. Con el tiempo y las condiciones básicas, la vida debe transcurrir cómoda y libre para el ser humano. No obstante, es una criatura social, acostumbrada a convivir con otros semejantes que, actuando racionalmente, buscan una evolución común y un desarrollo colectivo.

Es decir, la vida es libre por naturaleza y esa libertad no es infinita, sino más bien es definida dentro de un cúmulo de otras existencias con idénticas características, más no con la misma capacidad. Esto último, ha suscitado a lo largo de la historia de la humanidad diferencias sociales notables, tanto interna como externamente. Por defender sus espacios de vida y poder, todo ser se enfrenta contra duros contendientes, apelando para ello a métodos y medios que se encuentren a su alcance, en aras de alcanzar sus objetivos.

No todo es virulencia, esta es la excepción. La regla está dada por el orden y la armonía cotidianos, que permanentemente son puestos a prueba por la diversidad y el relacionamiento interpersonal. Así, la vida de cada persona física se limita en su proceder, a las reglas impuestas por las leyes humanas sistematizadas en constituciones, códigos, reglamentos, ordenanzas, jurisprudencia, etc.; dictadas con el propósito de pactar una convivencia pacífica con base en el fortalecimiento y la organización de las vidas en comunidad.

Los límites son pues, los perímetros que demarcan el área o la superficie dentro del cual se debe desarrollar la vida y en forma particular, están dados por: la comunidad, las personas y la ley. En el interior del triángulo formado por estos tres conceptos, se puede decir que cada ser humano desenvuelve su vida limitadamente.

1.1.2. Fin de la vida humana. Natural o provocado

La existencia efectiva de todo ser humano se extiende hasta su deceso, el momento por medio del cual el cuerpo pierde todo signo de vitalidad.



Así como la adquisición de derechos y obligaciones se halla supeditada al hecho del nacimiento con vida, su pérdida igualmente es la condición “*ipso iure*” para la extinción de todo aspecto jurídico.

El fallecimiento es un hecho jurídico que es analizado desde varios enfoques⁷, no obstante, el objeto de la presente investigación se centra en analizar las causas que lo provocan y sus motivaciones.

Naturalmente, una persona termina su existencia por el paso de los años, a consecuencia del deterioro natural de las funciones vitales. La regla es que sea indeterminada, involuntaria y aislada.

Al decir *indeterminada* se entiende que la muerte no debe ser programada. Uno de los principales enigmas de la vida es, justamente, cuándo acaba. Al reconocerse a la vida como el bien jurídico por excelencia, fuente de toda realidad y misterio humanos, su arrebato implica el hecho punible con mayor dis valor penal.

La muerte *involuntaria* es consecuencia de la anterior característica, es decir, que al ser indeterminada, no se la puede querer a sabiendas. La muerte producida a contrario de estas características es cognitiva y por ende, *contra natura*. Ningún ser viviente puede disponer de una vida semejante, únicamente el azar y las condiciones naturales del entorno del sujeto pueden condicionar o limitar el lapso de su existencia.

Y por último, debe ser *aislada*. Tal acontecimiento, si bien se trata de un hecho inminente, no se produce en masa y a toda hora. Cuando ella ocurre, debe haber acontecido sin ningún tipo de injerencia externa, en lo posible ajeno a toda causa accidental o de cualquier otra índole que no sea natural. Esa es la regla en todo aspecto, para catalogarla como “normal”.

Cuando el fallecimiento se produce intempestivamente, por violencia y con intervención humana, recibe varias denominaciones.

Cuando la vida es atentada con dolo se dice que ocurrió: *homicidio o asesinato*. En aquellos casos en los que se ataca al bien jurídico por causas ajenas a la voluntad, por impericia humana, se conoce al delito como *homicidio culposo*. Si el autor y víctima coinciden en una misma persona, el hecho acabó en *suicidio*.

7 Filosófico, jurídico y forense. Para mayor información sobre el punto, acudir al material: “Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XIX; tema: “*Muerte*”, por el Dr. Juan Carlos Smith, pag. 932” Editorial Driskill S.A., año 1991, Buenos Aires, Argentina



Igualmente, se puede dar muerte a un “*nacisturus*”⁸, *acto que se conoce como aborto*.

Sin dudas, el final de la existencia humana es el acontecimiento que se sabe es ineludible, futuro y consciente; pero al mismo tiempo es el fenómeno más misterioso y que atormenta la existencia humana desde sus orígenes.

Ofrece variantes en su concepto, pero el deceso por causas propias del individuo, por su propia decisión y autoría, ya sea un hecho consumado o tentado, provoca una reacción particular en los congéneres, que tejen todo tipo de teorías y especulaciones sobre su destino y efectos.

La tentativa de suicidio, acabada o inacabada, sin resultado de muerte, es objeto de todo tipo de análisis y regulación en las legislaciones modernas. El derecho penal es la rama jurídica que se encarga de tipificar y sancionar los hechos punibles contra la vida⁹. En un caso de suicidio, obviamente no se puede procesar ni castigar a quien atenta contra su propia vida; sin embargo, se persigue al que incitare o ayudare a cometerlo o a quien no impidiera el resultado, sin riesgo para su propia vida¹⁰.

Es sabido que las causas de la muerte pueden ser variadas, pero en el caso del fallecimiento auto infligido la psicología forense cumple un protagonismo fundamental al analizar el perfil psicológico del afectado, sus tendencias, motivaciones, etc. El caso del hambre voluntario, al interrumpir la ingesta alimenticia sólida y líquida, provoca el deterioro físico y mental lentamente, hasta la inconciencia como último estado vital, antesala de la muerte por falta de una necesidad básica. Este tipo de suicidio lento y sufrido será objeto de análisis minucioso en el presente trabajo.

1.2. De las bases fundamentales de la vida. Régimen legal

1.2.1. La calidad de vida

Todo ser vivo merece, por dignidad, un mínimo de condiciones básicas, a modo de subsistir en los planos de tiempo y espacio. La vida se proyecta a través de la materia orgánica, que para su funcionalidad, precisa de elementos y factores externos para mantenerse.

El término “vida”, reconoce dos dimensiones: la intelectual y la física. En el reino animal, el intelecto se desarrolla por el factor *instinto*, mientras que en el

8 Expresión latina utilizada para señalar a la persona por nacer.

9 El Código Penal vigente en sus Arts. 105 al 109 los atiende.

10 Art. 108 C.P. El texto vigente es la modificación establecida por Ley 3.440/08.



ser humano se halla determinado por la *razón*. La explicación de tan trascendental diferencia es uno de puntos más oscuros de la filosofía, ya que varias teorías buscan la explicación de la inteligencia humana, por medio de la interrogante principal *¿De dónde venimos; a dónde vamos?*.

El convencional **Gustavo Laterza**, al comentar el art. 6° de la Constitución define a la calidad de vida y dice: “... *es un término técnico... quiere decir simplemente, las condiciones mínimas de existencia que un ser humano necesita para desarrollar todas sus potencialidades, integralmente hablando*”. A su turno, el convencional **Rodrigo Campos Cervera** agrega: “... *no se refiere esto a una situación económica, sino, fundamentalmente se refiere al confort ambiental, vale decir la relación entre el hombre y medio ambiente, considerando sus aspectos de calidad, de aire, agua, etc.*”¹¹

Como se aprecia, en el debate convencional se aclararon los alcances de la relación que existe entre los conceptos de vida y ambiente. La calidad de vida, pues, se mide a través de las condiciones en las que se desenvuelven los factores como la salud, la integridad física y el ambiente.

Son características de la existencia humana que se interrelacionan muy estrechamente y de las que es necesario conocer, al menos superficialmente, sus detalles más resaltantes:

a. LA SALUD. A priori podemos definir a esta expresión diciendo que se trata de la situación vital del ser vivo en cuanto al funcionamiento y respuesta de sus órganos a los estímulos externos e internos.

Después de la vida, la salud es el bien jurídico de mayor valor. La calidad de vida de toda persona se halla en estrecha relación con su salud.

La suma de todas las vidas humanas que cohabitan en un determinado espacio hacen a una faceta del presente concepto: la salud pública. El Estado desde mediados del siglo XX, es el ente que se encarga de velar y garantizar a todos sus habitantes, sea en forma colectiva o individual, el derecho a gozar de una salud integral. Fue con el advenimiento de la ONU y la creación de sus organismos y comisiones internacionales, que empezó a definirse más claramente el rol de los

¹¹ Pettit, Horacio Antonio; “*Constitución de la República del Paraguay, Texto Final Concordado y Anotado. Tomo IV*”, pag. 43, Editorial Intercontinental. Asunción-Paraguay. Año 2008.



países y sus gobernantes en el desarrollo de políticas que propicien las condiciones elementales de prevención y cura de todo tipo de afecciones¹².

En la constitución de la Organización Mundial de la Salud, del año 1946, de hecho se la define como: “...un estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades...”¹³. Vemos como en esta acepción se amplía el espectro práctico de lo que debe entenderse por salud. El bienestar debe ser permanente y alcanzar a todos los aspectos involucrados en la realidad del hombre.

La salud, como derecho, integra el grupo de los denominados “sociales”. Es uno de los principales logros introducidos por el constitucionalismo social, producto de la segunda generación de derechos, derivados a su vez de la revolución industrial; por lo que el Estado adquiere la obligación a favor de todos los ciudadanos de atender sus necesidades básicas en forma progresiva y de acuerdo a sus posibilidades presupuestarias y económicas.

Manuel Ossorio¹⁴, divide el concepto de salud en dos facetas, a saber: estado sanitario y los servicios públicos o privados que se encargan de conservar al primero.

Nuestra Constitución, en su artículo 68, expresamente cataloga a este derecho como: “fundamental” de toda persona y en interés de la comunidad. En su comentario, el convencional **Oscar Paciello** expone al respecto “...acá lo que se busca es, la promoción de la salud, en la que deben participar el Estado y la comunidad nacional, que el Estado debe prestar asistencia en todos los casos de calamidades y que toda persona está obligada a someterse a regulaciones sanitarias para la defensa de la salud.”¹⁵.

La salubridad implica un compromiso mutuo, entre el poder político y la sociedad, en aras de la protección y conservación (en los términos de la CN – artículo 82-) del bienestar colectivo. Enfermedades masivas como las plagas, pestes

12 “Constitución de la Nación Argentina, Tomo I”, tema aportado por Adelina Loianno - El Derecho a la salud en el Derecho Constitucional-pag. 1262, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina. Año 2009.

13 Op. Cit. - pag. 1263.

14 Ossorio, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, p. 864. Editorial Heliasta. 30ª Edición. Buenos Aires-Argentina. 2004.

15 Comentario expuesto en el plenario de fecha 05/4/1992; y anotado en el Diario de Sesiones de la misma fecha. Transcrito en el texto: “Constitución de la República del Paraguay, Texto Final Concordado y Anotado. Tomo IV”. Horacio Antonio Pettit, pag. 131, Editorial Intercontinental. Asunción-Paraguay. Año 2008.-



o pandemias; así como las catástrofes o accidentes, son ejemplos prácticos, en general, de cómo se da esta interacción sensible entre gobernantes y población.

No obstante, dentro de esa misma población, sus propios integrantes están obligados a llevar una existencia fuera de todo riesgo accidental o provocado. Esta obligación es pasiva y activa, es decir, que se debe evitar todo tipo de peligro para la propia salud y la de los demás. En este sentido, la última parte del artículo 82 de la ley fundamental, expresa: “...*Toda persona estará obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley...*”.

La función del Estado es preventiva y de protección; más los habitantes en particular deben, por su parte, con responsabilidad y compromiso, procurar no exponerse a situaciones de vulnerabilidad física y/o mental. El bienestar integral requiere, para que prospere, de una infraestructura mínima que debe ser organizada y llevada adelante por el Estado y, para ello, el artículo 69 de la CN determina que el Sistema Nacional de Salud es el encargado de ejecutar acciones sanitarias integradas y políticas de coordinación y promoción de la salud pública con sectores oficiales y privados.

En conclusión, estamos ante un bien jurídico vital, el cual debe ser protegido de manera *sui géneris*: integral y por todos. Su condición óptima es la de una vida sana; y, en contrapartida, su excepción, la enfermedad. El individuo se sitúa en el medio de ambos extremos y su deber como ciudadano responsable es el de llevar una vida saludable. El estado, por su parte, debe cumplir un papel complementario con la obligación de poner a disposición todos los medios necesarios para que lo primero sea efectivamente cumplido.

b. LA INTEGRIDAD FÍSICA¹⁶. Se puede relacionar estrechamente a la salud con la integridad física. De hecho, una vida sana implica necesariamente en el individuo una integridad física y psíquica.

Ahora, ¿qué se entiende por integridad física? ¿cuál es su alcance e importancia en la existencia de todo ser vivo? Es el último eslabón en lo que se refiere a la condición corporal básica que necesita toda unidad orgánica para sobrellevar sus funciones.

¹⁶ En el título se interpreta-literalmente-a la dimensión corporal de la integridad; sin embargo, se aclara que dentro de la exposición se incluirá al aspecto abstracto o psicológico, de igual importancia como contenido de la vida humana.



Todo cuerpo está compuesto de partes esenciales, que cumplen labores específicas y elementales para la vida: desde lo más básico como es respirar, avanzando pasos o tomar objetos con las manos; hasta llevar a cabo tareas más complejas o mentales, como lo son pensar y razonar, o acciones reflejas, como el de la digestión o el sueño.

Estas actividades, constituyen tan solo una fracción muy reducida de un total real que involucra el uso del cuerpo y que son imprescindibles para la vida. Cualquier menoscabo, ataque o agresión que provenga del exterior y ponga en riesgo la funcionalidad del organismo, se conoce en el ámbito penal como “lesión”

La gravedad de la lesión se mide por la finalidad que tiene el agente que la origina y de acuerdo al grado del resultado dañino en la víctima. En cualquier caso, el daño a la integridad física es un hecho punible del tipo base.

Como se mencionó, la lesión proviene de factores externos, generalmente humanos y se la reconoce por heridas leves o hasta gravísimas contra el cuerpo humano; las primeras afectan al cuerpo superficialmente sin mayores consecuencias que una molestia mínima; y, las segundas, en las que sí se puede comprometer la normal vida del ser humano, ya sea por que se afecta algún miembro externo o interno, o porque se reduce considerablemente alguna función vital.

La integridad física está representada por el estado físico intacto en que una persona se desenvuelve.

Para el autor español **Edgardo Alberto Donna**¹⁷, hablar de integridad física equivale a salud, pues, las ubica en el mismo plano tanto al cuerpo como a la salud. De cualquier manera, vida, salud e integridad física se encuentran relacionadas y unidas indefectiblemente.

c. AMBIENTE SALUDABLE. El medio o entorno en el cual las personas se desenvuelven, es tan importante como sus propias vidas. Se trata del espacio, ese plano tridimensional compuesto de factores externos de diversas índoles que inciden directamente en las diferentes generaciones.

Aire, suelo y agua conforman los ambientes en los que se apoyan los individuos para subsistir a través de los productos que surgen de sus diferentes recursos naturales.

17 Donna, Edgardo; “*Derecho Penal, Tomo I*”, Editores Rubinzal-Culzoni, 2ª Edición, Buenos Aires-Argentina.”



La evolución del hombre hizo que se lo situara hoy en un plano de espacio limitado por varios factores y en el que la tecnología y las máquinas constituyen el paisaje cotidiano de la vida moderna. La naturaleza aparenta cada día resignar más terreno en favor de esta realidad humana; sin embargo, en contrapartida, aumenta su respuesta a los constantes embates de la cual es víctima en los últimos tiempos.

En la actualidad, la población humana alcanza una cantidad de miles de millones a lo largo de los diferentes continentes, tendencia que a medida que pasa el tiempo se vuelve más vertiginosa, por lo que este fenómeno se ha constituido en uno de los enfoques más importantes de las cumbres y reuniones internacionales. Cómo ensamblar correctamente el desarrollo humano con la naturaleza, fue uno de los objetivos prioritarios que se estableció ya en la década de los ochenta con el principio ambiental del desarrollo sustentable.

Toda persona tiene derecho a realizar sus funciones básicas con dignidad, y para el efecto debe contar con un mínimo de infraestructura. El progreso, representado por el fácil acceso a la tierra, vivienda, alimento, vestimenta, información, transporte, comercio, etc., implica en contrapartida contaminación y alteración del equilibrio ecológico.

El urbanismo y cultivo son áreas de concentración humana en los que se incide a través de la deforestación, efluentes residuales, emisión de ruidos y humos contaminantes, uso de productos químicos para el suelo; todas estas actividades hacen propicio que se vulnere el derecho a un ambiente saludable, necesario para la vida, la salud y la integridad física de los seres vivos.

Cuando los factores naturales son alterados en grandes proporciones, la calidad de vida ambiental se ve reducida en desmedro de los habitantes. En conclusión, un medio saludable integral es la base de toda existencia y por ende, necesario para garantizar el cumplimiento efectivo del anhelado desarrollo sustentable, de parte de la generación presente, para las futuras.

1.2.2. Protección constitucional y legal de la vida

La vida como derecho fundamental en la carta magna. Análisis de los arts. 4º y 5º.

La República del Paraguay, en su carta magna del año 1992, reconoce y garantiza expresamente a todos los habitantes el derecho a la vida.



Precisamente, en el art. 4º sobre “*el derecho a la vida*”, dice: “... *el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos.*”

Al utilizar la expresión “persona humana”, los convencionales se refieren a la totalidad de mujeres y hombres que habitan el territorio nacional, sea en forma permanente o transitoria. No condiciona o limita este derecho a una categoría de persona, por su raza, etnia, nacionalidad, edad, etc.

Como se había expresado precedentemente, la vida como derecho inicia para todo ciudadano en la concepción. Es ese acontecimiento natural, misterioso e indeterminado que fue adoptado por los legisladores como punto de partida para que esa “vida humana” sea titular de derechos que le son propios, dada su naturaleza.

A partir de este hecho jurídico, vida y humano son uno solo -mujer o hombre-, y para el Estado comienza el deber de conservarla y garantizar su protección contra todo tipo de agresión u ofensa externa que la ponga ante una hipótesis de riesgo.

Ahora bien ¿cómo el Estado ejerce este deber? ¿qué medidas oficiales toma al respecto?. En primer lugar, hay que considerar que el Estado es una persona jurídica “*sui generis*”. Tiene una naturaleza especial, única, que lo distingue de cualquier otra de su clase; es que estamos ante la presencia de un ente público, con facultades representativas y soberanas, devenidas de la propia Constitución.

El artículo 1º de la ley fundamental, establece como forma de gobierno “*la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana*”. De este extracto, interpretamos que la esencia del Estado paraguayo, su funcionamiento a través del gobierno, tiene a su vez como único fundamento a la vida humana. Al expresar el convencional “dignidad humana”, reconoce tanto directa e implícitamente a la “vida humana”. Vida y dignidad son jurídicamente “hermanas gemelas”, en gestación común desde la concepción. De hecho, no se las puede separar. El concepto de digno, según la Real Academia Española es: “...*que corresponde al mérito o condición de alguien o algo...*”.

En conclusión, si el Estado funda su propia naturaleza y existencia en la dignidad humana, lo hace al mismo tiempo en la vida humana.



Es por ello que el artículo 4° de la CN es categórico al afirmar que la vida es “inherente” a la persona humana, como lo es la dignidad. El Estado, en consecuencia, no puede menospreciar, desconocer o privar este derecho fundamental.

La vida, como hecho natural y fundamental, no es omnipotente o inmune; está condicionada por varios factores que pueden cambiar su situación. Las lesiones, la enfermedad, la privación de libertad, ausencia de necesidades básicas como la alimentación, vestimenta, educación, trabajo, justicia; y la muerte, son ejemplos materiales de cómo el ser humano se ve enmarcado entre varios extremos existenciales.

El mismo artículo expresamente refiere que: “*Queda abolida la pena de muerte...*”. Es una conclusión lógica, producto del reconocimiento legal de los derechos a la vida y la dignidad humana. ¿Cómo puede válidamente un Estado, por un lado, comprometerse a cubrir todas las necesidades básicas para la vida humana, y por el otro, juzgar y disponer por sentencia el castigo de provocar la muerte a una persona viva?. ¿Existe lógica moral, ética y jurídica en los hechos simultáneos y encontrados de proteger a la humanidad desde la concepción y la facultad de dar muerte?. Los convencionales optaron como correcta, a la respuesta negativa a estas inquietudes.

Así como comprendieron que no está permitido matar por ningún motivo y bajo ninguna circunstancia, igualmente prohibieron algún tipo de alteración a la integridad física, psicológica y moral proveniente desde los entes oficiales. Es por ello, que en la primera parte del artículo 5°, la CN garantiza que “*nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...*”.

El principio jurídico base de un Estado de Derecho es la igualdad ante la ley, de aplicación tanto a los ciudadanos como a los gobernantes. La protección a la vida desde sus bases constituye pues, una garantía y obligación tanto para todos los habitantes de un territorio, como para los entes públicos; principalmente para los encargados de la prevención y erradicación de los hechos punibles. El Estado, al contar con toda la logística presupuestaria y de infraestructura a su disposición para mantener el orden y la paz sociales, es susceptible, según el régimen de gobierno vigente, a caer en abusos y excesos para someter a sus gobernados. Los crímenes y desapariciones políticas fueron en el pasado los peores hechos públicos que coparon el escenario de toda la región del cono sur.



En tal sentido pues, el artículo 5º, en su última parte, expresa: “... *el genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles...*”

Es decir, el refuerzo constitucional que los convencionales otorgaron a la obligación de la protección de la vida por parte del Estado se halla, en primer lugar, al prohibir todo tipo de hecho oficial que atente contra ella y, luego, que en caso de acontecer crímenes políticos, como los enumerados en el artículo transcrito, podrán ser investigados tanto los hechos como sus responsables, en cualquier tiempo, según las leyes de la época y las evidencias recolectadas.

La secuencia de los artículos que se analizan es clara. La vida es el derecho por excelencia, y su reconocimiento, más que una obligación, es un compromiso legal, pues en primer lugar se la debe valorar para respetarla. Todo ser humano goza del mérito que le da su naturaleza racional y pensante, que lo convierte en un sujeto digno, con derechos y obligaciones jurídicas con respecto a sus congéneres y su entorno.

Como ser sociable, la raza humana evolucionó para vivir en comunidad, y a fin de garantizar la armonía en esa convivencia organizó un sistema de poder político basado en los principios de la República y la democracia. Un Estado uniforme, civilizado y de representación popular, gobernado por, para y desde el pueblo, que encuentra como fundamento esencial, como formula inquebrantable, el reconocimiento oficial al bien jurídico de mayor valor, sin el cual no sería posible concebir toda esta teoría: *la vida*.

1.2.3. Legislación complementaria vigente

Todo Estado, basado en el modelo constitucional liberal, apoya sus bases en una norma fundamental que se constituye en principio y fin del sistema legal y jurídico: La Constitución.

El artículo 137 de la Constitución paraguaya se reconoce a sí misma como la “ley suprema”; no existe norma escrita interna o extranjera que supere su envergadura. No obstante, a partir de ella se genera toda una red normativa que procura cubrir las necesidades y expectativas de los habitantes, de acuerdo con materias y formas reconocidas, igualmente, dentro de la misma Constitución. La variedad de normas jurídicas que surgen con proyectos para su sanción en el Poder Legislativo es inmensa, por lo que la doctrina, a modo de ordenarlas, las clasifica,



según su naturaleza en: *públicas y privadas*; según el ámbito de aplicación territorial en: *nacionales e internacionales*; según el tipo de sanción o reacción del Estado en los litigios judiciales: *penales y civiles*.

El bien jurídico “vida”, compromete a toda la estructura legal vigente. El citado artículo 137, establece que: “... *los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados; las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia...*”; por ende, la legislación nacional está integrada, por debajo de la Constitución, por estas disposiciones legales.

En el Paraguay se encuentra vigente la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, que en su artículo 3º, en forma expresa, dispone: “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”. En consecuencia se desprenden, ciertas, prohibiciones, entre las que se destacan: “*la esclavitud y servidumbre (art. 4º), penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5º)*”. De la otra cara de la moneda, se reconocen derechos a todas las personas, entre los cuales, se pueden citar: “*el reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 6º), la igualdad ante la ley (art. 7º), acceso efectivo a la justicia, ante tribunales naturales y competentes*”, como los principales.

Igualmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General por Resolución N° 44/25, del 20 de noviembre de 1989, en su artículo 6º, inciso 1 establece que: “... *Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida*”, y a modo de comprender el término “niño”, la Convención en su artículo 1º aclara que, se entiende por tal, “*a todo ser humano menor de dieciocho años de edad...*”.

Entre los documentos emanados de la Asamblea General de la ONU, que son los principales documentos internacionales aprobados y ratificados por el Paraguay y que hacen referencia, indirectamente, a la protección de la vida de todas las personas se encuentran: “*Convención contra la Tortura y Otros Tratos, Penas Crueles, inhumanos o Degradantes*”, “*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*”, “*El Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos*”, entre otros.

Por su parte, la Organización de Estados Americanos (O.E.A.), redacta el documento central que es la “*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*”, que en su artículo 1º expresa: *todo ser humano tiene derecho a la vida*.



En el documento denominado *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*, los Estados se comprometen a reconocer los derechos y libertades de las personas. En el artículo 4º encontramos el “Derecho a la Vida”, que dice: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*”. En los artículos siguientes se complementa este derecho con otros, como ser: *a la integridad y libertad personales, las garantías judiciales, al nombre, a la nacionalidad, entre otros.*

A nivel interno, estos documentos propiciaron la aprobación de nuevos códigos, de fondo y forma, en materia penal específicamente.

Por ley 1160/97 se promulga el Código Penal y, más tarde se hace lo propio, con la ley 1286/98 – Código Procesal Penal. En el Código Penal, se tipifica el crimen de Homicidio Doloso en el artículo 105, dentro del título I, capítulo I *de los Hechos punibles contra la vida*. En el año 2008, el Código Penal fue parcialmente modificado a través de la ley 3440; con respecto al tipo penal de homicidio, se modificó el marco penal, ya que aumentó el máximo de quince a veinte años en el tipo base, y en los casos agravados, igualmente, se aumenta la expectativa de la pena de veinticinco a treinta años.

Integran igualmente este capítulo otros hechos punibles que describen modelos de conducta que atentan contra la vida de las personas humanas, ellos son: *Homicidio motivado por súplica de la víctima (art. 106), Homicidio culposo (art. 107), Suicidio (art. 108), Muerte indirecta por estado de necesidad en el parto (art. 109)*. La ley 3440, con respecto al art. 108, introduce una modificación trascendental, comenzando desde la misma calificación del hecho punible, que pasa a denominarse *Intervención en el suicidio*; con respecto al art. 109, ocurre lo mismo, ya que el legislador pasa a denominar el hecho típico como “aborto”.

El Código Procesal Penal, en su artículo 1º, se refiere al juicio previo, y al respecto dice: *Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, fundado en una ley anterior al hecho del proceso, realizado conforme a los derechos y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional vigente y a las normas de este código*. Toda persona sobre quien pese sospechas de participación en un hecho punible, establecido por ley, le asisten derechos procesales que le garantizan un debido proceso y evitan abusos y arbitrariedades en la investigación y juzgamiento de las causas penales.



En otras materias jurídicas como la civil, laboral, salud pública, electoral y administrativa se siguen modelos de fondo y forma similares, aunque adaptadas a los intereses propios de esas áreas y que son objeto de litigio por los particulares.

El Código Civil, en su artículo 28, hace una relación directa entre la capacidad e incapacidad de derecho de todas las personas físicas, que se reconoce desde la concepción ya sea por donación, herencia o legado. En su segunda parte, dispone taxativamente “... *la irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida, aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno*”.

En los artículos siguientes, se legisla sobre la duración del embarazo, la época estimativa en que se produce la concepción, como presunción legal, la representación de las personas por nacer, la certeza del nacimiento con vida de las personas y la prueba del nacimiento y la muerte. En el ámbito privado, las lesiones provocadas a las personas y sus bienes son causas de las obligaciones civiles, causal a su vez de la exigibilidad judicial al responsable de una indemnización económica como reparación.

Finalmente, cabe resaltar, que en el libro II de los hechos y actos jurídicos, en la Sección III, artículo 1663 el Código Civil, se regula todo lo referente al contrato de Seguro de Vida y sus modalidades.

Con respecto al Código Sanitario, se halla vigente en nuestro país como Ley N° 836/80. El ámbito de aplicación es la salud pública del país, comprendido por las instituciones públicas y privadas vinculadas a la salud de la población por acción directa o indirecta (artículo 2°). Dispone que la autoridad de aplicación de dicha ley es el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, que se encargará de coordinar todos los planes de acción tendientes a generar políticas para precautelar la integridad física y mental de todos los habitantes del país y los factores ambientales condicionantes involucrados.

Además, regula en sucesivos capítulos aspectos como: *La salud de las personas por nacer; la reproducción humana, enfermedades transmisibles, daños por accidentes, control de la salud de las personas, el saneamiento ambiental, el agua para consumo humano y recreativo, salud ocupacional y del medio laboral, los asentamientos humanos, los alimentos, sustancias tóxicas y estupefacientes, donación de órganos, etc.*



De esta manera, se hizo un repaso sobre la legislación nacional vigente con respecto a la protección de los principales bienes jurídicos de todas las personas, que hacen a su existencia propiamente dicha y los derechos sobre su persona, integridad, dignidad y salud, para enfocar el tema esencial del presente trabajo, que es la huelga de hambre de las personas con medidas cautelares.

1.3. Derecho a disponer del propio cuerpo

1.3.1. Disposición constitucional. Alcance.

Es de materia filosófica el hecho de encontrar una explicación racional al origen y sentido de todo lo que nos rodea y, en ese contexto, nada ha causado más debate que lo concerniente a las dos caras de la realidad de la vida de todo individuo: cuerpo y alma.

Existen varias corrientes de diferente procedencia científica, que enfocaron su atención y análisis para intentar descifrar el misterio de esa relación. La teoría evolutiva es la que mayor aceptación tiene en la actualidad en el campo científico de la antropología y la medicina.

En la historia política de Europa, el surgimiento del renacimiento y la ilustración fue el acontecimiento verdaderamente influyente del pensamiento y las ideas conservadoras reinantes en ese entonces. Se empieza a penetrar lenta pero exitosamente en la conciencia de las personas sobre la necesidad de un cambio en la visión de las verdades y la realidad que se conocían hasta ese entonces. Nada ejercía tanta autoridad sobre las masas en ese entonces como la religión y la iglesia, estrechamente vinculadas con los regímenes monárquicos. Estado y religión eran el cuerpo y alma oficial, que eran representados en un solo individuo, el Rey.

Luego de las revoluciones continentales de finales del siglo XVIII (EE.UU. 1776 y Francia 1789), surge un nuevo orden político que reconoce a las libertades individuales de las personas como base y fundamento del Estado. Los modelos de república y democracia son las formas de gobierno adoptadas a partir de entonces y se convierte al Estado en un ente laico. Se impone una nueva ley fundamental que contiene en su sistema normativo dos grandes partes: *la declaración de los derechos y garantías de todos los ciudadanos y la organización del Estado*.

La Constitución tuvo, en el continente europeo y luego en el resto del mundo, el mismo efecto que la ley de las XII tablas en Roma, ya que puso de manifiesto y expresamente todos los derechos humanos. A partir de ahí, la doctrina se encargó de



definir a tales derechos como anteriores y superiores a todo poder humano constituido y que, por lo tanto, se los debían garantizar, por encima de cualquier interés personal o “divino”.

Nuestro país, desde el gobierno de los López inicia su tránsito por el sendero constitucional en forma oficial y estructural. Las ideologías liberales son plasmadas y transmitidas, desde entonces, hasta nuestros días en cada norma fundamental que estuvo vigente. Hace mas de veinte años, nuestro país se encuentra en pleno ejercicio la última Constitución, que en su primera parte se enfoca en *“las Declaraciones Fundamentales, de los Derechos, de los Deberes y de las Garantías”*. En ella se reconoce, para todos los habitantes, un conjunto de derechos y sus mecanismos legales de protección y garantías constitucionales.

En puridad, estos derechos son reconocidos para cada persona humana *“erga omnes”*; no obstante, ¿qué sentido toman esos mismos derechos cuando el riesgo o la amenaza contra ellos proviene de sus propios titulares?. ¿Qué medidas o deberes deben el Estado y los gobernantes adoptar para evitar que una persona se provoque daños a sí misma, en su vida, dignidad e integridad física?; es más, se ha llegado a preguntar si se puede intervenir oficialmente en la libre y consciente voluntad de un hombre o una mujer que opte en valerse de su propio cuerpo, por diversos motivos, para lograr alguna reivindicación.

Por todo lo analizado hasta aquí, se tiene claro que todas las personas tienen garantizados el respeto a su vida, dignidad y los demás derechos que de ellas se desprendan; pero, ¿su derecho de libertad es ilimitado con respecto a sí mismo, al punto de poder disponer de la integridad de su propio cuerpo y amenazar su vida, sin intervención alguna?.

Al respecto, la CN en su artículo 4º, última parte, expresa: *“...la ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos”*; asimismo, en el artículo 68, también última parte, dispone: *“... toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana”*.

El fin científico o médico, es la única causa legal para disponer en vida, o post mortem, de parte o la totalidad de un cuerpo humano, por su titular o sus familiares más cercanos. Ejemplos de este tipo de circunstancias los encontramos en las ablaciones (amputaciones, extirpaciones), y los trasplantes, de órganos, tejidos y demás partes físicas humanas, reguladas por la Ley 1246/98.



En cuanto a los fines científicos o académicos, se refiere a aquellas situaciones en las que una persona pueda, en vida, anticipar su voluntad sobre el destino que pretende para su existencia corpórea post mortem. Las hipótesis que se pueden plantear en tal sentido son muchas e igualmente se encuentran estimadas en la ley. En este sentido, el artículo 124 de la ley 836/80 (Código Sanitario) señala: *“podrán ser utilizados con fines de investigación científica y de docencia, cadáveres o restos humanos de personas que hayan manifestado expresamente esa voluntad o consentimiento de sus deudos directos”*.

De la misma manera, el artículo 135 del Código Sanitario establece las condiciones en las que se llevarán a cabo las investigaciones en seres humanos, ya que para ello se tendrá en cuenta la deontología médica, previa autorización del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. El artículo 137 del mencionado cuerpo legal, regula acerca de la situación excepcional en la que exista una posibilidad fundada de salvar la vida o disminuir el sufrimiento de un paciente, casos en los que el médico interviniente está autorizado a practicar intervenciones médicas no registradas, previa autorización del paciente afectado o de alguno de sus familiares; posteriormente, se deberán presentar los informes oficiales ante las autoridades del Ministerio competente.

Como es apreciable, las únicas excusas legales para el usufructo de parte, o de todo un cuerpo humano son de índoles científicas y/o médicas, bajo condiciones estrictas de orden técnico-legales y sujetas a la expresión de voluntad seria y libre del donante o de alguno de sus familiares más próximos, habilitados por ley para el efecto. Una de las circunstancias que hace surgir este debate consiste en el hecho que, la posibilidad de donar un órgano o partes humanas debe surgir de un evento accidental o una afección terminal natural que deje intactas partes que, previo los análisis de rigor, sean aptas para su trasplante a otro cuerpo que pueda recibirlas.

1.3.2. Formas en que las personas pueden disponer de su cuerpo

La donación de órganos o cuerpos humanos, en pocas palabras, es el mejor y contemporáneo ejemplo de cómo las personas pueden válidamente disponer de parte de su existencia, de su dignidad y de sus vidas, al decidir qué destino y utilidad darle a su cuerpo.

Con este escenario planteado y ante los límites al ejercicio de la voluntad de decisión sobre el uso del propio cuerpo, en la legislación, de igual manera, se



pretende incluir los casos en que las personas decidan sacrificar o poner en riesgo sus vidas por medio de la provocación a sí mismas, de lesiones de consideración.

La mayoría de los ejemplos de este tipo de prácticas la encontramos en las personas que deciden autoflagelarse o quitarse la vida, causando daños al único bien que puede llevarles a conseguir dichos fines: *su humanidad*. El suicidio y las autolesiones son los casos más sonados; las causas, variadas: laborales, familiares, pasionales, sociales, judiciales, entre otros, ya que cada caso aporta el perfil del autor-víctima y sus motivaciones.

Así también, la lesión puede acontecer instantáneamente y provocar un resultado grave o fatal; en otros, el resultado puede ocurrir luego de un prolongado lapso de tiempo, en el que la persona realiza acciones que paulatinamente afectan a su salud física y mental, hasta inclusive, llegar a poner en riesgo su vida. Ejemplos de este último caso, son la huelga de hambre o las mutilaciones de personas recluidas.

1.3.3. Sanción que el código penal establece para el hecho punible de intervención en el suicidio

LEY 3440/08. Entre los hechos punibles contra la vida, en el artículo 108 del Código Penal se castiga la conducta del que incite o ayude al suicidio o que no lo impida, pudiendo hacerlo sin riego para su vida.

Originalmente, al hecho punible se lo denominó imprecisamente como “suicidio”, con lo que se prestaba a la confusión sobre la conducta que la ley realmente define y sanciona. En el año 2008, se promulgó la Ley 3440, por la cual se modificó parcialmente el Código Penal vigente y alcanzó al citado artículo, que a partir de entonces se titula apropiadamente como: “Intervención en el suicidio”.

El suicidio consiste en la ejecución del homicidio, por una persona, contra sí misma. Acabar con la vida de uno mismo por diversos medios y motivaciones. Como tal, el hecho puede sobrevenir por la libre voluntad de la víctima o por fuertes impulsos, motivaciones o incitaciones de fuentes externas, como los casos en que, otras personas, aprovechándose de la alta sensibilidad o baja autoestima de un momento, logran persuadir a otra a que termine con su vida. Estas hipótesis no se deben confundir con aquellos casos en que el interviniente convence a la víctima a realizar un acto que acabe con su vida, sin saberlo. Ejemplo: cuando el autor logra persuadir a otro individuo para que injiera una bebida contaminada con veneno. Aquí, por más de que la víctima del hecho haya realizado todas las acciones para



acabar con su propia vida, no conocía de los riesgos, por lo tanto, no deseaba el resultado. Así, se desecha el suicidio y se configura el tipo penal de homicidio, siempre y cuando, el autor haya conocido de las propiedades venenosas de la bebida y querido producir el resultado.

El siguiente tipo penal, es la conducta de aquél que “ayuda” a otro a cometer suicidio. Ejemplo: Cuando se proporciona el arma suicida, con plena conciencia del uso que se le dará. En los casos de incitación y ayuda se castiga la acción que colabora con el suicidio.

En la última norma penal contenida en el referido artículo, se define y castiga a la omisión de evitar el hecho de suicidio inminente y sin riesgo presente para la vida. Es decir, se castiga la decisión de no otorgar auxilio o evitar el resultado de muerte de una persona que decide voluntariamente ubicarse en una posición de alto riesgo para su vida.

El castigo del suicidio en la persona del autor-víctima resulta ilógico, pues, tratándose de su propia vida e integridad física, no puede, oficialmente, investigarse, juzgarse y pretender sancionarse a una persona ausente, sin vida y por un hecho que ella misma se provocó. Sin embargo, la realidad social de los últimos tiempos y las investigaciones arrojaron como resultado que en muchos casos, los suicidios tenían un alto grado de participación de terceros, que aportaban su colaboración en el resultado, ya sea con una intervención directa o por indiferencia hacia el resultado. Son estas últimas conductas las que en realidad son desvaloradas por el legislador y por lo tanto, son castigadas.

Ante la descripción de los modelos de conducta sancionados por el artículo del Código Penal en análisis, es preciso detallar a partir de ahora, si la hipótesis de huelga de hambre configura un presupuesto de acto manifiesto y voluntario de “alguien” conduciéndose hacia el suicidio y si el no impedir el resultado por parte de los particulares o el Estado configura un tipo de intervención en el suicidio. Analizar los intereses en juego, los derechos confrontados y las consecuencias sociales de este tipo de conductas, es necesario desde varias aristas para llegar a una conclusión objetiva y justa sobre qué medidas tomar para salvar una vida en riesgo por decisión propia de su titular.



Segunda parte

2. La huelga de hambre. Concepto. Orígenes

La huelga consiste en la medida de fuerza a través de la cual, individual o colectivamente, se paralizan actividades humanas con el fin de reivindicar derechos que fueron avasallados. Es utilizado generalmente por los trabajadores, en el ámbito laboral y encuentra sus orígenes en los abusos de la clase capitalista.

Se la considera medida de fuerza, ya que implica un acto de rebeldía en contra de las reglas vigentes, por la cual, la clase obrera lleva a cabo brazos caídos en sus actividades de trabajo, paralizando la producción empresarial.

Etimológicamente, proviene del verbo “holgar”, que significa descansar, no trabajar, tomar aires, luego de una fatiga¹⁸. En el antiguo Egipto¹⁹ ya se encuentran evidencias de que se llevaban a cabo suspensión de actividades laborales como reclamo por abusos. Cobra auge luego de la revolución francesa; pero no es hasta la época de la Revolución Industrial en que, por los constantes y reiterados abusos por parte de la clase patronal, la obrera encuentra en la paralización de sus actividades la manera brillante de hacer valer su importancia en la generación de riqueza.

La excesiva explotación de los capitalistas a las masas obreras en situaciones como el abuso de los horarios de trabajo diarios, la promiscuidad, falta de higiene en las instalaciones y el empleo de menores de edad, hizo que grandes pensadores como Engels y Marx, desarrollaran su ideología de lucha de clases entre el proletariado y el capitalismo. La idea central de estos pensamientos político-sociales fue que en sociedad no deben existir desigualdades y para el efecto reconocen el comunismo como la razón de su teoría y a la única forma de alcanzarlo: las revoluciones y la anarquía, en contra del orden establecido. Pues bien, la huelga fue una de esas formas anárquicas de reclamar los derechos laborales.

Como derecho tiene una doble faceta: general y particular. En el primer sentido, es un derecho social que se manifiesta como *derecho a la huelga*, cuando un sector de esa colectividad hace uso del derecho, se dice que surge el *derecho de huelga*.

¹⁸ www.elcastellano.org.

¹⁹ Antiguo Egipto, año 1166. En reclamo por comida, bebida y ropa; hicieron llegar sus reclamos al faraón por escrito, para lograr un acuerdo sobre el mejoramiento de las condiciones de trabajo. “www.egiptomania.com/historia/huelga.htm”



Con el tiempo, el ejercicio de este derecho generó todo tipo de chantajes indiscriminados e infundados, motivos por los cuales fue objeto de regulaciones a nivel internacional y nacional. De hecho, el surgimiento de la huelga hizo nacer la segunda categoría de Derechos Humanos, los civiles y políticos.

Nuestra Constitución Nacional reconoce el derecho a huelga a todos los trabajadores y, el derecho al paro, a los empleadores. Este derecho se halla sujeto a control judicial, a modo de declarar su legalidad o ilegalidad. Se encuentran excluidos del presente derecho las fuerzas de seguridad interna y externa de un Estado, como la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas.

En el Derecho Laboral, la huelga constituye un derecho de los trabajadores en estado de dependencia, empleado legalmente, a modo de reclamar infracciones o abusos a las prerrogativas legales o de contrato colectivo.

El concepto de huelga, como el hecho rebelde de forzar la atención de un reclamo, llevando a cabo actos perjudiciales a los propios intereses de los huelguistas, se ha trasladado a otros tipos de ámbitos, extra laborales, aunque con las mismas características y similares objetivos.

2.2. Tipos de huelgas

En principio, las huelgas pueden ser del tipo laboral o extra laboral. Entre las primeras, encontramos a las legales e ilegales; sindicales e individuales; públicas y privadas. Son aquellas que se llevan a cabo en el sector del trabajo o empleo, por parte de los trabajadores dependientes y tiene como objetivo inmediato lograr el cese de actividades obreras, de manera parcial o general, y, el fin mediato, obtener el reconocimiento de derechos laborales. Son de carácter social, no obligatorias, reivindicativas, sujetas a revisión y temporales.

Las huelgas extra laborales, son aquellas medidas de fuerza adoptadas por particulares o grupos de más de una persona, por las cuales se deja de llevar a cabo alguna actividad, ajena a lo laboral. Es decir, que voluntaria y libremente se desiste en realizar actos propios de la persona del huelguista y que le son necesarios. Estas renuncias no tienen relación con una actividad de trabajo, sino que atacan a su propia dignidad como personas humanas, renunciando a consumir alimentos sólidos y/o líquidos, en reclamo de derechos que, según sus criterios le son atropellados. Son los casos de huelga de hambre. Se dan en mayor medida entre los privados de la



libertad por medidas cautelares, o los condenados, quienes en acto de protesta, deciden recurrir a la figura de huelga de hambre, a modo de lograr la atención de sus reclamos de justicia y el mejoramiento de la condiciones de sus medidas o condenas.

2.3. Huelga de hambre

Modalidad de protesta o queja, por medio de la cual, el huelguista renuncia a toda posibilidad de ingesta de alimentos sólidos o líquidos, o sólo sólidos, provocándose voluntariamente un estado de hambre. El sometimiento al organismo a largos periodos de inanición ha llevado en varias ocasiones, a levantar sentimientos encontrados en la colectividad.

Conocida también como “desobediencia civil”²⁰, tiene en la mayoría de los casos un tinte político; generalmente, emprendida por prisioneros de cárceles comunes, tienen como objetivo final que se les reconozca el derecho a mejorar las condiciones en las que se cumple una medida o pena. En los Estados democráticos de los últimos tiempos, los detenidos y procesados por hechos comunes, de un tinte social marcado, por lo general se sienten perseguidos políticos y recurren a estas medidas para obtener reivindicaciones.

En el transcurso de la historia, existen muchos casos de huelgas de hambre iniciadas por privados de libertad, como el del asesino De Juana Chaos, terrorista del grupo ETA, quien durante su prisión, inició una huelga de hambre que se extendió por 63 días, para obtener su liberación y garantizar las negociaciones entre el grupo criminal y el gobierno de turno. También se cita como ejemplo al grupo terrorista GRAPO, que inició una huelga de hambre en protesta por todos los presos de Guantánamo y los del grupo IRA²¹.

Entre las características de la medida de fuerza, se encuentran que es: voluntaria, rebelde, de carácter político o civil, llevada a cabo, en la mayoría de los casos, por prisioneros dentro de penitenciarías.

Durante todo el desarrollo de esta decisión extrema se genera un estado jurídico-político excepcional en el que el fenómeno central se ubica en el enfrentamiento de derechos fundamentales de todas las personas contra los deberes

20 Serrano Ruíz, José Miguel; “La restricción de la libertad en el tratamiento médico en huelga de hambre.”, pag. 741.

21 Ob. Cit.



públicos del Estado, en casos de conmoción de un particular por su estado de salud e integridad físicas altamente disminuidas. Se trata de una confrontación directa entre el derecho a la protección de la vida y el derecho a la calidad de vida en cuanto a la salud, el trabajo, el ambiente saludable, etc.

El huelguista, cuando opta por la inanición, es consciente que la renuncia a la ingesta de todo tipo de alimentos, provocará en su salud e integridad física, un deterioro tal, que transcurrido un tiempo, lo conducirá inevitablemente a su fallecimiento. Se utiliza a sí mismo como instrumento de protesta, amparado en un conjunto de derechos fundamentales que frenan la intervención de las autoridades.

Muchas posturas fueron tomadas para tratar de neutralizar los efectos mediáticos y de fuerte impacto social de estas medidas de protesta. Tanto desde la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, se procuró garantizar este derecho, sin poner en riesgo otros intereses, igualmente importantes y de carácter público.

Es de destacar, que se hallan en juego derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente a todos los habitantes como el derecho a la vida, la integridad física, la salud, etc., que son garantizados por el Estado y, como tal, se convierte en un sujeto más obligado frente a la ley.

La complejidad de la situación generada torna muy delicada cualquier decisión que se tome al respecto, tanto desde el comprometido con la huelga de hambre, hasta el propio gobierno, que se enfrentan en una puja de principios y valores jurídicos de rango fundamentales.

2.3.1 Huelga de hambre del procesado o condenado

Los motivos por los cuales se toma la decisión de ubicarse en un estado de tal magnitud de riesgo personal son exclusivamente político-judiciales. El reo o condenado en huelga de hambre, en primer término, se halla privado de su libertad ambulatoria, reducido en su capacidad de locomoción y por ende, de decisión. Al agotar con todas las instancias judiciales posibles que procuren, según su entendimiento, el mejoramiento de las condiciones en las que lleva a cabo su reclusión y sin una respuesta favorable al respecto, opta por recurrir a la única instancia a su alcance para lograr persuadir, de alguna forma, a las autoridades públicas sobre sus reclamos: su integridad física.

De esta manera, la huelga de hambre, constituye una medida de presión de



un alto impacto social y psicológico, ya que deja librado a varias interpretaciones el resultado al que pueda llegarse en esa situación. Si se descomprime la tensión cediendo a los reclamos o se conserva una actitud pasiva de no intervenir en el desarrollo de la decisión.

Es una característica determinante el hecho de que los afectados por la medida, a parte de la huelga, se resisten a recibir todo tipo de asistencia o tratamiento médico, agravando todavía más su estado de salud. El huelguista se cierra en su postura y provoca un estado de gravedad tal, que sensibiliza a propios y extraños. No obstante, se debe analizar qué sustento jurídico tiene la actitud asumida, cuáles son los derechos en peligro, hasta dónde va el derecho de las personas a disponer de su vida de esa manera.

Los privados de libertad se encuentran bajo un régimen especial en su vida y en su libertad, establecido por una legislación general y especial. En cuanto a las disposiciones de carácter general, se puede citar a la Constitución, al Código Penal y Código Procesal Penal, para el caso de los imputados y los condenados.

El artículo 4° de la Ley 210/70, “Que establece el régimen penitenciario”, se refiere a las condiciones y obligaciones a las que se halla sometido el interno recluido y determina que, en todos los casos, queda exento de toda violencia, tortura y maltrato, *“así como de actos o procedimientos que entrañen sufrimientos, humillación o vejamen para el mismo”*. A este principio base sobre las condiciones, se adiciona en el artículo 19, la alimentación. Establece que ella estará a cargo de la administración de la penitenciaría y que, además, será adecuada de tal manera a asegurar el mantenimiento de la salud, de acuerdo al criterio médico.

Siguiendo con el contenido de la ley penitenciaria, en su artículo 24 establece que todo interno *está obligado a acatar las normas disciplinarias de esta ley y de las reglamentaciones que se dicten a modo de garantizar una ordenada convivencia en el Establecimiento Penal*. En el capítulo X, entre los artículos 73 al 81, se regula todo lo concerniente a la asistencia médica de los reclusos y el objeto central de regulación en este apartado es el *derecho y obligación de recibir asistencia médica para preservar y mejorar su salud física y mental*.

En los casos en que un recluso inicie la medida de huelga de hambre en la penitenciaría, es preciso respetar y acompañar profesionalmente su decisión, principalmente, en los cambios en su salud por medio de una atención médica



permanente que se avocará a varias funciones, entre las que se destaca, la de mantener una comunicación abierta y confidencial con el paciente, procurando seriamente informar sobre las consecuencias y secuelas que podría arrojar en su salud e integridad física a futuro la inanición prologada.

Con respecto al acompañamiento médico del huelguista, en el año 1991, la Asociación Médica Mundial Malta emitió una Declaración en la que hace recomendaciones técnicas, éticas y humanitarias sobre la intervención galena.

2.4. Derechos enfrentados

La medida de fuerza genera un estado “*sui géneris*” en el que se ven confrontados en una misma persona, derechos fundamentales que deben ser debidamente analizados a modo de evitar cualquier tipo de abusos, torturas o tratos inhumanos.

En efecto, el interno o recluso que decide someterse a un estado de ayuno prolongado, debe ser objeto de todo tipo de análisis previos a modo de determinar, en primer término, la libertad de su determinación con estudios psicológicos que arrojen un diagnóstico objetivo sobre su estabilidad emocional.

En caso de que el resultado de tal intervención sea que el paciente se halla en el uso pleno de sus capacidades mentales y, en consecuencia, sea consciente de los posibles daños en su salud, se debe analizar, a partir de ese instante, las condiciones jurídicas que rodean a tal situación.

El derecho a la vida es anterior, superior y fundamento de toda ley. La persona humana, desde su concepción, goza de derechos fundamentales inherentes a su naturaleza.

La vida humana hace que principios y derechos jurídicos comiencen a operar en su existencia en condiciones de igualdad con sus semejantes. De hecho, su condición humana le otorga el derecho a la dignidad, a la salud, a la integridad física y a la libertad, que deben ser reconocidos y garantizados por todos los Estados democráticos.

En los casos en que una persona decida, pues, en pleno uso de sus facultades, poner en riesgo su propia vida al someterse al régimen y esfuerzo físico y mental de la huelga de hambre, somete a la máxima prueba posible su derecho a la vida y la dignidad.



La salud y la integridad física son derechos fundamentales de todas las personas, sin distinción de ningún tipo; no obstante, la libertad de expresión es un derecho, de igual categoría, por el cual se pone de manifiesto la conciencia y percepción de la realidad, que se exterioriza por medio del pensamiento y las diversas manifestaciones culturales.

Cuando esa libertad de expresión es proyectada con una visión crítica sobre una condición personal, la imaginación humana puede adoptar innumerables posturas al respecto y valerse para demostrarlo del único bien jurídico a su alcance, que es el cuerpo humano.

Es así como, desde tiempos milenarios, el ser humano ha creado estereotipos en grupos, sectas y religiones que adoptaron una imagen determinada para definir sus creencias y objetivos. Cuerpos tatuados, modificados, vestimentas, maquillajes y peinados excéntricos impusieron a través de los siglos una marcada distinción, inclusive, entre clases sociales.

Pero esa libertad innata, no siempre fue empleada en pos de llevar a la comunidad mensajes positivos y tolerables, sino que igualmente produjo reacciones de todo tipo que llamaron la atención y generaron grandes reacciones en contra de gobiernos y regímenes políticos.

La huelga de hambre es un ejemplo claro de esto último. La libertad de expresarse en contra de una situación injusta lleva a muchas personas a someterse voluntariamente a un estado de reclamo extremo, en el que la humanidad juega un papel importante.

Al ingresar en este campo de peligro, pone en jaque otros derechos humanos fundamentales, como ser, el de la salud física y mental, la integridad física y la dignidad humana.

La huelga de hambre implica un momento circunstancial en que el huelguista opta libremente por someter su vida y persona a condiciones de suplicio y sacrificio impresionables, desafiando a todo un sistema jurídico y legal complejo, que es necesario analizar en cada caso concreto a modo de tomar las medidas justas tendientes a preservar la estabilidad de los derechos humanos del afectado.

De cualquier manera, el campo al que ingresa el recluso que decide iniciar esta medida de fuerza, debe ser respetado como una manifestación de voluntad libre y democrática, atendiendo a sus reclamos con respeto a su dignidad.



2.5. Los derechos humanos y la huelga de hambre

Todo ser humano es reconocido como una unidad vital que se encuentra revestido de un conjunto de facultades legales inherentes a su condición. Por encima de cualquier percepción presente sobre su vida económica, social, académica, racial, de edad y sexo, se debe tener presente que se trata de una vida jurídicamente protegida, con proyecciones y derechos.

Posterior a la revolución francesa, se dejaron de lado varias prácticas de abusos y sometimientos, producto de una visión absolutista de la organización social. Entraron en juego principios y valores fundados en la razón humana y se reconocieron a la *libertad, fraternidad e igualdad* de los hombres como los ejes centrales de un nuevo orden legal y político.

La industrialización y el surgimiento del sistema económico del capitalismo iniciaron un nuevo tipo de explotación de la clase adinerada sobre la trabajadora, hecho que generó muchos roces y reclamos de esta última, en pos de mejores condiciones de su dignidad.

Es así que, como producto de una segunda revolución proletaria, se reconocen nuevos derechos a todos los seres humanos, como ser los políticos, civiles y sociales y, a partir de entonces, empieza a configurarse un sistema de derechos universales para todos.

Los Estados, comprometidos con la causa humana y aprendiendo de sus errores pasados cometidos en dos guerras mundiales, desde el año 1948 se organizan en nucleaciones mundiales y regionales y, por medio de documentos, refrendan obligaciones basadas en el reconocimiento de un conglomerado de prerrogativas a favor de todos los hombres, conocidos mundialmente como derechos humanos.

Por medio de convenciones y tratados otorgan derechos de los más variados, como a la vida de todos los humanos, niños, de tercera edad, salud, cívicas, libertades, laborales, procesales y ambientales.

Cuando se produce un caso de huelga de hambre, los derechos humanos asisten al afectado, amparando su postura en la aceptación de su libertad de expresarse, siempre y cuando, no afecte intereses de terceros ajenos al conflicto.

Por mucho tiempo se confundió a los Derechos Humanos como amparo para



los perseguidos políticos de un momento de la historia, de regímenes dictatoriales que arrojaron miles de desapariciones forzadas y víctimas de crímenes políticos. En realidad, todos los Estados, cuando se desprendieron de gobernantes tiránicos, emprendieron una renovación total de sus legislaciones a modo de adecuarse jurídicamente al reconocimiento de los Derechos Humanos a todos los habitantes, sin distinción de ningún tipo.

Esa es la verdadera esencia y fin de estos derechos, por ende, cuando se enfrenta a un caso particular de huelga de hambre, es necesario tener presente todos los antecedentes del huelguista y su situación procesal para determinar, objetivamente, la legalidad de su medida. Los Derechos Humanos no fueron establecidos para fomentar la impunidad, sino por el contrario, tienen como fin esencial el de reforzar y garantizar al huelguista procesado el respeto a su dignidad como ser humano, evitando cualquier tipo de trato cruel e inhumano.

Es imperioso tener presente el desarrollo del proceso y el respeto de los derechos rituales, a fin de evitar injusticias que pongan en riesgo la imagen del Estado con relación al concierto de naciones que respetan la dignidad de todos los hombres.

2.5.1. Reacción y obligación del Estado frente al huelguista de hambre

Ante un cuadro tan complejo y delicado, desde el punto de vista legal y jurídico, es una cuestión de política estratégica estudiar a cabalidad cada situación en forma individual, a fin de tomar las decisiones correctas que busquen, en primer lugar, oír al recluso, otorgarle su espacio físico y de tiempo necesarios, a modo de entablar una relación de confianza y preparar un posible terreno de levantamiento de la medida de fuerza.

En la doctrina y práctica se elaboraron varios sistemas de atención a los privados de libertad que, por diversas causas, iniciaron un régimen de huelga de hambre. Es que, nadie se mantiene indiferente ante un semejante que transita por un momento de renuncia a ingerir cualquier tipo de alimentos y que, por encima de todo, se resiste a ser asistido profesionalmente. Llega un momento en el que la reacción deja de ser una cuestión particular, para pasar a constituirse en una causa de salud pública.

Es aquí donde el Estado juega un rol trascendental y crucial, ya que, al contar con todas las herramientas materiales y jurídicas, se encuentra repentinamente en el medio de dos obligaciones nacionales e internacionales, concentrados en una sola denominación: *los derechos humanos*.



¿De qué manera intervenir eficazmente sobre un interno de penitenciaría, privado de su libertad por medida o pena, que se encuentra en una situación de restricción a sus derechos civiles, sospechado o condenado por un crimen y que reclama tratos injustos en lo que hace al proceso penal seguido en su contra? En la mayoría de los casos, los internos en estas condiciones dicen ser perseguidos políticos o víctimas del gobierno de turno.

Ante este cuadro muy complicado, no se puede dejar librada a la suerte la salud y vida de estas personas, se les debe atender, monitorear y persuadir a fin de que desista de la medida.

En la práctica se imponen dos tipos de soluciones por parte del Estado. En ambos casos, la tendencia es permitir que la medida se desarrolle libremente y sin ningún tipo de obstáculos, ni presiones.

La primera corriente define que la intervención del Estado debe ser pasiva, es decir, que este debe mantenerse ajeno a todo tipo de intervención. Se debe entender que no se refiere a ser indiferente o ausentarse por completo, se trata de no influir sobre la postura del huelguista de ninguna manera posible y, al mismo tiempo, que la actitud oficial sea firme e invariable en contra de la medida asumida.

Si una persona se encuentra procesada, con todas las garantías constitucionales y legales, con los principios jurídicos en plena vigencia, no existiría pues, motivos válidos para ceder ante la pretensión exigida de una forma atípica.

Esta corriente sostiene que se debe respetar la dignidad y los derechos a la libertad de expresión del manifestante, valores fundamentales que hacen a su condición de ser humano; esto es, no interrumpir el curso de su medida bajo ninguna circunstancia, manteniendo esa actitud hasta las últimas consecuencias, aunque sean desafortunadas y fatales para el huelguista.

La idea central que gira en torno a esta regla es que todas las personas tienen derecho pleno y exclusivo sobre sus propias vidas y que la dignidad les permite decidir sobre el destino de su existencia sin límite alguno.

El gobierno, a través del Ministerio de Salud, tiene competencia para atender este tipo de eventos excepcionales, designando a un profesional médico que acompañe al paciente para posibilitar un convencimiento, desde la confidencialidad y confianza, para desistir de su medida; caso contrario, posibilitar un final digno.



Una segunda corriente apunta a la participación activa del Estado que, amparado en la legislación nacional e internacional de Derechos Humanos, debe garantizar a todos los habitantes, dentro del respeto a su dignidad humana, todos los derechos constitucionales.

Aquí, el Estado no se posiciona como mero espectador, sino que hace acto de presencia, de forma pertinente y directa. Por encima de toda circunstancia, legal, procesal o jurídica, priman los intereses públicos de proteger a la vida humana. Es por ello, que se tienen dos opciones: *a) Alimentación forzada*, *b) Alimentación in extremis*.

En el caso de la alimentación forzada, se basa en que la nutrición alimenticia de los huelguistas se debe realizar aún en contra de su voluntad, evitando los tratos inhumanos y de tortura. Es una opción muy cuestionada, puesto que no es posible conciliar pacíficamente intereses encontrados, es una situación crítica que puede rozar la tortura y el abuso de autoridad.

La alimentación *in extremis*, representa una postura intermedia en que el Estado acompaña de manera logística la huelga de hambre, asistiendo hasta donde lo permita la voluntad consciente del paciente; sólo cuando el paciente se encuentre muy deteriorado de salud y se ubique en estado de inconciencia, se debe, auxiliar con todos los recursos al alcance para reanimar y preservar la vida que se encuentra en juego.

3. Conclusión

La huelga de hambre representa un fenómeno de envergadura amplia, de efectos palpables y de un impacto social indiscutible.

Los derechos involucrados son elementales, básicos, fundamentales, no son pasibles de debate bajo ninguna circunstancia. Son objeto de un tratamiento prioritario y exclusivo bajo un régimen especial.

Los intereses del huelguista versus la obligación del Estado de garantizar los derechos fundamentales, son posturas encontradas e irreconciliables que deben ser puntillosamente acomodadas a los efectos de lograr una salida exitosa al debate.

La legislación nacional e internacional debe constituir la base y el inicio de todo tipo de intervención por parte de extraños. Cualquier intervención oficial debe ser realizada dando prioridad al afectado y sus reclamos, oírlos, demostrar iniciativa



de negociación, pero sin ceder a pretensiones que tengan como fundamento intereses basados en la impunidad o el mejoramiento indebido de las condiciones procesales sin justa causa.

Si las actuaciones procesales con relación a un interno en huelga de hambre se han dado dentro del marco legal, si la investigación se ha desarrollado respetando todas las garantías del debido proceso, si la medida o condena aplicada se ajusta a derecho y si el trato que se le brinda como sospechado o condenado es conforme a la ley, no se justifica que una persona pretenda “mejorar” sus condiciones de reclusión mediante esta medida extrema. Una medida de fuerza en esas condiciones, resulta ilógica y carece de total validez, más aún, si se trata de un proceso juzgado, en el que se agotaron todas las instancias judiciales posibles.

No obstante, no puede dejar de decirse que es imperioso que las autoridades administrativas y judiciales intervinientes se organicen interinstitucionalmente, a modo de otorgar todas las garantías al huelguista en lo que se refiere a su trato, manutención, atención, acompañamiento e información sobre las posibles consecuencias de una huelga de hambre en su salud e integridad física.

La comunicación es vital. Una iniciativa pacífica de negociación permanente entre las partes y prestar atención especial a los reclamos del afectado, constituyen estrategias estatales de compromiso y respeto a la dignidad y libertad de expresión en juego, en momentos como éste.

Nuestro país cuenta con un acervo legal frondoso y vigente, dentro y fuera del territorio, que lograría cubrir todas las lagunas, de producirse la huelga de hambre. Se debe prestar especial atención a los huelguistas imputados por hechos graves o de público conocimiento, investigar sus antecedentes, verificar su relación con la justicia, pero por sobre todas las cosas, identificar claramente su perfil psicológico, a modo de tomar una decisión firme acerca de cómo reaccionar ante tales medidas extremas.

Los antecedentes del huelguista son vitales, puesto que con esa información se podrá arribar a una conclusión justa y eficaz, que logre imponer una postura respetuosa y determinante. Si del análisis de los reclamos se constatan fisuras legales en el proceso de juzgamiento del huelguista, se los atiende como corresponde y se procura reencausar los trámites y levantar la medida. Si el proceso penal analizado arroja como resultado que todo se encuentra conforme a derecho, sin ningún tipo de



vulneración de garantías y derechos vigentes, se debe optar, en todos los casos, por la decisión firme de no ceder ante los reclamos injustificados y evitar que impere la impunidad y la falta de razón en el sistema judicial. Aunque a la par, el Estado debe brindar toda la asistencia necesaria, respetando la libertad de determinación de quien asume la medida extrema, puesto que, finalmente, la vida es un bien y un derecho que pertenece en exclusividad a su titular y el destino que pretenda darle a partir del uso de su salud, integridad física y mental, corresponde exclusivamente a su responsabilidad.



Bibliografía

- Precht, Jorge - Huelga de Hambre, Gendarmería y derecho del Recluso.
- Gimbernat, José Antonio – Consideraciones Éticas en torno a la huelga de hambre de “Los Grapos”
- Atienza, Manuel – La Argumentación en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos Grapo.
- Ossorio, Manuel - “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Editorial Heliasta. 30ª Edición. Buenos Aires-Argentina. 2004.
- Creus, Carlos; “Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I”, Editorial Astrea, 6ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires-Argentina. 1.999.
- Buompadre, Jorge, “Tratado de Derecho Penal - Parte Especial 1”. Editorial Astrea, 3ª Edición actualizada y ampliada. Buenos Aires-Argentina. 2009.
- Donna, Edgardo; “Derecho Penal, Tomo I”, Editores Rubinzal-Culzoni, 2ª Edición. Buenos Aires-Argentina.
- Pettit, Horacio Antonio; “Constitución de la República del Paraguay, Texto Final Concordado y Anotado. Tomo IV”. Editorial Intercontinental. Asunción-Paraguay. Año 2008.
- “Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XIX; tema: “*Muerte*”, por el Dr. Juan Carlos Smith. Editorial Driskill S.A., año 1991, Buenos Aires, Argentina
- Constitución Nacional de la República del Paraguay
- Ley 1160/97. Código Penal y su modificación, Ley 3440/2008
- Ley 210/70 – Que establece el Régimen Penitenciario.



¿PARAGUAYOS O APÁTRIDAS?

UN ENFOQUE DE LA PROBLEMÁTICA LEGAL ACTUAL PARA LA ADQUISICIÓN DE NACIONALIDAD DE LOS HIJOS DE MIGRANTES

Sara Mariel Sosa Villalba^{1*}

1- Introducción

El interés de esta investigación surge a raíz de una problemática que presenta la aplicación del “*Ius Solis*” – “Derecho de suelo”, para la adquisición de la nacionalidad paraguaya según la Constitución Nacional de 1992. Los incisos 2 y 3 del artículo 146 de la C.N., regulan sobre la nacionalidad de los hijos de madre o padre paraguayos nacidos en el extranjero. El inciso 3, a su vez, se halla reglamentado en la Ley 582/95, en cuanto a la solicitud y concesión de la opción de nacionalidad paraguaya natural, que deja en situación de apátrida a los hijos de los connacionales nacidos en el extranjero.

La aplicación del “*Ius Solis*”, en la actualidad presenta serios inconvenientes en la protección de los connacionales en el extranjero, dado que la población paraguaya históricamente es conocida por las constantes migraciones por cuestiones políticas, económicas y sociales. La necesidad de ser parte de un mundo globalizado y la libertad de circulación, hacen que los movimientos migratorios sean cada vez más variados y complejos, con diferentes matices que claman atención y medidas acordes que den solución a las vulneraciones; uno de ellos, es el limbo legal en el que se encuentran los hijos de connacionales nacidos fuera de nuestras fronteras.

Dichos connacionales, en muchas ocasiones son considerados ciudadanos de segunda, al no contar con los derechos elementales y la ausencia de políticas migratorias adecuadas que promuevan la protección y el bienestar de la comunidad paraguaya en el exterior, que resulta uno de los autores principales del crecimiento del

¹ * Abogada, egresada de la Universidad Tecnológica Intercontinental – UTIC (2005). Master en Migración, Refugio y Relaciones Intercomunitarias (Universidad Autónoma de Madrid), Master en Protocolo Diplomático (cursando. Madrid), Posgrado en Relaciones Internacionales (Sociedad de Altos Estudios Internacionales. Madrid) y Derecho Contencioso Administrativo – Especialidad Derecho de Extranjería (Madrid). Ex Oficial del Consulado General de Paraguay en Madrid – España. Asistente de la Dirección de Análisis y Evaluación Curricular – CEMP.



país a través de las remesas económicas y sociales (implementación de experiencias nuevas y positivas adquiridas en el país de acogida que colaboran para innovar conductas, trabajos, diseños, etc).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos y las distintas Convenciones Internacionales, trabajan para reducir y eliminar casos de apatridias² en el mundo, aunque resulta complejo puesto que el derecho internacional siempre ha reconocido la amplia potestad de los Estados a la hora de definir las condiciones para obtener la nacionalidad.

En efecto, el artículo 15 de la “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*”, otorga el derecho a la nacionalidad en forma general, pero no proporciona ninguna indicación sobre la forma de conceder la nacionalidad y la responsabilidad que recae en los Estados. Quizás esto explique por qué el derecho a la nacionalidad apenas ha suscitado atención y se ha desarrollado con lentitud e ineficacia, convirtiéndose en derecho blando con vacío legal, que no obliga ni establece sanciones por su incumplimiento.

2- Definiciones

En la actualidad, muchos no sentimos la necesidad de pensar en nuestra nacionalidad porque la adquirimos en forma automática al nacer. De hecho, los dos principios universales que se emplean con mayor frecuencia para conceder la nacionalidad se aplican en el momento del nacimiento: en terminología legal “*ius soli*” y “*ius sanguinis*”; el “derecho del suelo” y el “derecho de sangre”, respectivamente.

El “*ius soli*”: deriva del latín, “derecho de suelo”. Es un sistema jurídico para determinar la nacionalidad de una persona física, en el cual prevalece su lugar de nacimiento o territorio donde se da a luz al menor, con independencia de la nacionalidad de los padres. Este esquema es el utilizado por la mayoría de los países americanos, salvo excepciones como el caso de los hijos de los diplomáticos extranjeros.

2 La palabra “*apatridia*”, no está registrada en el diccionario de la “*Real Academia Española – RAE*”, <http://lema.rae.es/drae/?val=apatridia>. En la investigación se emplea dicha palabra puesto que, es el término utilizado por la “CONVENCIÓN PARA REDUCIR LOS CASOS DE APATRIDIA”, adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 30 de agosto de 1961, por una Conferencia de Plenipotenciarios que se reunió en 1959 y nuevamente en 1961, en cumplimiento de la resolución 896 (IX) de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1954.



El “*ius sanguinis*”: deriva del latín, “derecho de sangre”. Es uno de los criterios jurídicos que puede adoptar un ordenamiento legal para la concesión de la nacionalidad. Según este sistema, una persona adquiere la nacionalidad de sus ascendientes por el simple hecho de su filiación (biológica o incluso adoptiva), aunque el lugar de nacimiento sea otro territorio nacional, diferente al de la nacionalidad de los padres. Este método es aplicado en la mayoría de los países europeos, asiáticos y africanos.

En algunos Estados aplican un sistema conservador y estricto, donde el derecho a transmitir la nacionalidad es un privilegio reservado solo a los hombres y a pesar de la lucha y avances en la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, algunos países siguen conservando en el texto de su Carta Magna y legislación nacional, la pérdida de nacionalidad de la mujer al contraer matrimonio. Otros, aplican un sistema mixto como el nuestro, puesto que, el Derecho Internacional no expresa preferencia por ninguno de los dos principios a la hora de conceder la nacionalidad.

A partir de la actual Constitución Nacional de 1992 que da inicio a la democracia, se puede decir que rige un sistema mixto en el cual tiene preponderancia, el criterio de la adopción de la nacionalidad para todas las personas nacidas dentro del territorio paraguayo. Pero también se admite el “*ius sanguinis*”, como un derecho en expectativa para los hijos de madre y/o padre paraguayo, nacidos en el exterior, aunque el método solo rige para los hijos de connacionales nacidos en el extranjero cuyos padres se encuentran al servicio de la patria.

El inciso segundo del artículo 146 de la C.N. deja una ambigua interpretación puesto que no especifica si se aplica solo a los diplomáticos o a todo el plantel denominado empleado consular o diplomático³ que no integran el escalafón diplomático⁴. A continuación definimos algunos términos como referencia del caso en cuestión:

Nacionalidad: Es la calidad de un individuo en razón del vínculo o nexo de carácter político y jurídico que lo une a un Estado.

Apátrida originaria: estatus en el que se encuentran los menores al nacer en un país donde no se le concede nacionalidad por el solo hecho de su nacimiento, ni le

3 Ley 1315/99, del Servicio Diplomático y Consular de la República del Paraguay

4 Pereznieto, Leonel. Autor mexicano



es reconocida por la nacionalidad de sus progenitores según la legislación de su país.

Ciudadanía: Condición de ciudadano, sea titular de la plenitud de derechos públicos subjetivos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, otorgados por el sistema jurídico.

Muchas veces la nacionalidad y la ciudadanía se confunden. La ciudadanía es posterior a la nacionalidad, es un derecho para el cual la nacionalidad constituye un supuesto indispensable. Según la legislación del país de la nacionalidad a la que se pertenece, se fijan los requisitos para ser ciudadanos⁵ y no todos son ciudadanos, a pesar de contar con una nacionalidad⁶.

Apátrida⁷: se denomina a la persona que no tiene nacionalidad por que la ha perdido sin haber adquirido otra nueva; ya sea, porque sus padres carecen de nacionalidad o porque el país de nacimiento no le concede por registrarse por el “*ius sanguini*”.

Salvoconducto: Documento expedido por una autoridad para que quien lo lleva pueda transitar sin riesgo por donde aquella es reconocida. Se expide al solo efecto de suplir al pasaporte en caso de robo, extravío u otra situación especial, como es el caso de hijos de connacionales en el extranjero que no cuentan con nacionalidad. Se utiliza solo para un viaje desde el extranjero con destino final al país de origen y es retirado por el funcionario de Migración al ingresar al país.

3- Reseña histórica y ámbito de aplicación

La concesión y adquisición de la nacionalidad es una problemática del ámbito del Derecho Internacional, por involucrar directamente a los Estados. Tras la Segunda Guerra Mundial, el derecho a la nacionalidad surgió en el *Corpus Jurídico Internacional*, como una necesidad. Los países comienzan a expedir y exigir

5 Conforme al artículo 152 de la Constitución Nacional. Son ciudadanos: a. toda persona de nacionalidad paraguaya natural, desde los dieciocho años de edad, y

b. toda persona de nacionalidad paraguaya por naturalización, después de dos años de haberla obtenido.

6 Artículo 153 de la C.N. “de la suspensión del ejercicio de la ciudadanía”. Se suspende el ejercicio de la ciudadanía: 1. por la adopción de otra nacionalidad, salvo reciprocidad internacional; 2. por incapacidad declarada en juicio, que impida obrar libremente y con discernimiento, y 3. cuando la persona se hallara cumpliendo condena judicial, con pena privativa de libertad.

La suspensión de la ciudadanía concluye al cesar legalmente la causa que la determina.

7 El Artículo 1 de la Convención Internacional de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas define el término “apátrida” como: “... toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme su legislación”.



pasaporte para los viajes internacionales a los efectos de registrar las entradas y salidas de extranjeros.

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se establece dentro del texto como uno de los principios fundamentales y específicamente en su artículo 15 que: *“toda persona tiene derecho a una nacionalidad”*, y que *“a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad”*. Otorga el derecho a la nacionalidad de forma general, pero no proporciona ninguna instrucción sobre la forma en que los Estados son responsables y las sanciones por su inobservancia.

El derecho internacional siempre ha reconocido la amplia potestad de los Estados a la hora de definir las condiciones para adquirir la nacionalidad puesto que, cada país es libre de optar por el sistema jurídico que considere más oportuno para conceder la nacionalidad. A pesar de los diferentes conjuntos de normas e instrumentos legales y de reiterados llamamientos para la acción de la Asamblea General de las Naciones Unidas y otros organismos internacionales, los Estados siguen reacios a actuar cuando se trata de esta problemática.

Mientras que 148 países son parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/ o Protocolo de 1967, solo 66 Estados son partes de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 y 38 países de la Convención de 1961, hasta junio de 2011. Ver anexo gráfico (1 y 2), según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados - ACNUR. Por lo tanto, no están obligados a adaptar ni cumplir los principios y recomendaciones establecidas en dichas convenciones.

ACNUR, calcula que existen entre 11 y 15 millones de apátridas en todo el mundo. Además, no solo no se disponen de estadísticas fiables compiladas de forma sistemática, ya que además no existe consenso sobre a quien se debe considerar apátrida.

Dada la complejidad de los casos de apatridia, esta investigación jurídica está enfocada a lo que se denomina *“apatridia originaria”*, por considerar una de las más sensibles de los casos de apatridias, que afecta a menores que no pueden actuar por sí mismos. Estos menores no tienen voz, ni conciencia de la realidad, por lo que son doblemente vulnerables.

La posesión de una determinada nacionalidad es requisito para el ejercicio de derechos básicos del menor, como el acceso a la educación, a la asistencia



sanitaria, la libre circulación y en última, a recibir asistencia y representación a nivel internacional. En definitiva, carecer de nacionalidad implica no existir como persona jurídica dentro de la comunidad internacional actual formada por las Naciones-Estados⁸. Sin embargo, La Declaración de los DDHH, en el texto de su artículo 13, recoge que: “*Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado*” y que “*Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*”, cuando en realidad existen millones de seres humanos en el mundo que tienen restringido el acceso a esos derechos por carecer de una nacionalidad.

Cuando se habla del derecho a la libre circulación, es lamentable que estas proclamaciones sean motivo de constantes violaciones, mientras en las grandes conferencias y reuniones internacionales predomina la frase “*vivimos en un mundo globalizado*”, donde en teoría no existen fronteras humanas para la libre circulación.

Sin embargo, los países desarrollados hacen caso omiso a estos enunciados, salvo que precisen de mano de obra barata para la cobertura de puestos de trabajos rechazados por los nacionales o autóctonos, como lo reconoció en una conferencia de prensa un conocido político español: “*quisimos contratar mano de obra y nos vinieron personas*”. Muchas veces, la libre circulación de mercancías se antepone en las agendas de los jefes de Estados⁹, cuando en realidad la migración internacional es el rostro humano de la globalización y una problemática a afrontar en este siglo XXI.

Exactamente, menos del 3% de la población mundial o alrededor de 190 millones de personas, viven fuera de su país natal, lo que expone y conduce a muchas personas hacia la apatridia¹⁰. Al respecto, la apatridia originaria deja a luz la controversia internacional, cuando el derecho y el interés superior del menor es un motivo de especial atención y protección según las diferentes Convenciones Internacionales.

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en su Principio N° 3, estipula que “*El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una*

8 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Oficina Regional para el Sur de América Latina Buenos Aires, Noviembre de 1998.

9 <http://www.repatriados.gov.py>. 10/06/13. Palabras del Ministro de la Secretaría de Repatriados... “Ayer, nuestros pueblos recibían con solidaridad a los europeos que llegaban a nuestras tierras, Pero hoy, nuestros emigrantes siguen siendo expulsados o perseguidos; vaya paradoja en la era de la modernidad, donde el mundo globalizado da preferencia al intercambio de bienes; para las mercaderías no existen fronteras, pero para los seres humanos sí”...

10 Según estudio sobre Migración realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – (OCDE), con sede en París - Francia.



nacionalidad”. Asimismo, el artículo 16 numeral 3, de la Convención Universal de los Derechos Humanos de 1948, establece: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”, por lo tanto, se debería de invertir mayor atención en buscar estrategias que subsanen esta realidad.

Por su parte, La Convención Internacional sobre Protección de los Derechos Humanos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en su artículo 29 reza “*todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad*”¹¹, esta Convención Internacional no tuvo la aprobación de aquellos países receptores de la migración.

4- Dimensión de la problemática a nivel nacional e internacional

Paraguay, como parte de esta Convención Internacional y por la responsabilidad que ejerce en él la aprobación de la Convención para Reducir los casos de apatridia, debe promover políticas de gobierno en apoyo a los connacionales en el extranjero para remediar el impacto y las consecuencias que genera el inciso 3 del Art. 146 de la C.N. en la vida de aquellos menores.

Para comprender mejor la magnitud y alcance, es importante hablar de números y porcentaje de la población paraguaya que está o puede estar afectada por esta problemática. Según investigación del año 2011, realizada por el “*Ministerio de Relaciones Exteriores – Dirección de atención a las comunidades paraguayas en el extranjero - DACPE*”, Las representaciones Diplomáticas y Consulares de la República de Paraguay en el mundo, registran un total de 828.457 connacionales y estiman un total de 1.020.859 personas. Es decir, alrededor del 20% de la población paraguaya reside fuera del territorio nacional, por lo que se puede deducir que muchos connacionales son susceptibles de tener un hijo apátrida. Principales continentes de destino de los paraguayos y paraguayas¹². (Ver gráfico 3):

11 Ley 3452/2000, que aprueba La Convención Internacional sobre Protección de los Derechos Humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Adoptada por la Resolución 45/158, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 18 de diciembre de 1990.

12 Dirección de Atención a las Comunidades Paraguayas en el Extranjero – DACPE, del Ministerio de Relaciones Exteriores.



Continentes	Datos: Consulados/Embajadas	Estimaciones - DACPE
América	647.705	833.986
Europa	177.204	182.815
Asia	2.974	3468
África	24	40
Oceanía	550	550
TOTAL	828.457	1.020.859

En diciembre del 2011, Paraguay tuvo su primer acercamiento en un evento Intergubernamental a nivel ministerial organizado por las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en el Palacio de las Naciones de Ginebra, Suiza¹³. La Delegación Paraguaya fue invitada, en carácter de observador, en razón de la reciente ratificación parlamentaria de la “Convención para Reducir los Casos de Apatridia”, aprobada en la sesión extraordinaria de la Cámara de Diputados el 6 de diciembre de 2011 y promulgada por el Poder Ejecutivo para su vigencia el 6 de enero de 2012¹⁴.

Con frecuencia, el régimen jurídico del “*Ius Solis*” presenta barreras a los connacionales residentes en el exterior a la hora de realizar los trámites para la nacionalidad de sus hijos menores nacidos en el extranjero, especialmente en gran parte de los países europeos, asiáticos y africanos, que aplican el régimen jurídico estricto del “*Ius Sanguinis*” y no prevén salvedad para casos en que, el país de nacionalidad de los padres no reconozca nacionalidad para dichos menores, conduciéndolos a la situación de apátrida.

Por lo general, se permite la inscripción en el Libro de Actas de Nacimiento de las Personas y la expedición del Certificado o Actas de Nacimiento sin especificar la nacionalidad del menor, haciendo referencia al lugar de nacimiento y al sólo efecto de determinar la filiación.

Esta sensible situación, para muchos es desconocida e indiferente. En realidad, presenta consecuencias graves en la vida del menor; porque no es admitido para la atención médica por carecer de documento de identidad, ni siquiera para

13 <http://www.nanduti.com.py/v1/noticias-mas.php?id=46773&cat=Politica:10/12/2011>. Última revisión: 08/06/13. Los días 7 y 8 de diciembre de 2011, se llevó a cabo un evento intergubernamental a nivel ministerial organizado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en el Palacio de las Naciones de Ginebra, Suiza, con motivo de la Conmemoración del 60 aniversario del Estatuto de los Refugiados de 1951 y el 50 aniversario de la Convención para Reducir los casos de Apatridia de 1961.

14 Ley 4564/12, que aprueba la Convención para Reducir los casos de Apatridia de 1961.



la aplicación de las primeras vacunas obligatorias para el recién nacido. A su vez, impide realizar la solicitud de plaza para guarderías, que en algunos países es concedida a los menores cuyos padres perciben un salario mínimo legal vigente y ambos se encuentran trabajando.

Dichos menores no pueden viajar fuera del país de nacimiento, ni realizar desplazamientos internos, como es el caso de España, los connacionales residentes en las Islas Canarias, Capital, Las Palmas de Gran Canarias, compuesta por siete islas: (El Hierro, La Gomera, La Palma, Tenerife, Fuerteventura, Gran Canaria y Lanzarote)¹⁵ y Las Islas Baleares, cuya capital es Palma de Mallorca, compuestas por cinco islas: (Mallorca, Menorca, Ibiza, Formentera y Cabrera)¹⁶, ambas islas se encuentran en el territorio del Reino de España, donde muchos paraguayos residen actualmente.

Los paraguayos residentes en el exterior, conllevan una constante lucha por paliar las consecuencias del texto de la Constitución Nacional, Capítulo III, de la Nacionalidad y de la Ciudadanía, que en su art. 146, de la Nacionalidad Natural, establece:

“Son de nacionalidad paraguaya natural:

- 1. las personas nacidas en el territorio de la República;*
- 2. los hijos de madre o padre paraguayo quienes, hallándose uno o ambos al servicio de la República, nazcan en el extranjero;*
- 3. los hijos de madre o padre paraguayo nacidos en el extranjero, cuando aquéllos se radiquen en la República en forma permanente, y*
- 4. los infantes de padres ignorados, recogidos en el territorio de la República”*

La formalización del derecho consagrado en el inciso 3 se efectuará por simple declaración del interesado, cuando éste sea mayor de dieciocho años. Si no los hubiese cumplido aún, la declaración de su representante legal tendrá validez hasta dicha edad, quedando sujeta a ratificación por el interesado.

15 <http://www.islas-canarias.es/>. Fecha de revisión: 10/06/13

16 <http://www.islas-baleares.com/>. Fecha de revisión: 10/06/13



El inc. 3º del art. 146 de la C.N. deja apátrida a los hijos de los paraguayos residentes en el extranjero¹⁷ cuyo país de residencia se rige estrictamente por el Derecho de Sangre como ser el caso de Japón, Suiza, China, Italia entre otros. La posibilidad de conceder nacionalidad natural a aquellos menores, se condiciona a la radicación permanente en territorio de la República, impidiendo el acceso a ese derecho en expectativa que da vía a una posible solución puesto que, por lo general, los padres fijan residencia en aquel país de manera estable y resulta difícil dejar todo para regresar a Paraguay a fin de fijar residencia permanente de su hijo menor y, con ello, estar habilitado legalmente a la opción de nacionalidad, cuyo trámite no es inmediato y muchos paraguayos anhelan que sus hijos tengan la nacionalidad paraguaya a pesar de los obstáculos y vacío legal¹⁸.

En la práctica, el requisito de la residencia permanente del menor en el territorio nacional no se cumple. La realidad es que al conseguir esa nacionalidad paraguaya que posibilite a los padres, en representación del menor, a solicitar la expedición de un pasaporte, volverán al país de residencia anterior. Durante este tiempo de estancia provisoria en el país, los padres se exponen a una serie de riesgos, como ser, pérdida de trabajo, de residencia o radicación, de vivienda en caso de vivir en alquiler, el gasto por tres billetes ida y vuelta y, dependiendo del país de residencia, probablemente deberá solicitar un tipo de visado para el ingreso de su hijo menor¹⁹.

Por ello, se ha solicitado a las autoridades respectivas, en diversas ocasiones, la modificación de la Constitución Nacional en materia de adquisición de nacionalidad, así como el derecho al voto. Este último se logró tras una larga lucha por la

17 <http://www.abc.com.py/edicion-impres/politica/ninos-nacidos-en-el-exterior-son-apatridas-por-inciso-constitucional-474701.html>. Fecha de revisión: 6/06/13. Artículo de Abc, 07/11/12 color. “...*Niños nacidos en el exterior son apátridas, por inciso constitucional*: Cientos de hijos de paraguayos nacidos en el exterior seguirán apátridas hasta tanto no se modifique la Constitución para que adquieran la nacionalidad, señaló ayer el director interino de Asuntos Consulares de la Cancillería, Carlos Closs. El director interino de Asuntos Consulares de la Cancillería Nacional, primer secretario Carlos Closs, señaló que los connacionales deben sensibilizar a los parlamentarios para reformar la Carta Magna, que no admite la doble nacionalidad. El diplomático dijo que el problema que afecta a los hijos de paraguayos nacidos en el exterior es sumamente delicado porque se sienten ciudadanos de tercera categoría al no tener un documento para un recién nacido. “Se sienten desprotegidos, enfatizó...”

18 “*Bendito artículo constitucional y la sangre paraguaya*”, artículo de abc digital del 02 de noviembre de 2009 “...Me refiero al Artículo 146 de la C.N., que legisla sobre la Nacionalidad Natural; que permitió la nacionalización paraguaya de hijos de paraguayos nacidos en la República Argentina, y poder así vestir y defender la casaca albirroja de nuestra querida selección....Mi contento y alegría va más allá; pues el perfeccionamiento o consumación del artículo que nos ocupa, clara y fehacientemente revela y demuestra, que la paraguayidad trasciende nuestras fronteras, que la comunidad paraguaya es enorme en la Argentina, pese que muchas veces es olímpicamente ignorada en el contexto de la gran comunidad inmigrante en dicho país hermano, fundado por nuestros ancestros...”

19 <http://www.mre.gov.py/v1/Contenidos/48-visas.aspx>. Fecha de revisión: 01/06/13



reivindicación de este derecho como paraguayos en igualdad de condiciones con los residentes en el territorio de la República. Fuertes fueron las críticas por no aprovechar la ocasión del referéndum del 2011 para realizar ambas modificaciones y brindar a los paraguayos mayor protección ante las vulneraciones a las que se enfrentan a nivel internacional²⁰.

¿Cómo se adquiere la nacionalidad en los principales países de destino de la migración paraguaya?

Para algunos, la relación causa efecto entre nacimiento y nacionalidad es un vínculo natural, ¿pero es realmente así?, ¿sucede de esa manera en todos los países? De hecho no, como se puede observar en la presente investigación, existen diferencias en el modo en que los países conceden o no la nacionalidad a las personas nacidas en su territorio cuando son de padres extranjeros. El “*ius soli*” es el régimen más aplicado por los países de la América Latina, mientras que en los países europeos, africanos y asiáticos es aplicado con mayor frecuencia el “*ius sanguinis*”.

Otros países tienen una mezcla de “*ius solis*” y “*ius sanguinis*” de modo a evitar la apatridia de los menores nacidos en su territorio. En la actualidad este principio es adoptado por varios países. Esto significa que la nacionalidad no es automática al nacer para los hijos de extranjeros. Otro caso a tener en cuenta es que en los grandes países receptores de la migración no solo entra en cuestión la nacionalidad del paraguayo o del lugar de nacimiento, sino que la nacionalidad del cónyuge o pareja es la que determinará la nacionalidad del menor. Es decir, una mujer paraguaya (para quien rige el *ius solis*) con pareja de nacionalidad dominicana (para quien rige el *ius sanguinis*) cuyo hijo nace en el territorio español, tendrá derecho a la nacionalidad dominicana y no española.

20 <http://blogs.ultimahora.com/post/5245/51/index.html>. Paraguayos en el Limbo legal. Sin vuelta de hoja. Artículo publicado por Benjamín Fernández Bogado el 13/12/2011. Fecha de revisión: 02/06/13: “....Es el tiempo que un legislador patriota presente un proyecto de enmienda constitucional que repare este gravoso error que perjudica extraordinariamente a miles. La condición de apátridas con la que deben cargar estas personas es una pesada lápida que se suma a la ya de por sí dolorosa condición de inmigrante. Ahora que las condiciones económicas van a estar mejores en América Latina deberíamos prever el retorno de los compatriotas que ayudaron con sus remesas a una economía limitada de comienzos de siglo y demostrarles que nos importan no solo concediéndoles el derecho a votar; sino algo más trascendente en muchos casos: el derecho a tener una identidad que constituye un derecho humano fundamental que no hemos cumplido como debemos. El Estado paraguayo debe trazar una política que repare el error, modifique la Constitución reconociendo el derecho de sangre de los nacionales nacidos en el exterior...”.



A continuación se analiza la forma en que conceden nacionalidad los principales países ligados a la migración paraguaya:

Brasil: se rige por el “*ius solis*”. Según su legislación, son brasileños de origen: los nacidos en Brasil, aunque de padres extranjeros, no residiendo éstos al servicio de su país y los hijos de brasileño o brasileña, nacidos en el extranjero, si sus padres estuvieren al servicio de Brasil, o, no siempre que, se encuentren registrados en la oficina brasileña competente, o vinieren a residir al país. En este caso, alcanzada la mayoría de edad, deberán optar para conservar la nacionalidad brasileña en cualquier momento.²¹

Estados Unidos: se rige por el derecho del suelo. La Enmienda Constitucional 14 fue adoptada en 1868, tras la Guerra Civil, para permitir que los esclavos se hicieran ciudadanos, a través de la “Equal protection is outlined in the 14th Amendmen to the US Constitución” (traducido al Español “la Enmienda 14 de la Constitución de Estados Unidos”). Todas las personas nacidas o naturalizadas en Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de Estados Unidos y del Estado en que residen’. Es parte de las llamadas “enmiendas de la reconstrucción”, con el fin de acelerar la reconciliación nacional. Sectores políticos de EEUU, han presentado numerosas propuestas de reforma para evitar la nacionalidad automática, especialmente, la de los hijos de los extranjeros sin residencia legal. Para otros, el retardo de esta modificación está ligado directamente al voto de la migración y los inmigrantes se han manifestado fuertemente por el rechazo de la modificación²².

Cuba: se rige por el “*ius solis*”. Son cubanos todos los nacidos en el territorio de la República, con excepción de los hijos de los extranjeros que se encuentran al servicio de su gobierno y los nacidos en territorio extranjero, de padre o madre cubano, por el solo hecho de avecindarse aquéllos en Cuba. No adquieren la nacionalidad cubana automáticamente al nacer. Existe un derecho en expectativa condicionada a una solicitud posterior en el territorio nacional.²³

21 Constitución Nacional de la República Federativa del Brasil 1998, art. 12.

22 <http://www.compartiendomiopinion.com/2010/08/ius-sanguinis-versus-ius-solis-la-nueva.html>. Fecha de revisión: 10/06/13. Título: IUS SANGUINIS versus IUS SOLI: La nueva batalla de los inmigrantes. Publicado: 18/08/10. “...Para algunos detractores de la inmigración, el otorgar la ciudadanía automática a los hijos de indocumentados equivale a una especie de premio que debe ser anulado. ‘No más bebés anclas’. ‘No más turismo maternal’. ‘No más nacionalidad estadounidense automática para los nacidos en EEUU’. Son las últimas consignas en tono peyorativo que han salido al debate sobre la reforma migratoria”.

23 Constitución Nacional de la República de Cuba 2002, artículo 28 y 29



Canadá: la nacionalidad canadiense se adquiere por nacimiento y por filiación. Bill C-37 entró en vigor el 17 de abril de 2009, que cambió las reglas para obtener la ciudadanía canadiense. Las personas nacidas fuera de Canadá pueden convertirse en ciudadanos canadienses por descendencia si uno de sus padres es ciudadano de Canadá, ya sea por haber nacido en Canadá o por naturalización. La nueva ley de ciudadanía por descendencia limita la generación que nació fuera de Canadá. Se limita la transmisión a la primera descendencia. Los extranjeros que son adoptados por ciudadanos canadienses pueden ahora adquirir la ciudadanía canadiense inmediatamente después de la finalización de la adopción, sin entrar a Canadá como residente permanente, como en el régimen anterior.

Argentina: rige por el “*ius soli*”. Conforme a los términos de la Ley de Nacionalidad n° 346 y sus Decretos Reglamentarios n° 3213/84, 231/95 y 1601/04, la nacionalidad argentina se adquiere por nacimiento en territorio argentino, por naturalización y por opción. Son argentinos de nacimiento: todos los nacidos en el territorio de la República argentina, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres, con excepción de los hijos de Ministros Extranjeros y miembros de Legaciones Diplomáticas residentes en la República.

Francia: La nacionalidad francesa se atribuye por filiación (*ius sanguinis*), por nacimiento en Francia (derecho de suelo) y por adquisición (por motivos de derecho). Si al menos uno de los padres es francés, el niño lo será también. Para los que nacen en Francia en el caso de que ambos padres sean extranjeros, la nacionalidad se adquiere de forma automática a los 18 años con la condición de que en ese momento la persona resida y se haya educado, en el territorio desde los 8 años o la residencia del menor se haya fijado desde los 11 años y por un periodo mínimo de 5 años. Para evitar que las personas queden apátridas, son franceses por el sólo hecho de nacer en suelo francés los niños de padres desconocidos y los menores cuyos padres no tienen nacionalidad²⁴.

España: en principio se rige por el “*ius sanguinis*”. Serán españoles los hijos de españoles sin importar su lugar de nacimiento o, que al menos, uno de ellos tenga nacionalidad española. El Partido Popular – PP y el Ministerio de Justicia, al frente el Ministro Luis Gallardón, prepara una reforma en materia de nacionalidad que restringe, entre otros, la adquisición de nacionalidad de origen. Por otro lado, según el inciso c) del artículo 17 del Código Civil español, son españoles de origen... “los

24 <http://immigrationeu.com/es/%D1%81iudadania/ciudadania-de-francia/>. Fecha de revisión: 10/06/13



*nacidos en España de padres extranjeros, así ambos carecieran de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad*²⁵. En estos supuestos, el menor, previa solicitud de los padres, podrá adquirir la nacionalidad española con valor de simple presunción. Dicho trámite tarda alrededor de seis meses dependiendo del Registro Civil de las Personas de la zona de residencia. Mientras dure el proceso, no se considera español al menor, ni podrá acceder a ningún documento de viaje, en su caso. Una vez concedida, deberá ratificar al cumplir la mayoría de edad, es decir, a los diez y ocho años.

Taiwán: se rige por el “*ius sanguinis*”. La nacionalidad se transmite por la vía paterna.

Bolivia. Son bolivianos y bolivianas de nacimiento, las personas nacidas en el territorio boliviano, con excepción de las hijas y los hijos de personal extranjero en misión diplomática; y las personas nacidas en el extranjero, de madre boliviana o de padre boliviano²⁶.

Chile: son chilenos (de nacimiento): 1º los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentran en Chile en servicio de su Gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena. 2º los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en el territorio extranjero...²⁷

Japón: se rige por el “*ius sanguinis*” con matices excepcionales. Es japonés el nacido en el país, solamente si uno de los padres o ambos son japoneses²⁸.

25 Artículo 17 del Código Civil español, en su Título primero, de los españoles y extranjeros establece: “1. Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles. b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos, hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España. c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieran de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español. 2. La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación”.

26 Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Aprobada en el Referéndum del 25 de enero de 2009 y Promulgada el 07 de febrero de 2009 (Art. 141).

27 - Constitución Política de la República de Chile. Artículo 10.

28 Ley de nacionalidad japonesa. Juan Alberto Matsumoto. 1998.



Suiza: se rige por el “*ius sanguinis*”, lo que implica que la nacionalidad se transmite por la vía paterna y materna. Son suizos: 1) al nacer: a) los hijos de los matrimonios en los que al menos uno es suizo, b) el hijo de una ciudadana suiza que no está casada con el padre de ese niño, 2) menores de Relaciones Exteriores cuyo padre es suizo pero no está casado con la madre del niño adquiere la nacionalidad suiza por el informe de la filiación con el padre, como si se hubiera adquirido en el nacimiento, 3) Si un niño menor de edad que adquirió la nacionalidad suiza bajo supuesto 2 sí tiene hijos, ellos también adquieren la nacionalidad suiza. Niño sin estado. Un niño apátrida menor puede presentar una solicitud de naturalización si ha vivido un total de cinco años en Suiza, incluido el año anterior a la presentación de la solicitud. Los hijos adoptivos de ciudadanos suizos adquieren automáticamente la nacionalidad suiza²⁹.

Bélgica: Nacionalidad belga se basa en una mezcla de los principios del “*ius sanguinis*” y el “*ius solis*”. En otras palabras, tanto el lugar de nacimiento y ascendencia belga son pertinentes para determinar si una persona es un ciudadano belga. Está regulado por el Código de la Nacionalidad Belga. En algunas circunstancias se concede la ciudadanía a los hijos nacidos en Bélgica de padres extranjeros. Este no es el caso en el que los padres son visitantes temporales o de corto plazo. Una persona nacida en Bélgica es un ciudadano belga, cuando no posee ninguna otra nacionalidad en el momento del nacimiento³⁰.

Italia: se rige por el “*ius sanguinis*”. Forma parte de la Convención para el estatuto de los apátridas, con reservas en algunos principios para la aplicación de la nacionalidad. Es ciudadano italiano el hijo de padres italianos, dado que la mujer italiana transmite la nacionalidad a los hijos nacidos a partir del 01.01.1948. Quien haya nacido con anterioridad a esta fecha, podrá tomar la ciudadanía solo por vía paterna, mientras que quien haya nacido con posterioridad, la podrá recibir indistintamente del padre o de la madre. La transmisión de la ciudadanía “*ius sanguinis*” no prevé límites de generación, pero no permite saltos generacionales.

Alemania: se rige por el “*ius sanguinis*”. Es uno de los casos más particulares en su aplicación. Hasta el 2000, sólo los hijos de alemanes obtenían la nacionalidad alemana. A partir de ese año, se introduce una modificación que permite a los hijos de extranjeros nacidos en territorio alemán, adquirir nacionalidad alemana siempre

29 <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19520208/index.html>. Ley de nacionalidad de la confederación suiza. Fecha de revisión: 03/06/13.

30 <http://www.diplomatie.be/madrid/default.asp?ACT=5&content=55&id=28&mnu=28>. Fecha de revisión: 10/06/13



que, al menos, uno de sus padres resida de manera legal en aquel país durante ocho años o disponga de un permiso de residencia permanente desde hace tres años. El hijo de extranjero no adquiere nacionalidad alemana automáticamente por nacer en ese territorio. Está condicionado al cumplimiento de requisitos legales.

¿A qué institución se puede recurrir en caso de encontrarse apátrida?

La ACNUR, es la institución responsable por mandato General de la Asamblea General de la ONU, para actuar como guardián de los apátridas en el mundo. El personal del ACNUR trabaja en unos 120 países alrededor del mundo, está presente en los cinco continentes, realizando sus operaciones en distintas localidades, desde principales capitales a lugares remotos y difíciles de acceder, para brindar ayuda directamente a las víctimas más vulnerables³¹.

La Oficina Regional de ACNUR para el Sur de América Latina se estableció en Argentina en 1965 y la misma cubre también a Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. CONTACTO: Oficina Regional para el Sur de América Latina. Teléfono: (5411) 4815 7870/3172 Fax: (5411) 4815 4352 - Cerrito 836, piso 10 - C1010AAR, Buenos Aires, Argentina - argbu@unhcr.org³².

Barreras y oportunidades que presenta la aplicación del artículo 146 inc. 3° de la Constitución Nacional, para los hijos de connacionales nacidos en el extranjero.

En estos casos, la barrera principal se presenta cuando el país de nacimiento se rige estrictamente por el “*ius sanguinis*” y no reconoce nacionalidad a hijos de extranjeros nacidos dentro de ese territorio, a pesar de que en los países de los padres, no concedan nacionalidad a los hijos nacidos en el extranjero, salvo que uno de los padres sea nacional de ese país, como es el caso de Japón, Italia, Suiza, y otros, que exigen a los padres una residencia legal por un tiempo determinado.

Esta situación imposibilita la adquisición de una nacionalidad para el menor, privándole de todos los derechos básicos, tales como: la identidad, la salud, la educación, la circulación etc. Esta problemática no tendrá solución en ese país de residencia, por lo que se tendrá que recurrir a otras medidas urgentes que implican cambios en la vida, como ser el traslado hasta Paraguay para los trámites de la opción

31 <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/apatridas/>. Última revisión 10/06/13.

32 Podrá adquirir información y atención en caso necesario en la División de Protección Internacional del ACNUR en Ginebra y en los sitios Web de la agencia: <http://www.acnur.org/t3/donde-trabaja/articulo> www.acnur.org www.unhcr.org. Fecha de revisión: 10/06/13.



de nacionalidad paraguaya natural o al país de la nacionalidad del otro progenitor, la burocracia en los trámites, los gastos de traslado y estadía, complicaciones para obtener permiso en el lugar de trabajo, etc. Además, se debe considerar el trauma psicosocial que esto representa en la vida del menor.

En otros países, las consecuencias son más leves, cuando el país de nacimiento recoge en su normativa un sistema mixto a fin de prevenir la apátrida. En estos casos, el menor adquiere la nacionalidad del lugar de nacimiento como excepción a la regla, como protección al menor en cumplimiento de los DDHH y la Convención de 1954 y 1961.

Esto significa para algunos una oportunidad de integración en el sistema de ese país y, ante esta posibilidad el paraguayo residente en el extranjero aspira a que su hijo menor obtenga la nacionalidad del país de nacimiento, para acceder a mayores beneficios, a la educación y a las facilidades de circulación que ofrece contar con un pasaporte de un determinado país a diferencia del nuestro.

También desea registrar a su hijo como paraguayo para tener la nacionalidad paraguaya. En el caso concreto de los hijos de paraguayos nacidos en el territorio español, se puede considerar como un beneficio el texto del inciso tercero del artículo 146 de la C.N. cuando aquellos se encuentran en situación administrativa irregular puesto que, para prevenir la apátrida del menor el Código Civil español³³, establece una salvedad en aquellos casos y abre la posibilidad de la solicitud de la nacionalidad española natural con valor de simple presunción³⁴.

Además, la política migratoria actual regula, a través del Real Decreto 557/2011 del 20 de abril, que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social,

33 Código Civil español, artículo 17

34 Pueden solicitar nacionalidad por valor de simple presunción los niños nacidos en España cuyos padres sean de las siguientes nacionalidades: Argentina, Brasil, Cabo Verde, Colombia, Costa Rica, Cuba, Guinea Bissau, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Santo Tomé y Príncipe y Uruguay, cuando ambos padres son de estos países, ya sean los dos del mismo país o combinados entre sí. Además, los casos especiales como los de: Ecuador, tienen valor los nacidos antes del 20 de octubre de 2008; Bolivia los nacidos antes de la vigencia de la reforma constitucional; Marruecos: solo tienen valor en el caso de madre Marroquí y padre de los países anteriores; y, Palestina: en el caso de los palestinos, se debe consultar, pues su ley varía mucho en función de si son matrimonios mixtos y la ley del país del cónyuge que no es palestino, del país que les acoge y del estatus que tiene, etc.



tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009³⁵, que en interés superior del menor y por el derecho a la familia, brinda la posibilidad de regularizar a los padres con hijo de nacionalidad española que tenga a su cuidado y protección.

Una vez adquirida la nacionalidad española, previa solicitud, se concede a los padres una residencia temporal de un año, sin necesidad de presentar contrato de trabajo. Muchos encuentran en esta figura una oportunidad para regularizar su residencia, liberándose de las constantes redadas policiales y las sanciones por la estancia irregular (multas, ingreso en centros de internamientos y expulsiones).

Tener nacionalidad estadounidense, canadiense o de los países europeos, significa mayor libertad de circulación por los convenios de supresión de visas y las oportunidades que ofrecen por ser considerados países desarrollados.

¿Cómo puede salir del país de nacimiento un menor sin nacionalidad?

Para trasladar del país de nacimiento a un menor que carece de nacionalidad, en casos excepcionales, se le expedirá un salvoconducto, previa inscripción en el Libro de Actas de Nacimientos de las Personas que obra en el Consulado General o Sección Consular de la Embajada de la circunscripción, como hijo de paraguaya y/o paraguay, y al sólo efecto de viajar con destino final a Paraguay, con el compromiso de que, una vez en territorio nacional, los padres realicen los trámites pertinentes para la opción de nacionalidad paraguaya natural, que permita conceder una nacionalidad al menor y dotarle de un documento de identidad. Es posible expedir este documento de viaje cuando ambos padres comparecen ante la Representación Consular, con sus respectivos documentos de identidad y la presencia del menor (más el certificado de nacimiento, Libro de Familia y el billete electrónico) para estampar sus huellas dactilares y fotografía.

El salvoconducto, debe ser firmado por ambos padres, por el acompañante de viaje, en su caso, y por la autoridad consular, el mismo es retenido por las autoridades pertinentes de la Dirección de Migraciones de Paraguay cuando arriban al país. Hasta ahora, es sencillo, al igual que cuando el menor proviene de una familia

³⁵ Artículo 124 **Autorización de Residencia Temporal por Razones de Arraigo**, establece: Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social o familiar cuando se cumplan los siguientes requisitos: **3.** Por arraigo familiar: **a)** Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo. **b)** Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.



monoparental, pero, en realidad, lo complicado del caso es cuando los progenitores son de diferentes nacionalidades y no se puede autorizar el traslado del menor; cuando el padre o la madre se encuentran con paradero desconocido; cuando se encuentran cumpliendo prisión en un centro penitenciario o cuando el menor está bajo la tutela/guarda judicial o administrativa de las autoridades del país.

Como ejemplo, resulta oportuno traer a colación para compartir un caso real que se suscitó en el Área Social y Jurídica del Consulado General de Paraguay en Madrid, que se considera puede ser de suma utilidad para comprender la realidad a la que están expuestos nuestros connacionales en el exterior³⁶.

María, de nacionalidad paraguaya, tuvo dos hijos con Walter, de nacionalidad ecuatoriana. El primer hijo Carlos, de 1 año, es registrado en el Registro Civil Único de Madrid por ambos progenitores, para su posterior inscripción por el padre en el Consulado General de Ecuador en Madrid, para la solicitud de nacionalidad ecuatoriana y expedición de las documentaciones pertinentes. María y Walter, tienen una relación conflictiva, en la que María sufre constantes malos tratos físicos y psicológicos, sin denuncia formal. La última vez, María vuelve a sufrir los actos violentos, aunque esta vez, la dejan inconsciente y ensangrentada en presencia de su hijo menor. Los vecinos alertan a la policía, quien halla en flagrancia a Walter, por lo que actualmente cumple con una condena de 5 años de privación de libertad. María queda embarazada producto de la coacción sexual de Walter. María se encuentra sin posibilidades de documentar a Carlos por impedimento del padre, quien no accede a registrar al menor como hijo suyo y solicitar su nacionalidad en su Consulado. Da a luz a una niña, a quien reconoce solo con sus apellidos como mamá soltera. Ante las dificultades económicas y su estado vulnerabilidad social, solicita Repatriación para retornar a Paraguay. Además, solicita la nacionalidad paraguaya de sus hijos menores, para ampararse bajo la protección del Estado paraguayo. Analizado el caso, se concede prioridad al caso de María, pero no puede viajar su hijo Carlos por carecer de pasaporte y autorización del padre, pues poseen el ejercicio de la Patria Potestad compartida, por lo que el Consulado General de Madrid, no puede expedir un salvoconducto para el viaje del menor. Por su parte, el Consulado de Ecuador tampoco puede concederle nacionalidad ecuatoriana, ni expedir pasaporte al menor, sin el consentimiento y solicitud del padre, como ciudadano ecuatoriano. Carlos esta apátrida por voluntad del padre

³⁶ Los nombres utilizados no pertenecen a los datos reales de los protagonistas de este caso.



y no por apatridia originaria, por lo tanto el gobierno español no puede conceder Nacionalidad Española con valor de simple presunción al menor.

Además, siempre que aparezca en el Certificado Literal de Nacimiento del menor los datos de ambos progenitores, los progenitores no pueden actuar por voluntad unilateral, salvo caso de suspensión o pérdida de la tutela o patria potestad del otro progenitor.

En este caso concreto, desde la representación Consular de Paraguay, se asesoró y acompañó a María para solicitar la tutela en solitario de su hijo menor, cuya resolución judicial favorable, posibilitará a la madre actuar en solitario en la custodia de su hijo menor. Aunque no podrá tener nacionalidad paraguaya mientras resida en España.

Ante estas circunstancias, María desesperada por su situación, decidió que su hija menor de tres meses viaje a Paraguay, en compañía de una tía materna, con autorización de viaje y un Poder Especial para otorgar tutela a favor de la abuela materna con residencia en el Departamento de Concepción. Así, esta última podría gestionar la opción de nacionalidad paraguaya natural para la menor. María se vio obligada permanecer en Madrid para gestionar la Custodia en Solitario de su hijo Carlos, para finalmente retornar a Paraguay, reunirse con su hija pequeña y solicitar la nacionalidad paraguaya para Carlos.

En casos como éste, donde media conflicto internacional, los connacionales se sienten impotentes y desprotegidos pues, no pueden ampararse totalmente bajo la bandera paraguaya puesto que, a los efectos legales, ese menor no es paraguayo. Existe un derecho en expectativa que se condiciona a la residencia en Paraguay y cuando existen impedimentos de traslados, el menor queda en un limbo legal, un coadyuvante más para agregar a su historial de trauma infantil.

Trámites y requisitos para la obtención de la nacionalidad paraguaya natural.

Para obtener la nacionalidad paraguaya natural de un menor, la solicitud será presentada por los progenitores o su representante legal, ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la jurisdicción de su domicilio, acompañado de un escrito y los siguientes documentos, debidamente legalizado y, en su caso, traducido³⁷:

³⁷ Ley 582/95, Que reglamenta el artículo 146, inciso 3) de la Constitución Nacional y modifica el artículo 18 de la ley N° 1266 del 4 de noviembre de 1987.



- Certificado de nacimiento del menor
- Certificado de nacimiento del padre y/o madre
- Declaración jurada de residencia permanente en el país

En la práctica, dicho trámite dura alrededor de seis meses dependiendo de cada Juzgado. La resolución que otorga la nacionalidad paraguaya se presenta en el Registro Civil de las personas para su registro y para la expedición de un Certificado de Nacimiento, en el que se indica que es de nacionalidad paraguaya natural por vía de resolución judicial (en el acta se individualiza concretamente la decisión jurisdiccional, por ej. SD N....). Este Certificado de Nacimiento se presenta en el Departamento de Identificaciones de la Policía Nacional para la solicitud y expedición de la Cédula de Identidad paraguaya³⁸

Esta gestión puede realizarse en forma gratuita bajo el patrocinio de la *“Asesoría Jurídica de la Secretaría de Desarrollo para Repatriados y Refugiados Connacionales de la Presidencia de la República”*, para las personas que hayan solicitado el correspondiente Certificado de Repatriación³⁹.

La burocracia administrativa para estos trámites y sus costos, como ser la legalización y traducción de los documentos, el poder del progenitor y, otras circunstancias, como la ausencia de los padres o la de alguno de ellos, hacen que muchos opten, en la práctica, por inscribir a sus hijos o nietos como nacidos dentro del territorio nacional, avalado por el testimonio y presencia de dos testigos.

5- Conclusión

La presente investigación aborda de cerca el verdadero sentido y espíritu del inciso 3º del artículo 146 de la Constitución Nacional vigente. Asimismo, abarca la dimensión y alcance de la Opción de Nacionalidad Paraguaya Natural, como derecho en expectativa reservado a los hijos de los connacionales nacidos en el extranjero, cuya formulación normativa es motivo de constante dificultad a la hora de ejercer uno de los derechos básicos que es la nacionalidad.

La Constitución Nacional de 1992, que sustituye a la Constitución Nacional de 1967, ha dado inicio a un extendido proceso de transición democrática. En ese momento, significó la mejora de las condiciones de los hijos de connacionales nacidos

³⁸ http://www.policianacional.gov.py/tramites_cedulas.html. Fecha de revisión: 10/06/13.

³⁹ <http://www.repatriados.gov.py>. Fecha de revisión: 20/06/13.



en el extranjero, porque la situación política del país en esa época era diferente. Hoy, las perspectivas y reglas del siglo XXI han cambiado, son diferentes. La realidad actual nos incita a formar parte de un mundo globalizado y la cada vez más creciente y necesaria circulación por la esfera terrestre, hace surgir un nuevo desafío sobre la verdadera globalización, en este caso el de la circulación de las personas.

Estos constantes cambios exigen reformas adecuadas por parte de los Estados en favor de sus ciudadanos dentro y fuera de las fronteras, entre los que se incluye al Estado paraguayo. Y cuando hablamos de los paraguayos, resulta impensable no referirse a sus hijos, más aún cuando alrededor del 20% de connacionales reside fuera del país, y toda esa población es susceptible de tener un hijo apátrida. Esta situación se ve agravada, además, pues esos menores, aparte de apátridas, son considerados en el país de nacimiento como ciudadanos de segunda categoría y de igual manera lo son en el país de sus progenitores.

El sistema expone a estos niños a vivir sin identidad, restringiéndoles el derecho a “tener derecho” y a existir como personas susceptibles de derechos y obligaciones dentro de la sociedad.

Es importante que los gobernantes se sensibilicen con esta causa, promuevan reformas y políticas acordes a la realidad y necesidad de los paraguayos en el extranjero, como ampliar la cobertura de protección internacional, sin discriminar a sus descendientes.

Cabe mencionar que estos connacionales también contribuyen con las remesas para el buen momento económico del que goza el país, pues con sus aportes se posicionan en el tercer lugar del PIB (Producto Interno Bruto) nacional y además son los embajadores simbólicos del país que difunden la cultura paraguaya en el mundo.

Somos un país de aproximadamente 6.500.000 habitantes. Este dato resulta no menos importante cuando hablamos de otorgar la nacionalidad paraguaya a los menores, hijos de padres paraguayos nacidos en el extranjero, lo que estratégicamente significaría seguir aumentando el número de la población. Por otro lado, y lo más importante, promover la reforma del art. 146 de nacionalidad natural en el inciso n° 3, que permita otorgar la nacionalidad paraguaya a los menores en esa situación, implicaría asumir como nación la defensa y protección de los connacionales en el extranjero, además de posicionarnos a la altura de las exigencias de las obligaciones



a nivel internacional. Por último, la concesión de la nacionalidad paraguaya a dichos menores, redundará positivamente en beneficio del país aumentando el número de su población.

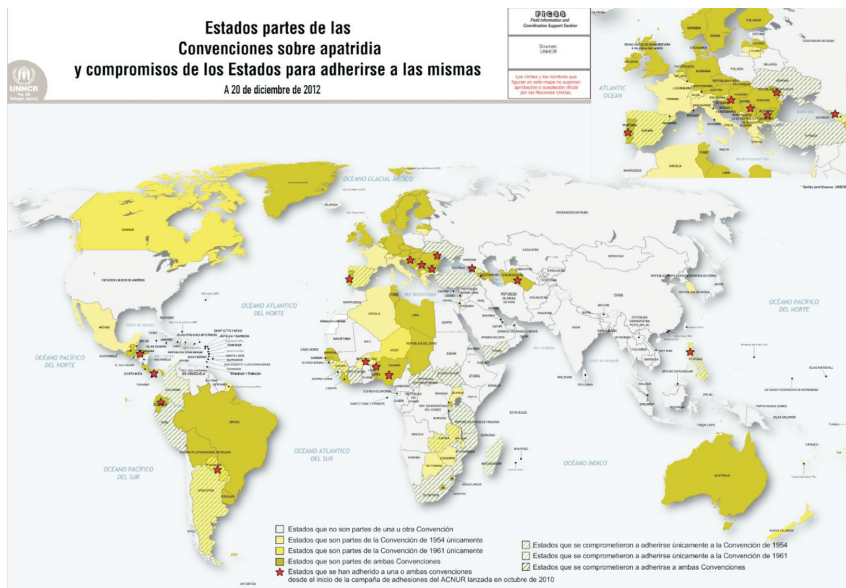
En este contexto, la problemática reseñada a lo largo de esta investigación permite concluir que el país precisa de una ley de nacionalidad que regule y reglamente esta problemática jurídica, a la vez impulsar convenios bilaterales de doble nacionalidad con diversos países y establecer estrategias para el control de la adquisición de otras nacionalidades para con aquellos con los que no se tenga un convenios.

Asimismo, es necesaria una ley que reglamente la pérdida de la nacionalidad y la ciudadanía como se estipula en la Carta Magna y subsanar el limbo legal en el que se encuentra actualmente lo referente a la pérdida de nacionalidad y ciudadanía.

Anexos :

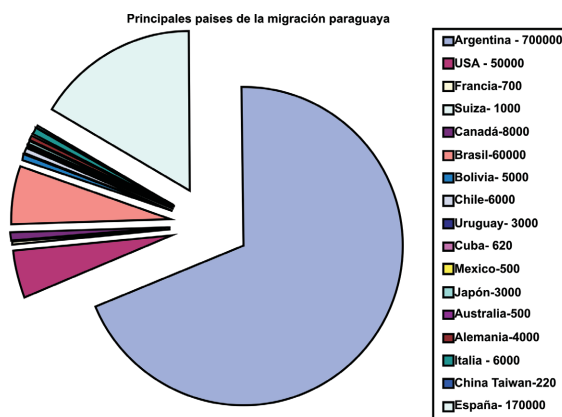
G-1





G2. Fuente. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

G3. Fuente. Dirección de Atención a las Comunidades Paraguayas en el Extranjero – DACPE. Del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay (2011).





Bibliografía

- Lepoutre Stephanie y Riva Ariel. La nacionalidad y la apatridia. ACNUR - Oficina Regional para el Sur de América Latina Buenos Aires, Noviembre de 1998.
- Constitución de la Republica del Paraguay de 1992.
- Ley 582/95, que reglamenta el inciso tercero del artículo 146 de la Constitución Nacional, referente a la Opción de Nacionalidad Paraguaya Natural.
- Convención de 1954, sobre el Estatuto de los Apátridas.
- Ley 4564/12, que aprueba la Convención para Reducir los casos de Apatridia de 1961.
- Ley 3452/2000, que aprueba La Convención Internacional sobre Protección de los Derechos Humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Adoptada por la Resolución 45/158 de la Asamblea General de las naciones Unidas, en Nueva York el 18 de diciembre de 1990.
- Vetancourt, Francisco: Nacionalidad, Naturalización y Ciudadanía en Hispano América. Emp. El Cojo, Caracas, 1957.
- Embajador Fleitas Rodríguez, Carlos José. Artículo: Los Apátridas, 2011
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – (OCDE), con sede en París – Francia.
- Declaración Universal de Los Derechos Humanos de 1948.
- Declaración de los Derechos del Niño de 1959, aprobado por unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959.
- Código Civil Español
- Constitución de la República de Chile
- Bill C-37 entró en vigor el 17 de abril de 2009. Ley de ciudadanía canadiense
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Aprobada en el Referéndum de 25 de enero de 2009 y Promulgada el 07 de febrero de 2009
- Constitución Nacional de la República Argentina
- Constitución de la República Federativa del Brasil
- Ley de Nacionalidad China. Tercera Sesión de la 5ª Asamblea Popular Nacional China que entra en vigor a partir del 10 de septiembre de 1980
http://www.policianacional.gov.py/tramites_cedulas.html
www.repatriados.gov.py
<http://www.embajadasudafrica.org.ar/espa/consular/civic/citizenship.php>
www.acnur.org. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Oficina Regional para el Sur de América Latina Buenos Aires, Noviembre de 1998.



www.unhcr.org. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

www.mre.gov.py. Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay





LA LEY DE LENGUAS N° 4251/11 Y EL USO DEL GUARANÍ - PARAGUAYO EN EL ÁMBITO MISIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

Por Nancy Ovelar * ¹

Cuidemos con amor la lengua madre,
El guaraní rudimentario y dulce,
Formado de susurros de la selva,
De cantos de aves, de rumor de fuente.
Lenguaje pintoresco y primitivo,
Contemporáneo de remotas épocas,
En él el lazo primordial del hombre
Con las oscuras fuentes de la tierra,

Fragmento, poema Canto Secular de Eloy Fariña Núñez

1- Introducción

El objetivo del presente trabajo, es conocer las prácticas comunes en cuanto al uso del idioma guaraní en los procesos penales que gestionan los agentes fiscales del Ministerio Público y a partir del mismo, analizar la necesidad de incorporar la enseñanza del guaraní como parte del programa permanente de capacitación en servicio del Centro de Entrenamiento, teniendo en cuenta la próxima implementación de la Ley de Lenguas n° 4251/11.

El estudio es de carácter exploratorio – descriptivo. La población específica sobre la cual se trabajó la muestra, probalística y estratificada, constituyen los profesionales que están directamente involucrados en la gestión de un proceso penal,

¹ Docente (1988), Licenciada en Ciencias de la Comunicación (1995), título otorgado por la Universidad Nacional de Asunción; Magíster en Política Educativa (2005) Por la Universidad Jesuita Alberto Hurtado de Santiago de Chile; Especialización en Diseño y Gerencia de Proyectos Sociales por el Instituto Interamericano de desarrollo social INDES-BID (1999); Columnista de opinión del Diario ABC color (2010-2013) Directora de Enlace del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público.



es decir, los agentes fiscales, los asistentes fiscales, los secretarios fiscales y los auxiliares fiscales de Asunción y Central.

Los resultados del estudio permiten conocer las características de la población estudiada en cuanto al nivel educativo, cargo desempeñado, edad, experiencia y zona (rural o urbana) en la cual cumple funciones, así como, las prácticas cotidianas en cuanto al uso del idioma guaraní en los procesos penales que gestionan los agentes fiscales; el nivel de conocimiento y la aplicación de las disposiciones legales del Código Procesal Penal paraguayo, con relación a los derechos lingüísticos. Así como, las expectativas con respecto a la enseñanza del idioma guaraní en el programa de capacitación en servicio del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público.

2- Justificación

La reciente creación de la Ley de Lenguas 4251/11 en Paraguay, constituye un paso significativo hacia la formalización de una realidad lingüística que debe ser atendida institucionalmente.

El bilingüismo del Paraguay es un caso único en Latinoamérica. La población paraguaya actual es el resultado de la mestización de dos tipos étnicos y culturales diferentes: uno americano, otro europeo: guaraníes y españoles. Esta mestización tiene características algo diferentes a la que se realizó en otras regiones americanas.² Mientras en los demás países o regiones americanas cada grupo étnico conservó sus rasgos culturales por separado, el mestizaje en Paraguay permitió el surgimiento de una cultura paraguaya caracterizada por su bilingüismo vivo y presente en las relaciones cotidianas y reconocido constitucionalmente como idiomas oficiales.

La próxima aplicación de la nueva Ley de Lenguas 4251/11 en el ámbito de la justicia supone, para todas las instituciones que conforman el sistema, una serie de ajustes y adecuaciones que tienen que ver con el aseguramiento del acceso a la justicia por parte de la población.

Conscientes de ese reto, desde el Centro de Entrenamiento del Ministerio Público, hemos emprendido la tarea de realizar la presente investigación con el objetivo de conocer las prácticas comunes en cuanto al uso del guaraní en los procesos penales que gestionan los agentes fiscales, y a partir del mismo, analizar

2 - KRIVOSHEIN DE CANESE Natalia - *Cultura y bilingüismo en el Paraguay – PortalGuarani.com/autores paraguayos. Agosto 2012*



la necesidad de la enseñanza del guaraní como parte del programa permanente de capacitación en servicio del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público.

El presente trabajo contiene los resultados de la investigación mencionada, así como las conclusiones y recomendaciones que se espera sean de utilidad para la toma de decisiones en materia de políticas lingüísticas en la institución.

3- La problemática estudiada

El Ministerio Público como representante de la sociedad, investiga hechos punibles en los cuales los actores son ciudadanos de un país mayoritariamente bilingüe; guaraní – castellano, con un universo cultural marcado por esa realidad.

Si bien el código procesal penal paraguayo establece una normativa con relación al tratamiento del idioma, la casuística revela reiteradamente diferencias entre lo que dice la ley y lo que se impone en la práctica.

El Centro de Entrenamiento es una institución creada para apoyar el mejoramiento de la gestión de los fiscales a través de un sistema de capacitación en servicio y como tal recoge constantemente los matices de esta realidad que impacta en la calidad del servicio del MP.

Por tanto, la necesidad de la enseñanza del guaraní como parte del programa permanente de capacitación en servicio del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público se hace cada vez más patente.

Sin embargo, para tomar dicha decisión, se hace necesario conocer de manera empírica y sistemática las prácticas en el uso de la lengua guaraní en la tarea o función que cumplen los miembros del Ministerio Público de Paraguay.

4- Los fundamentos del estudio.

El Ministerio Público es una institución creada por la Constitución Nacional del Paraguay que en su art. 266 expresa cuanto sigue: *“El Ministerio Público representa a la Sociedad ante los órganos jurisdiccionales 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”*³

3 CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY- Tomo IV- libro noveno, ps 409-412- Editora Intercontinental-Asunción-Paraguay/ 2008



Entendiendo que esta concepción del Ministerio Público, como “representante de la sociedad ante los órganos jurisdiccionales” se le otorga un rol de intermediario entre los reclamos sociales y los órganos jurisdiccionales que tienen capacidad para resolverlos. En sentido amplio podría afirmarse que el MP es un ABOGADO DE LA SOCIEDAD, que debe permanecer permeable a las inquietudes, reclamos y necesidades sociales.

En ese sentido, una característica fundamental que transversaliza todo el carácter nacional de la sociedad paraguaya, a la cual representa el MP, es el marcado bilingüismo guaraní – castellano, una realidad que subsiste y según los estudios sociolingüísticos esta en plena vigencia y desarrollo.

La siguiente noticia publicada el 23 de noviembre de 2011, da cuenta de cómo la ciudadanía exige poder expresarse en su lengua materna, en este caso en guaraní, que también es una lengua oficial.

Los acusados del secuestro de Fidel Zavala pidieron que el juicio sea en guaraní.

Los procesados Hugo Diosnel Gill Torres, Graciela Samaniego y Nery López Silva, pidieron a los miembros del tribunal que el juicio sea íntegramente en guaraní ya que será mucho más fácil para los mismos entender todas las explicaciones de las pruebas del Ministerio Público. Ahora los jueces dispusieron un cuarto intermedio hasta las 15:00, donde se efectuará la lectura de la acusación de la Fiscalía ⁴.

El Ministerio Público de Paraguay cuenta con un Centro de Entrenamiento (CEMP), que es una institución educativa encargada de apoyar, por medio de la capacitación en servicio, el mejoramiento permanente de la tarea de los agentes fiscales. En ese sentido el CEMP no puede soslayar la realidad bilingüe de la sociedad a la cual representa, que de no ser abordada de un modo más sistemático podría estar teniendo consecuencias desconocidas en la gestión de los representantes de la sociedad y por tanto en el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos.

4 DIARIO ABC -impreso el 23 de noviembre – ps judiciales- Asunción Paraguay- 2011



4.1 Marco legal de los derechos lingüísticos.

El derecho a expresarse en la lengua propia esta garantizada desde la declaración de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992⁵

La misma reza lo siguiente:

Reconociendo la necesidad de lograr una aplicación aún más eficiente de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en lo que respecta a los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas,

Proclama la presente Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas,

Artículo 1:

Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad.

Artículo 2:

*Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas lingüísticas y tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, practicar y profesar su propia religión y **a utilizar su propio idioma**, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo*

Artículo 3:

1. Las personas pertenecientes a minorías podrán ejercer sus derechos, incluidos los que se enuncian en la presente Declaración, individualmente así como en comunidad con los demás miembros de su grupo, sin discriminación alguna.

2. Las personas pertenecientes a minorías no sufrirán ninguna desventaja como resultado del ejercicio o de la falta de ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración.

5 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DDHH.- 1992- www.un.org



Artículo 4

1. Los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas pertenecientes a minorías puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en plena igualdad ante la ley.

Este marco más amplio se va concretando en sucesivos protocolos como el de las **Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad**, aprobado en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI) en marzo del 2008 y que nuestro país ha suscripto.

La misma expresa claramente en el **Capítulo I sección 2**, referente a los beneficiarios de las reglas: que pueden constituir una causa de vulnerabilidad la pertenencia de una persona a una minoría nacional o étnica, racial y lingüística debiéndose respetar su dignidad cuando tenga contacto con el sistema de justicia⁶.

Además en el Capítulo II sección 3a, se refiere al derecho a un intérprete cuando una persona desconozca la lengua oficial o propia de una comunidad.

Este marco internacional tiene su correspondencia en El Código Procesal Penal paraguayo que aborda en su Capítulo I el uso de los idiomas oficiales y aunque en el artículo 115 referente al IDIOMA se afirma que: “En los actos procesales solo podrán usarse, bajo pena de nulidad, los idiomas oficiales con las excepciones establecidas por este código” en el artículo siguiente N° 117 se establece que: “Las presentaciones escritas se harán en castellano. Asimismo, las actas serán redactadas en dicho idioma, sin perjuicio de que las declaraciones o interrogatorios se realicen indistintamente en uno u otro idioma. Para constatar la fidelidad del acta el declarante tendrá derecho a solicitar la intervención de un **traductor de su confianza** que firmará el documento en señal de conformidad”⁷ ... en la práctica se recogen casos en los cuales se revela que estas disposiciones no son aplicadas con regularidad.

Con relación a esta normativa se hace necesario un estudio exploratorio que permita conocer las prácticas comunes sobre al manejo de ambas lenguas guaraní-

6 REGLAS DE BRASILIA, sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. - Eurosocial - AECID - AIAMP 2008

7 LEY N° 1286/1998, CÓDIGO PROCESAL PENAL – ps 77 y 78 - Colección Legislación Paraguaya- Edición 2012 Asunción -Paraguay



castellano en los procesos penales y las posibles implicancias de éstas prácticas en el acceso a la justicia.

Por otra parte, la reciente creación, de fecha 6 de enero de 2011 de la **Ley 4251: Ley de Lenguas**⁸, que en cuanto al uso del guaraní como lengua oficial dice lo siguiente:

CAPÍTULO III

DEL USO DE LAS LENGUAS OFICIALES EN EL ÁMBITO PÚBLICO

Art. 14°. De las leyes y disposiciones normativas. Las leyes de la República del Paraguay serán sancionadas y promulgadas en las dos lenguas oficiales. Se dictarán también, en ambas lenguas, las disposiciones normativas de rango inferior a la ley, incluidas las ordenanzas municipales.

*Art. 15°. Del uso en el ámbito judicial. Se utilizarán tanto el guaraní como el castellano en la administración de la justicia, y para el efecto **los operadores de la justicia deberán tener competencia comunicativa, oral y escrita, en ambas lenguas oficiales**. Los procedimientos iniciados a instancias de parte se tramitarán en la lengua oficial elegida por el interesado que promueva el procedimiento. Las resoluciones se dictarán en la lengua utilizada en el proceso.*

Art. 16°. De las comunicaciones. Los avisos, formularios e impresos oficiales estarán redactados en los dos idiomas oficiales. Asimismo, en la publicidad se utilizarán equitativamente las dos lenguas oficiales.

Art. 17°. Del conocimiento de las dos lenguas oficiales para ocupar cargos públicos. Para el acceso a los cargos en los organismos públicos nacionales, departamentales y municipales como funcionario permanente, será requisito indispensable la competencia oral y escrita en las dos lenguas oficiales, además de los requisitos propios establecidos por la Constitución Nacional y las leyes. Los funcionarios ya nombrados dispondrán de cinco años para adquirir la competencia en ambas lenguas oficiales.

Esta ley plantea enormes desafíos a las instituciones públicas en cuanto a la normalización del uso de ambas lenguas oficiales, y fundamentalmente con relación al uso formal del guaraní, por ello, el Centro de Entrenamiento asume también el imperativo de analizar la necesidad de la enseñanza del guaraní como parte del programa permanente de capacitación y actualización del CEMP.

8 LEY 4251/11 DE LENGUAS – Gaceta oficial Poder Legislativo- República del Paraguay – Asunción 2011



5- Marco conceptual

5.1.- Evolución de la lengua guaraní.

La evolución de la lengua guaraní esta marcada por el impacto producido por la conquista y la colonización así como por la dinámica en el relacionamiento de las poblaciones nativas con los conquistadores. *En toda Sudamérica no hubo un grupo como el de los hablantes del guaraní que se caracterizase por poseer un poder de cohesión tan fuerte, tejido a través de su identidad lingüística. Esta situación obligó a los conquistadores españoles a adoptar una política lingüística astuta y muy bien pensada*⁹.

Los españoles se vieron en la necesidad de aprender y usar el guaraní para continuar con sus proyectos de conquista y colonización. Por eso el guaraní era aceptado y hasta favorecido durante los primeros años de la colonia.

Como el guaraní era una lengua de tradición oral, es decir, no era una lengua escrita, La religión, instrumento de conquista española, fue la que hizo posible que se comenzase a utilizar la forma escrita del guaraní. Por eso, la grafía del guaraní es Latina.

En la época independiente, solo el castellano fue la lengua utilizada en la educación formal. Fue desde entonces la única lengua de la instrucción pública, de las relaciones exteriores, de los medios masivos de comunicación, de las instituciones en general. Y aunque ya se escribía en guaraní, su uso, reservada casi exclusivamente a la creación poética popular, no logró imponerse masivamente. Ya muy posteriormente su empleo se circunscribió específicamente al ámbito de la formación de docentes para la enseñanza de esta lengua.

El guaraní, se nutre en una pujante fuente de tradición oral, *logró salir fortalecido de los encuentros y desencuentros que le reservaba el contacto con la lengua castellana, así como de los avatares propios de los largos años de*

9 SEMINARIO INTERNACIONAL “El Bilingüismo en la Educación Formal” La lengua guaraní ante los desafíos como lengua de enseñanza, Ma. Gloria Pereira. (abril de 2000) Asunción-Paraguay.



*discriminación de la que fuera objeto como lengua minorizada aunque mayoritaria*¹⁰. En esas condiciones ella supo adaptar su estructura y responder a las necesidades comunicativas de sus hablantes, manteniéndose como una lengua viva. De ahí que nadie objete ya con seriedad en nuestro país, la necesidad de una educación bilingüe.

El componente cultural está implícito en este proceso y sobre todo si nos remitimos a la lengua que no es solamente el espacio de una comunicación sino una referencia y una forma cognitivas. Es una forma de insertar significados en la realidad, una forma de concebirla, de imaginarla y a partir de allí una forma de construcción de la racionalidad y de la personalidad. La capacidad de reflexionar en una lengua propia es un elemento indisociable de la construcción de la personalidad. En ese sentido la promoción de la lengua materna (o de uso predominante, en nuestro contexto) es fuente de enriquecimiento que garantiza la adquisición y construcción de conocimientos.

5.2.- El guaraní paraguayo

El guaraní es un sistema lingüístico vigente en la actualidad en el seno de la comunidad nacional. Entendemos por guaraní paraguayo la lengua utilizada mayoritariamente por la población paraguaya en su comunicación cotidiana y susceptible de adaptarse fácilmente a las necesidades actuales del lenguaje oral y escrito porque no desecha sus raíces ni se cierra a la evolución y a los cambios¹¹.

Los estudios realizados por Bartomeu Meliá sobre el Censo Poblacional 2002 revelan que de una población de más de 4 millones de habitantes en ese entonces, un 27% era solamente guaraní hablante. Esto equivalía a más de un millón cuatrocientos mil paraguayos que utilizan el guaraní como forma de expresión.

Respecto de los que hablan solamente el castellano, los estudios dieron cuenta que eran entonces sólo el 7% de la población.

Con relación a la cantidad de habitantes que manejaban ambos idiomas oficiales del país (bilingües), la misma llegaba al 60%.

10 SEMINARIO INTERNACIONAL “El Bilingüismo en la Educación Formal” La lengua guaraní ante los desafíos como lengua de enseñanza, Ma. Gloria Pereira. (abril de 2000) Asunción-Paraguay.

11 VILLAGRA BATOUX Sara Delicia, El guaraní paraguayo, de la oralidad a la lengua literaria- Editado con el apoyo de la Ambassade de France au Paraguay y Expolibro, Asunción-Paraguay, 2002



Asimismo, los guarismos estudiados por el lingüista arrojaron que el 6% de los habitantes del Paraguay hablan otros idiomas, especialmente el portugués y las demás lenguas de los inmigrantes. En esta categoría también se incluyen los hablantes de idiomas de los 20 pueblos originarios de las regiones oriental y occidental.

Sumandos los monolingües en guaraní y los bilingües que hablan este idioma, la cifra alcanza el 87% de guaraní hablantes.

Pero desde que se realizó el último censo ya pasaron 9 años, lo que con seguridad cambió la composición de los hablantes del país.

Se puede hacer la prospección que, con el correr del tiempo, los monolingües en guaraní van disminuyendo, ya que el Censo de Población de 1992 había arrojado que el 37% de los habitantes del país hablaban sólo el guaraní, 10% más de lo que mostró luego el Censo 2002

En su libro “el guaraní paraguayo”, la filóloga Delicia Villagra desarrolla un análisis de la trayectoria de la lengua, y a partir de conceptos sociolingüísticos nos demuestra que el guaraní paraguayo está vivo y en pleno desarrollo. Para ello parte demostrando la falsedad de dos hechos elementales –desgraciadamente muy difundidos - como las falsas categorías de “superioridad” o “inferioridad” de un código con respecto al otro. Demuestra, asimismo, cómo la interacción fecunda de una lengua con relación a la otra irrigando, enriqueciendo “el movimiento incesante de sus vidas internas y remodelando, para cada una, una identidad”. Surge lo que ella misma denomina el “guaraní paraguayo”, y el “español paraguayo”, las variantes de las lenguas originarias, dan nombre de los matices de los mismos sistemas, que han ido configurando universos culturales propios, en función de las experiencias históricas particulares vividas en nuestro país.

Con este trabajo se destruyen despropósitos como los que sostienen que “el castellano es una lengua culta y el guaraní una lengua primitiva”.

En el presente trabajo recogeremos las prácticas en el uso del **guaraní paraguayo** para entender su dinámica en el ámbito del Ministerio Público.

5.3.- El Paraguay posee dos idiomas oficiales

Con la promulgación de la Ley de Lenguas, Paraguay aspira cambiar una realidad: romper el desequilibrio entre los idiomas oficiales, el guaraní y el castellano,



donde si bien el primero es mayoritario, lo habla un 86 por ciento de la población, no alcanza áreas formales del Estado ni espacios de poder.

De esta manera, se busca hacer efectivo el mandato constitucional que en 1992 proclamó al Paraguay como un país pluricultural y bilingüe, un concepto que es el centro de las discusiones en torno a cómo revalorizar el guaraní y terminar con el *bilingüismo diglósico*, es decir, un sistema donde una de las lenguas tiene un tratamiento superior a la otra.

Es necesario que el Estado avance en la oficialización del bilingüismo, necesitamos avanzar en la normalización de la lengua en todos los ámbitos y en especial, en el de la **justicia**. Este es el aspecto de la ley de Lenguas que nos afecta como institución para lo cual este estudio buscará aportar líneas de acción.

6- Metodología del estudio.

El alcance del estudio que se planteó fue de carácter exploratorio – descriptivo. Exploratorio teniendo en cuenta que abordó un tema no estudiado hasta la fecha en el ámbito del trabajo del Ministerio Público, los estudios que existen son del ámbito del sistema educativo formal sobre el tema bilingüe.

Por otra parte, un carácter descriptivo porque buscó conocer las situaciones, los usos y las costumbres predominantes en cuanto al uso de la lengua guaraní a través de la descripción exacta de las actividades y procedimientos en el ámbito de la tarea del agente fiscal (investigación de un caso punible) del Ministerio Público.

Se planteó un diseño no experimental teniendo en cuenta el carácter descriptivo, se pretendió recoger las prácticas con relación al uso del guaraní en el ámbito de la Fiscalía, tal y como se dan en el contexto, atendiendo a que los sujetos ya tienen una forma de hacer las cosas en la que no se pretende intervenir.

6.1. Población y Muestra

La población específica de la cual se extrajo la muestra, es del área misional del Ministerio Público, es decir, aquellos profesionales que están directamente involucrados en la gestión de un proceso penal, que en este caso son: los agentes fiscales, los asistentes fiscales, los secretarios fiscales y los auxiliares fiscales.

Para la definición de la muestra primeramente se determinó, a través de



datos actualizados proveídos por la Dirección de Recursos Humanos, el universo de agentes fiscales, asistentes, secretarios y auxiliares, que prestan servicio en la Capital y en el departamento Central, en base al cual se definió una muestra probabilística (por afijación proporcional) y estratificada de tal manera que permitió realizar inferencias estadísticas.

Funcionarios del área misional	Población	Muestra
Agentes Fiscales	158	37
Asistentes fiscales	687	162
Secretarios fiscales	217	61
Auxiliares fiscales	180	42

Total 1242 293

Nivel de confianza = 95% 1,96
Error asumido en el cálculo =
5% 0,05
 $p=q=50\%$ 0,5
 $n_0=$ 384,16
Tamaño de muestra
probabilística; $n=$ 293,406996

Con un nivel de confianza del 95 %, el tamaño de la misma fue de 293 .casos sobre un universo de 1242 personas.

La estratificación se realizó teniendo en cuenta las funciones específicas de los funcionarios del área misional.

Estrato 1	Agentes fiscales
Estrato 2	Asistentes fiscales
Estrato 3	Secretarios fiscales
Estrato 4	Auxiliares fiscales



Asimismo, teniendo en cuenta la homogeneidad al interior de cada estrato y la heterogeneidad entre un estrato y otro.

Para la aplicación del instrumento de acuerdo a la muestra se realizó un sistema de selección sistemático en el cual se buscó representar a todas las unidades penales de Asunción y Central.

6.2. Técnica y recolección de datos

Se utilizó un cuestionario semi-estructurado con preguntas cerradas y preguntas categorizadas.

El instrumento posee 5 partes: la primera parte en la cual se recogen datos de la población estudiada como: cargo, zona donde trabaja, sexo, edad, antigüedad y formación académica. En la segunda parte, se abordaron aspectos relacionados al conocimiento del guaraní.

En una tercera parte se recoge información sobre el uso del guaraní en el contexto laboral del Ministerio Público. En la cuarta parte del cuestionario se recoge información sobre el nivel de conocimiento de la ley y el grado de cumplimiento de la misma. Por último se recogió información sobre las expectativas y demanda potencial en cuanto a la enseñanza de la lengua guaraní por parte de los funcionarios del MP.

La aplicación del instrumento se realizó entre los meses julio y agosto de 2012, tanto a los: Agentes fiscales, asistentes, secretarios y auxiliares fiscales que asistieron a los cursos convocados por el Centro de Entrenamiento y/o que fueron son visitados en su oficina

7 - Conclusiones

7.1 Características de los funcionarios del área misional

El estudio aporta datos significativos sobre las características del talento humano del Ministerio Público. En cuanto a la edad, la misma es mayoritariamente joven con una edad promedio de 32,3 años, lo cual sumado la antigüedad que en promedio es 5,79 %, significa que estos funcionarios seguirán por mucho tiempo aun en la institución, este dato es relevante para las políticas de capacitación que se planteen.



En cuanto al género existe una predominancia femenina del 68 % sobre una población del 32 % masculina.

Sobre a la formación de los funcionarios el 68% de la muestra tiene concluida la carrera de Derecho y el 32 % lo está cursando, esto es significativo porque representa un porcentaje alto el grupo que aun sigue cursando la carrera, e indica que podría haber asistentes fiscales sin concluir aun la carrera de derecho, dada la proporción de la muestra.

Otro dato relevante es que, de los que han concluido la carrera de derecho solo un 14, 5 % ha realizado cursos de maestría y un 3, 5 % el doctorado y 39 % ha realizado cursos de especialización en variados temas que van desde didáctica universitaria a notariado.

Es importante señalar que en general los cursos de especialización que toman los funcionarios no demuestran que exista un marcado interés en profundizar los temas vinculados a la especialización de la tarea fiscal. (Didáctica universitaria, notariado). O quizá, las ofertas de capacitación de las universidades no están muy relacionadas a las especializaciones que se requieren en el Ministerio Público.

El 43 % declara no estar siguiendo cursos de post graduación. Esto significa que casi la mitad de los funcionarios del área misional que han concluido la carrera de Derecho no están continuando con sus estudios, lo cual revela que existe un mercado interno para el Centro de Entrenamiento muy importante, en Asunción y Central, para el desarrollo de cursos de especialización en diversos temas que son necesarios para mejorar la calificación del personal del MP.

7.2 Conocimiento del guaraní

En cuanto al conocimiento de la lengua guaraní: el 82% declara que entiende, el 66% habla, el 62% lee y un 44 escribe. Con respecto a los desafíos que plantearía la aplicación de *la ley N° 4251/11* tiene que ver claramente con la capacidad de escribir.

Realizando una discriminación por cargos el hallazgo indica que son los agentes fiscales quienes menos hablan, leen y escriben en guaraní, en cambio los secretarios fiscales son quienes más hablan leen y escriben en guaraní.

Si discriminamos por zona de trabajo, Asunción y Central, encontramos que en Central hay mayor conocimiento del guaraní con respecto a Asunción.



Los hallazgos son coherentes con los datos del último censo de 2002 de la dirección de encuestas y censos que afirmaba que el 60 % de la población paraguaya manejaba ambos idiomas, es decir es bilingüe, sumado al 27 % de la población guaraní hablante se señalaba que un 87 % manejaba el idioma guaraní.

Todo indica que el guaraní está vigente y es utilizado por una amplia mayoría.

7.3 La práctica, el uso del guaraní

El guaraní es ampliamente utilizado en la comunicación habitual, sin embargo, es notorio que a la hora de aplicar las disposiciones legales relacionadas a su uso más formal como lengua oficial, los controles se relajan o no existen. Da lo mismo que un ciudadano que habla solo guaraní, tenga o no tenga la asistencia de un traductor como dispone la ley.

Más allá de la explicación sociológica de esta realidad, la futura aplicación de la Ley de Lenguas traerá implicancias de orden práctico, para lo cual, el Ministerio Público debe prepararse.

El siguiente artículo de la mencionada ley es contundente en cuanto a las competencias de los operadores de justicia

*Art. 15°. Del uso en el ámbito judicial. Se utilizarán tanto el guaraní como el castellano en la administración de la justicia, y para el efecto **los operadores de la justicia deberán tener competencia comunicativa, oral y escrita, en ambas lenguas oficiales.** Los procedimientos iniciados a instancias de parte se tramitarán en la lengua oficial elegida por el interesado que promueva el procedimiento. Las resoluciones se dictarán en la lengua utilizada en el proceso.*

Esto significa que en unos años (2015-16) se empezará a exigir tanto a fiscales, jueces y demás operadores de justicia que cuenten con documentación que certifique **tener competencia comunicativa, oral y escrita, en ambas lenguas oficiales.**

Por otra parte, además de las exigencias formales, existe una deuda reivindicatoria de la justicia con los ciudadanos guaraní hablantes en el Paraguay, porque nunca antes a pesar de las garantías constitucionales se han establecido medidas institucionales para atender esta realidad con el rigor y la seriedad que ameritan.



7.4 La ley y la práctica

El desconocimiento de la ley es significativo en la población estudiada, teniendo en cuenta que el MP una institución que representa a la sociedad por mandato constitucional. El 23 % de los encuestados se equivocó al señalar el texto correcto de la Ley.

Al ser consultados si conocen lo que expresa el Código Procesal Penal en relación al uso de las lenguas oficiales castellano y guaraní, un 12 % admite no conocerlo y un 88 % afirma que sí conoce la ley. Sin embargo ante la opción de identificar el texto correcto de la ley, un 23 % marcó la opción incorrecta, ante un 77 que marcó la correcta

La percepción del incumplimiento de la ley también es significativa. Prácticamente la mitad de los funcionarios creen esto. (9 % nulo y 42% bajo). Esto es relevante porque se trata del Ministerio Público y para el 51% de los propios funcionarios se da un bajo o nulo nivel de cumplimiento de la ley.

Con relación a la existencia de un mecanismo en la institución que permita realizar el control de la coherencia de los escritos: un 94 % afirma que no existe y un 6 % dice que si existe, pero al analizar las opciones encontramos que dependen de lo que dispone el fiscal.

Por otra parte, se evidencia también que no forma parte de la práctica habitual desde el MP ofrecer un traductor al procesado que habla solo guaraní. Aun siendo este un derecho garantizado en el CPP, las reglas de Brasilia y la declaración de derechos lingüísticos de NN. UU.

7.5 Expectativas sobre la enseñanza del guaraní en el CEMP

El estudio revela un consenso mayoritario sobre la necesidad de aprender guaraní 94 % de los funcionarios que participaron del estudio opinan que el CEMP debería incorporar la enseñanza del guaraní en su programa de capacitación.

Este consenso, sumado a los desafíos que plantea la nueva Ley de Lenguas, justificaría plenamente la creación de cátedras destinadas a la enseñanza del guaraní con un enfoque comunicativo



8- Recomendaciones

Por las características de la población estudiada y los resultados analizados consideramos recomendable, analizar la posibilidad de ofrecer desde el CEMP cursos de especialización en temas que tengan estrecha relación la misión principal del Ministerio Público.

Con respecto al guaraní, será más que oportuno poder ofrecer desde en CEMP cursos con enfoque comunicativo de la lengua guaraní, aplicando un test competencia lingüística en guaraní que permita la ubicación de los postulantes en los niveles correspondientes. Con una priorización hacia los agentes fiscales quienes, según los resultados del presente estudio, son los que menos hablan, leen y escriben en guaraní.

En segundo lugar están los asistentes fiscales, quienes mayoritariamente son los que toman las declaraciones en las unidades fiscales.

Con respecto al nivel de conocimiento de las leyes, se requieren de propuestas de capacitación y difusión orientadas a garantizar el dominio por parte de los funcionarios del MP, de las **leyes vigentes** en nuestro sistema de justicia con respecto a los derechos lingüísticos y de la nueva Ley de lenguas, cuya aplicación es próxima.

Asimismo, ante la ausencia de mecanismos de verificación de cumplimiento de la ley sobre los derechos lingüísticos, se recomienda establecer pautas o reglamentaciones claras y unificadas de manera institucional.

La reciente creación (18 de setiembre de 2012) de una **Dirección de Políticas Lingüísticas Judiciales** por parte de la **Corte Suprema de Justicia** cuyo objetivo principal es posibilitar la aplicación integral en esa institución de la Ley de Lenguas, es oportuna para analizar la creación de una unidad de asistencia lingüística similar en el Ministerio Público, teniendo en cuenta los desafíos que planteará la implementación de la Ley 4251/11.

Atender estos temas constituye un imperativo para que el MP pueda cumplir a cabalidad con su rol constitucional, teniendo en cuenta que el derecho que tienen las personas a expresarse en la lengua propia esta garantizada en la declaración de los Derechos Humanos, las Reglas de Brasilia y nuestra Constitución Nacional.



Bibliografía

- VILLAGRA BATOUX Sara Delicia, El guaraní paraguayo, de la oralidad a la lengua literaria- Editado con el apoyo de la AMBASSADE DE FRANCE AU PARAGUAY y EXPOLIBRO, Asunción-Paraguay, 2002
- SEMINARIO INTERNACIONAL sobre “El Bilingüismo en la Educación Formal” La lengua guaraní ante los desafíos como lengua de enseñanza, Ma. Gloria Pereira. (abril de 2000) Asunción-Paraguay.
- MUSEUM INTERNATIONAL VOLUME 60 -setember 2008- The Guaraní Language – the Paraguayan Seal of Identity: A Path to Integration and Development - Sara Delicia Villagra-Batoux-, Issue 3, pages 51-59,
- Metodología de la Investigación-Hernández Sampieri, Roberto - Mc Graw – Hill-Interamericana de México- 1999
- LA EDUCACIÓN BILINGÜE EN LA REFORMA EDUCATIVA PARAGUAYA - Ministerio de Educación y Cultura -2006
DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DDHH. www.un.org
LEY N° 1286/1998, Código Procesal Penal – ps 77 y 78 - Colección Legislación Paraguaya- Edición 2012 Asunción -Paraguay
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY- Tomo IV- libro noveno, ps 409-412- Editora Intercontinental - Asunción-Paraguay/ 2008
- REGLAS DE BRASILIA, sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad. - Eurososial -AECID - AIAMP 2008.
- LEY 4251/11 DE LENGUAS – Gaceta oficial Poder Legislativo- República del Paraguay – Asunción 2011
- Estadística del Ministerio Público – Paraguay 2011
- DIARIO ABC- páginas judiciales-23/11/11

Páginas web consultadas

- PortalGuarani.com/autores paraguayos. KRIVOSHEIN DE CANESE Natalia - Cultura y bilingüismo en el Paraguay –Agosto 2012
Página web Oficial de la ONU: www.un.org
Pág. Oficial del Ministerio de Educación: www.mec.gov.py



LA VIOLENCIA DOMÉSTICA O INTRAFAMILIAR EN EL ANTEPROYECTO DE LEY INTEGRAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES BASADA EN ASIMETRÍAS DE GÉNERO

Liliana Margarita Zayas Guggiari^{1*}

1.- Introducción

Un aspecto clave en el tema de la violencia contra la mujer es que está se desarrolla entre cuatro paredes. Una violencia sobre la que pesa la indiferencia porque muchos piensan: “...no me pasa a mí, ...le pasa a la vecina de enfrente”, y en la mayoría de los casos “...hasta que no vengan a preguntarme, no cuento porque no me quiero meter...”.²

Las cifras relacionadas al número de causas, denuncias y procesos abiertos por violencia doméstica, no condice con la cantidad de condenas emanadas de los órganos jurisdiccionales, aunque se cuente con una ley civil como lo es la Ley 1600/2000.

Dicho cuerpo normativo fue creado en un intento por visibilizar la problemática y, lograr medidas cautelares de protección a la víctima; y, como un hecho punible en nuestro código penal (Ley 1160/97), ya con la perspectiva punitiva en lo que respecta a la conducta violenta ejercida en el ámbito familiar contra la persona con quien se conviva.

En consecuencia, hablar de justicia respecto de la violencia doméstica o intrafamiliar, es hablar hoy de un delito con alto nivel de impunidad.

¹ * Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA (1994, Medalla de Plata). Notaria Pública UNA (1999). Posgrado en Didáctica Universitaria y en Metodología y Elaboración de Tesis UNA (1999 y 2000). Magister en Planificación y Estrategia Nacional IAEE (2004, XXXIV Promoción). Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay (2009). Docente del CEMP (2012). Ex Directora Jurídica Rectorado UNA (1998-2004). Agente Fiscal Penal (2004).

² Testimonios de víctimas denunciantes de hechos de violencia.



Dentro de la violencia intrafamiliar, el gran porcentaje de víctimas son las mujeres. Si bien el Código Penal sanciona la conducta sin discriminar el género de la persona afectada, quienes acuden al Ministerio Público a formular denuncia son las mujeres, lo que refleja una situación de predominancia con respecto al género del victimario.

Es por ello que no se puede evitar hablar, cuando se trata de violencia familiar, de conductas violentas altamente relacionadas con la violencia de género. Estas conductas violentas pueden ser físicas, psicológicas y, hoy, se incluye la violencia económica, sin perjuicio de la violencia sexual dentro o fuera de una relación de pareja.

En tanto, a todos aquellos tipos de violencia se suma la violencia de género extrema, el femicidio, considerada como *“crímenes de odio contra las mujeres, crímenes misóginos acunados en una enorme tolerancia social y estatal ante la violencia genérica”*.

2.- La violencia invisible

Para quienes aún toman la violencia en el ámbito familiar y la violencia contra la mujer como algo natural, es bueno señalar que las cifras no han disminuido; sin embargo, para algunas personas resulta simplemente imperceptible y para otras, invisible.

A tal punto invisible, que en la mayoría de los casos es una conducta que se repite por años y hasta se observa a simple vista en los rostros de las mujeres de avanzada edad, quienes en sus testimonios en fiscalía, refieren situaciones de violencia que datan de veinte o treinta años y en alto porcentaje coinciden en que *“no es la primera vez que sucede”*, aunque sí es la primera vez que lo denuncian.

Rompen el silencio y afirman por ejemplo: *“...vengo porque ya no aguanto más,... siempre me maltrató... me dicen bandida... no puedo salir a trabajar... me dijo que me va matar... no tengo donde ir...”* en testimonios que son la evidencia de una cruda realidad cotidiana para demasiada gente.

La violencia de género en el ámbito doméstico no discrimina condición social, aunque se podría determinar que en la mayoría de los casos se trata de mujeres, sean niñas, adolescentes o adultas mayores, víctimas de violencia física, sexual, psicológica y, en un gran porcentaje, se desarrollan en ambientes de condiciones de pobreza. No obstante, hay *cifras negras*, aquellas que no llegan a ser denunciadas por desarrollarse en niveles socioeconómicos más elevados y difícilmente llegan a ser judicializadas.



La violencia doméstica o intrafamiliar es el flagelo que golpea a quienes particularmente se podría denominar invisibles, porque no la denuncian en proporción a los hechos que se suceden en nuestra sociedad.

Los motivos son innumerables, desde la vergüenza de aceptarlo, en los niveles altos, no solo socioeconómicamente, sino de formación educativa (personas con estudio), hasta los bajos niveles socioculturales donde la condición de pobreza, falta de trabajo, el número de hijos, son factores determinantes para la retracción de las víctimas que consideran “soportable la violencia” antes que quedar en la calle sin poder cubrir las necesidades básicas de alimento, abrigo y vivienda para sus hijos.

La ausencia de políticas públicas sostenibles, más allá de existir numerosos proyectos y la falta de presupuesto para las instituciones abocadas a su aplicación, juegan un rol definitorio en la impunidad de estos hechos.

3.- La violencia de género y el acceso a la justicia

El género hace referencia a las características y roles que la sociedad asigna a una persona, hombre o mujer, asentada sobre la diferencia biológica que es el sexo. Dichas características están dadas en un tiempo determinado y varían de una sociedad a otra: por eso se dice que el género es “el sexo” construido socialmente.³

La violencia hacia las mujeres ha sido y, sigue siendo en gran medida, un tipo de violencia que no era considerada como tal; por lo tanto, invisible. La muerte de tantas mujeres en manos del marido o compañero; el maltrato, la descalificación, el menoscabo de sus libertades o de sus derechos; la subordinación de sus capacidades como ser humano y muchas otras restricciones, han sido parte de una normalidad que merece ser considerada patológica.

Cuando decimos violencia de género estamos hablando de cualquier acción u omisión intencional que dañe o pueda dañar a una persona, basadas en los estereotipos sexuales, que es el género y sustentada en las asimetrías y desigualdades que la sociedad construye en torno a la relación entre hombres y mujeres. Específicamente: hombres en contra de mujeres, bajo la forma de agresiones verbales, físicas y sexuales, tanto en los espacios privados como públicos.⁴

3 Manual de Abordaje a la Violencia Intrafamiliar y de Género. Proyecto “Consolidación y Fortalecimiento del Sistema de Atención a las Mujeres Víctimas de violencia Intrafamiliar”. AECID-Secretaría de la Mujer, Abril 2011. Pág. 6

4 Manual de Abordaje a la Violencia Intrafamiliar y de Género. Proyecto “Consolidación y Fortalecimiento del Sistema de Atención a las Mujeres Víctimas de violencia Intrafamiliar”. AECID-Secretaría de la Mujer, Abril 2011. Pág. 7.



No es menor el hecho, que las mujeres víctimas de violencia de género, sean consideradas personas en condición de vulnerabilidad para el acceso a la justicia. Las 100 Reglas de Brasilia, como reglas básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad frente a un sistema judicial, constituyen un sistema para la defensa efectiva de sus derechos, considerando que estas encuentran mayores obstáculos para su ejercicio.

En su Sección 2da.- Beneficiarios de las Reglas, 8.- Género; menciona “*La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad*”.⁵

Este último punto se refiere a los casos en los que se combinan otras circunstancias que la hacen vulnerable, como ser, la 2.- edad (niña, adolescente o adulta mayor), 3.- discapacidad, 4.- pertenencia a comunidades indígenas, 5.- víctima de violencia física o psíquica, (sufrimiento moral o económico), 6.- migrante, 7.- en condiciones de pobreza, 9.- pertenencia a minorías o 10.- en privación de libertad.

Este apartado define la discriminación contra la mujer como “*...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales...*”.⁶

En este mismo orden, en la XV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, resultó acertado considerar en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que en razón de su género, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico ante el sistema de justicia.

Dicha situación de vulnerabilidad se ve incrementada si a ello se le suma estar en condición de pobreza, ser niña o adulta mayor y víctima de violencia, circunstancias reales en alto porcentaje al momento de formular sus denuncias en sede policial o ante el ministerio público sobre hechos de violencia intrafamiliar.

5 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. Dirección de Comunicación y Prensa, Ministerio Público. Acercándonos a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres. IIDH, Instituto Interamericano de DDHH – San José, CR, 8va reimpresión, 2011. Pág. 14

6 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. Dirección de Comunicación y Prensa, Ministerio Público. Acercándonos a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres. IIDH, Instituto Interamericano de DDHH – San José, CR, 8va reimpresión, 2011. Pág. 17



4. Consideraciones generales sobre la violencia intrafamiliar en la legislación vigente

Nuestro Código Penal vigente tipifica como delito a la violencia familiar en su artículo 229, modificado por la Ley 4628/12, que en su artículo 1° establece: *“El que, aprovechándose del ámbito familiar, ejerciera violencia física o psíquica en forma reiterada a otro con quien conviva, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa, siempre que del hecho no surjan lesiones, en los términos del artículo 111; en cuyo caso no se requerirá la reiteración”*.

Se considera Violencia Doméstica intrafamiliar a toda actividad sistemática o eventual, perjudicial, destinada a la manipulación y al control de una persona en el ámbito familiar, que pueda manifestarse conjunta o separadamente en abuso físico, sexual, psicológico, emocional, verbal y económico. Se refiere a cualquier persona que forme o formó parte del grupo familiar, hubiere o no relación de parentesco.

La legislación en Paraguay, considerando a las personas protegidas por la Ley 1600/00, hace referencia también a los *“supuestos de parejas no convivientes”*, como noviazgo o relaciones sentimentales no formales. Puede incluir el abuso psicológico, verbal y emocional, que puede ser tan destructivo como la violencia física.

Es por ello, que se sostiene que la violencia psicológica y emocional reviste incluso mayor gravedad que la violencia física, puesto que es de difícil percepción y no cicatriza como la violencia física.

Es más, puede darse simultáneamente con la violencia física o sin ella, pero a diferencia de esta última, puede ser imperceptible para la comunidad e, incluso para la familia, pudiendo transcurrir años de tolerancia, con secuelas que trascienden lo netamente físico y llegar a extremos de menoscabar la dignidad a tal punto de anular a la víctima como ser humano.

Sucede en todos los grupos socioeconómicos, religiosos, raciales, en relaciones heterosexuales u otras, entre personas de cualquier edad y con distintas aptitudes físicas.

Sin desconocer que la violencia doméstica intrafamiliar puede ser cometida contra toda persona que forma parte de un grupo familiar, es trascendentalmente importante reconocer el hecho de que en todos los países del mundo, la principal víctima es una mujer.



A modo de ejemplo, en solo los primeros dos meses del año 2012, la Policía Nacional registró 155 denuncias de violencia contra la mujer por parte de sus respectivas parejas, en Asunción y el Departamento Central. Conforme con lo registrado por la Policía Nacional, un total de 1.088 hechos de violencia intrafamiliar fueron denunciados de enero a diciembre de 2012, 443 más que en 2011.⁷

En consecuencia, resulta imperiosa la necesidad de visibilizar la problemática, sobre la base de las estadísticas que en cifras reales, denotan la violencia familiar directamente relacionada a la violencia de género.

En ese contexto, resulta también necesario dar cumplimiento efectivo a los compromisos asumidos por el Estado, a la luz de los tratados y acuerdos internacionales suscriptos por el Paraguay y en concordancia con el Preámbulo de la Constitución Nacional que reconoce **la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia**, al igual que lo establecido en su artículo 46: “*Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien*”.⁸

Cabe resaltar que “*La violencia hacia las mujeres no es un asunto privado, sino una grave violación de los derechos humanos. Afecta a las mujeres de forma concreta, pero tiene también consecuencias directas para los familiares, la comunidad e incluso para el espacio laboral, con elevados costos para toda la sociedad*”.⁹

La falta de una legislación adecuada que sancione este tipo de conductas o la existencia de una que resulte insuficiente, confusa, incompleta, que finalmente lleve al operador de justicia a recurrir a estrategias mágicas para lograr el acceso efectivo a la justicia de las víctimas de violencia, no debe ser un motivo que las torne invisibles.

Es por ello que surge **el Proyecto de Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres**, cuya redacción se basa en los compromisos internacionales y regionales asumidos por el Estado Paraguayo, principalmente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de

7 <http://www.lanacion.com.py/articulo/63271-en-lo-que-va-del-2012-ya-se-reportaron-155-casos-de-violencia-contra-la-mujer.html> <http://infosurhoy.com/es/articulos/saii/features/main/2013/01/15>. Capturado el 21/07/2013.

8 Constitución Nacional de la Republica del Paraguay.

9 Proyecto de Ley Integral contra la violencia hacia las mujeres. Corte Suprema de Justicia, Secretaría de Género, Ministerio de la Mujer, Comisión de Equidad, Género, y Desarrollo Social Honorable Cámara de Senadores, ONU Mujeres 2012. Pág. 2



Belén Do Para”, ratificada por Ley 605/95; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW; ratificada por Ley 1215/86 y sus Recomendaciones Generales Nros. 12/89 y 19/92; y la Resolución 48/104 de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

5. Antecedentes del anteproyecto de ley integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres basada en asimetrías de género

Los esfuerzos para poner fin a la violencia contra las mujeres han recorrido un largo trayecto durante por lo menos tres décadas hasta llegar a formar parte de la agenda en materia de legislación en la búsqueda de políticas públicas y de la institucionalidad democrática de los países latinoamericanos. El punto de partida histórico se produce durante la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, donde se reconoce el derecho a una vida libre de violencia.

Como se ha referido anteriormente, a nivel legislativo y en el ámbito internacional, se cuenta con la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979), cuyo comité reconoce que la violencia contra las mujeres es una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres y cuyas recomendaciones a los gobiernos se orientan específicamente a resaltar su naturaleza discriminatoria.

En el ámbito interamericano, la región cuenta con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -o Convención de Belén do Pará- y su Mecanismo de Seguimiento (MESECVI). Esta ha inspirado cambios legislativos en casi todos los países de la región, exigiendo y dando lugar a leyes especiales o modificaciones a los códigos penales, especialmente orientados a sancionar la violencia doméstica y los delitos sexuales.

A partir del año 2005, ha surgido una segunda generación de leyes para corregir las deficiencias observadas en su aplicación y para incluir, además, la violencia fuera del ámbito familiar, particularmente la que se desata en el espacio público, las situaciones de migración, los conflictos bélicos y el tráfico de personas.

También se han puesto en marcha políticas y programas gubernamentales y municipales en el ámbito de la salud pública y programas de capacitación y formación de operadores de justicia a los que se les ha transferido el conocimiento y las experiencias acumulados por años por las organizaciones no gubernamentales de mujeres, pioneras en todos los países en el diseño de protocolos de atención, registro de datos, acogida de las víctimas, entre otros.



Las medidas o acciones contra la violencia hacia la mujer son demandas ciudadanas que deben adquirir carácter de políticas públicas.

Requieren además mecanismos de seguimiento y coordinación interinstitucional porque pesar de ser un derecho reconocido en la mayoría de los países y a pesar de contar con Instituciones o Direcciones en los tres Poderes del Estado, se observan deficiencias en la aplicación de la norma, en la provisión de servicios y en el acceso a la justicia por parte de las víctimas de violencia.

Efectivamente, es en el ámbito de la implementación donde han surgido dos tipos de preocupaciones. Una de las mayores inquietudes en todos los países se refiere a la impunidad que se observa en el ámbito judicial, donde a menudo las víctimas no encuentran ni la oportuna sanción a los perpetradores, ni la adecuada protección.

Existe además un gran déficit en la prevención que explica la mayor visibilidad de la violencia en la esfera policial y penal, hasta donde llegan los casos que no se pudieron evitar y donde suelen permanecer porque no se encuentra justicia oportunamente.

Desde noviembre de 2012 el **Proyecto de Ley Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres Basada en Asimetrías de Género** es el resultado de un proceso iniciado en nuestro país el año 2008. Su redacción involucró a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, en cumplimiento de las recomendaciones que los órganos de vigilancia en Derecho Humanos habían hecho al Paraguay, marcando un hito en el ejercicio de la responsabilidad estatal hacia la igualdad de género.

6.- Enfoque del anteproyecto de ley integral

El Proyecto de Ley Integral crea un instrumento normativo adecuado a la realidad nacional. Enfatiza la prevención de la violencia a través de planes y políticas que aborden la problemática de manera integral y contempla la asignación de recursos suficientes para su implementación real.

Dicho proyecto no puede ser analizado únicamente desde la perspectiva penal ya que su fin es civil, penal, laboral, administrativo, entre otros. Aborda un problema complejo de manera sistémica y multidisciplinaria. Es decir, establece normas desde todos los ámbitos: público, privado, familiar, social, laboral, político, educativo, comunicacional y cultural.



Por tanto, la perspectiva desde donde dicho anteproyecto debe ser analizado, es desde la de género, no desde el aspecto exclusivamente penal. Tampoco como una ley aplicable indistintamente para hombre/ mujer, sino para proteger a las mujeres sobre la base de la asimetría de género.

Parte de la premisa que no es lo mismo una mujer víctima de violencia sexual que un hombre víctima de violencia sexual. No se dan en el mismo número ni proporción, ni en las mismas situaciones; no es igualmente vulnerable un hombre que una mujer.

Contempla todas la formas de violencia contra las mujeres, desde las más conocidas, como la violencia física, psicológica o emocional y sexual y, otras, como la violencia patrimonial o económica, estructural o sistémica y la simbólica o cultural.

Establece medidas de carácter civil, penal, cautelar, administrativo y procesal; dispone políticas públicas sobre atención sanitaria, policial, social y económica para las víctimas. Otorga responsabilidades y deberes concretos a todos los órganos del Estado, con consecuencias directas para quienes incurran en incumplimiento.

Introduce nuevos tipos penales que en la legislación penal vigente hoy no encuentran un encuadre legislativo, el femicidio por ejemplo, contemplado en el artículo 54 del Proyecto, los delitos que suceden en el ciberespacio, distintas modalidades de acoso, más allá del laboral. Se plantea la reformulación de tipos penales existentes adecuándolos a las exigencias de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, incorporando la perspectiva de género a los delitos contra la integridad y libertad sexual.

Finalmente, entre otros, la creación de una justicia especializada para el tratamiento y sanción de los hechos de violencia contra las mujeres, exigiendo la idoneidad de quienes la integren y la asistencia de auxiliares especializados en ciencias de apoyo como la psicología, sociología, medicina forense, entre otras.

7.- La violencia doméstica o intrafamiliar en el anteproyecto de ley integral: análisis del artículo 69¹⁰ contraste con la legislación vigente

El Proyecto de Ley Integral establece en su **artículo 2º**, *“la protección de la integridad física, psicológica, moral, sexual, patrimonial y económica de las mujeres, y su derecho a una vida libre de toda forma de violencia”*.

¹⁰ Proyecto de Ley Integral contra la violencia hacia las mujeres. Corte Suprema de Justicia, Secretaría de Género, Ministerio de la Mujer, Comisión de Equidad, Género, y Desarrollo Social Honorable Cámara de Senadores, ONU Mujeres 2012.



Para buscar justicia, debemos partir del tipo penal *refiriéndonos como la descripción de un acto omisivo o activo, como delito o crimen, establecido en una ley penal*. En otros términos, es la conducta activa u omisiva que nuestra ley penal sanciona expresamente con una pena sobre la base del principio de la legalidad.

En el caso que nos ocupa, el **Artículo 69 del Proyecto del Ley Integral**, prevé como tipo penal la Violencia doméstica o intrafamiliar, al establecer en su inciso 1°:

“Quien incurra en los hechos punibles de lesión, maltrato físico, maltrato síquico, o amenaza, contra una mujer; mujer adolescente o niña, en el ámbito doméstico o intrafamiliar; será castigado con una pena privativa de libertad de tres a seis años...”

Al respecto, la presente ley en virtud del artículo de referencia, individualiza y amplía los tipos de violencia, pues comparándolo con el artículo 229 del Código Penal vigente, modificado por la Ley 4628/12, se verifica que este último se limita a sancionar la violencia física y psicológica.

La norma de referencia “Anteproyecto de la Ley Integral” incluye en un tipo penal, la conducta de los hechos punibles de lesión, maltrato físico, maltrato psíquico, incluyendo la amenaza (en el ámbito doméstico), que según lo dispone el artículo 122 inciso 2°, es recurrible solamente a instancia de parte y conforme con el artículo 17 del CPP, es de acción penal privada, al igual que la lesión y el maltrato físico. Esto implica que al cometerse la lesión, el maltrato físico y la amenaza, dentro del ámbito de la violencia de género en los términos del anteproyecto, el hecho punible resulta de acción penal pública y, por lo tanto, el ejercicio de la acción, corresponde al Ministerio Público.

En otro orden de cosas, elimina el requisito de la habitualidad, que en la actualidad, para los operadores de justicia constituye un obstáculo legal que limita la intervención del Ministerio Público en estos hechos punibles.

No obstante, la circunstancia de que la víctima no haya denunciado los maltratos ante la autoridad competente con anterioridad, no siempre es compatible con lo que efectivamente sucede en la realidad y, en la mayoría de los casos, basta con un estudio victimológico para comprobar la asiduidad de los maltratos o vejámenes. De igual manera, la violencia intrafamiliar no debe ser habitual para ser sancionada, justamente, el punto es y debe ser la no tolerancia.

El presupuesto de la habitualidad, como elemento objetivo que hoy requiere



el tipo penal de Violencia Familiar, no resulta razonable. En efecto, si se cambia de escenario y se utiliza ese mismo tenor, se podría decir que habría que tolerar el primer robo, el primer hurto y, por qué no, el primer homicidio, lo que resulta absolutamente inadmisibles.

En la actualidad, conforme con las normas vigentes, una vez que el operador de justicia toma conocimiento del hecho de violencia, resulta suficiente para promover la acción penal pública y solo así, respetando el debido proceso, finalmente sancionarla. Existe, no obstante, una nueva modificación al artículo 229 del CP (Ley 4628/12), aunque persiste el requisito de la habitualidad, con excepción de que el hecho de violencia se desprende una lesión.

En ese contexto, en virtud del artículo 229 del CP, recibida la *noticia criminis* y analizados los hechos, los fiscales deben recurrir a la figura del concurso de hechos punibles (artículo 70 CP), para analizar en un mismo proceso las distintas conductas de acuerdo a esta figura que se utiliza *...cuando un mismo hecho transgrede varias disposiciones penales o la misma disposición penal varias veces o varios hechos punibles del mismo autor sean objeto de un procedimiento...*

Mediante esta estrategia, se podría ampliar el marco penal *-la expectativa de pena sobre la base de un mínimo y máximo-* y, de esta manera, poder requerir al juez una medida cautelar apropiada al hecho investigado, incluyendo la prisión preventiva para lograr una protección efectiva de la víctima, si fuere necesario.

De lo contrario, si no se recurriera a la figura del concurso de hechos punibles, resultaría por demás difícil obtener la medida cautelar de prisión preventiva durante las distintas etapas del proceso, que en la mayoría de los casos, es necesaria en hechos punibles de esta naturaleza, para proteger a las víctimas.

La práctica judicial indica que en la mayoría de este tipo de casos de violencia de género, no se visualiza a la víctima y, por ende, no se la protege como es debido. En efecto, salvo jueces o juezas con perspectiva de género, resulta una constante la libertad ambulatoria que se otorga al victimario en este tipo de hechos o, lo que resulta más grave aún, el arresto domiciliario, ubicando al agresor en el lugar donde cometía el hecho punible, hasta forzando a la víctima a salir de su domicilio, en salvaguarda de su integridad física.

No obstante, es de destacar que también en la práctica judicial se han obtenido logros significativos en materia de la lucha contra la violencia intrafamiliar. Prueba de ello, son varios precedentes judiciales que, con el impulso tenaz del Ministerio Público, han hecho primar principios constitucionales para la protección de víctimas de violencia doméstica.



En efecto, en el año 2006, en el marco de la causa 12/06 “GAC s/ Violencia Familiar y Maltrato de Menor”, el Ministerio Público requirió la medida cautelar de prisión preventiva para el imputado GAC, sustentando el pedido en los arts. 4º (*“toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica”*), 47º (*“igualdad en el acceso a la justicia”*) y 60: (*“de la protección contra la violencia en el ámbito familiar”*) de la Constitución Nacional.

Y así, de conformidad con tal petición, se impuso y mantuvo la prisión preventiva del imputado durante toda la etapa preparatoria (con confirmación de la medida impuesta por el Tribunal de Apelaciones) y la causa concluyó con una condena en procedimiento abreviado a dos años de pena privativa de libertad por los hechos punibles de Violencia Familiar y Maltrato de Menor (SD N° 04 del 28/01/08, JPG N° 3, Asunción).

En esta misma línea, se obtuvieron tres condenas más, incluida una impuesta en juicio oral y público (Causa 674/08 “NFZ s/ Violencia Familiar, Acuerdo y Sentencia N° 202 del 15/06/10, Tribunal de Sentencia, Asunción.).

Hoy la fundamentación de las resoluciones judiciales en esta materia debe necesariamente acompañarse con los principios y acuerdos internacionales, como la Convención de CEDAW, BELEN DO PARA y 100 Reglas de Brasilia, instrumentos estos que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y derecho positivo vigente y que, sin duda, sostienen y dan fuerza a los requerimientos del Ministerio Público en este tipo de hechos.

Establecer un tipo penal que reúna las distintas conductas resulta por demás interesante, habida cuenta que la violencia de género nunca viene sola cuando se da en el ámbito intrafamiliar, pues se acompaña de maltrato físico, maltrato de menores, lesión, que puede llegar a ser lesión grave y, no debe olvidarse la amenaza, que una vez instalada, trasciende el antes y se transforma en constante, lo que conlleva a la violencia psicológica, que como se mencionó, resulta ser más perjudicial que la propia violencia física.

El tipo penal establecido en el Anteproyecto de Ley Integral individualiza tres situaciones puntuales y dispone un marco penal de tres a seis años, cuando:

1. *Medie vínculo de parentesco, vínculo actual o anterior de matrimonio, concubinato, convivencia, noviazgo, u otro tipo de relación cercana del autor o partícipe con la víctima;*
2. *Revista el autor o partícipe la condición de tutor, curador o guardador de la víctima; o*



3. El hecho tenga lugar en el domicilio de la víctima

Es decir, la norma individualiza detalladamente el vínculo y no discrimina, como sí lo hace el tipo penal actual del artículo 229 cuando establece “*con quien conviva*”. El Anteproyecto de Ley Integral ya no considera como requisito el convivir en tiempo presente, puede tratarse de un vínculo actual o anterior, independientemente del tipo de unión o relación. Asimismo, incluye al autor que goza de la condición de tutor, curador o guardador de la víctima y agrega que *el hecho tenga lugar en el domicilio de la víctima*, con absoluto criterio objetivo.

Es frecuente que estas conductas se sucedan y sean denunciadas justamente al poco tiempo de producirse una separación, por lo que la víctima no necesariamente se encuentra en una situación de convivencia con el agresor. También se debe tener en cuenta que cuando hay hijos de la pareja, pueden darse este tipo de hechos en un régimen de relacionamiento, que habilita la presencia del agresor en el hogar, independientemente de la convivencia como pareja.

Finalmente, la norma concluye con dos disposiciones más que regulan la materia. En este orden, el inciso segundo prescribe:

2°. Cuando el hecho punible cometido en estas circunstancias sea de lesión grave, el autor será castigado con pena privativa de libertad de cinco a doce años. En estos casos el partícipe será castigado conforme con el artículo 31 del Código Penal.

Se observa que en el caso previsto por la norma, el marco penal aumenta considerando una situación agravante del hecho de violencia, como lo es una lesión que reúna los presupuestos del artículo 112 del CP, que implica “*poner a la víctima en peligro de muerte, mutilarla o desfigurarla por largo tiempo, reducir considerablemente y por largo tiempo el uso de su cuerpo o de sus sentidos, en su capacidad de cohabitación o de reproducción, fuerzas psíquicas o intelectuales o capacidad de trabajo o causar enfermedad grave o afligente...*”.

Por su parte, el inciso tercero, dispone: *3°. El hecho punible de violencia familiar, tipificado en el Código Penal (Artículo 229) y sus leyes modificatorias, se aplicará a los casos en los cuales la víctima no sea una mujer, mujer adolescente o niña.*

Con ello, el tipo penal del artículo 229 del Código Penal vigente, reduce su ámbito de aplicación a hechos que no involucren víctimas mujeres, mujeres adolescentes o niñas.



8.- Conclusión

“Rompe el silencio. Cuando seas testigo de la violencia contra las mujeres o las niñas, no te quedes de brazos cruzados. Actúa.”, afirmó el Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-Moon, en una declaración.¹¹

El Anteproyecto de Ley Integral traduce la idea de que las personas e instituciones referentes del Estado, la sociedad civil y de cooperación internacional, siendo permanentes testigos de la violencia contra las mujeres y niñas, constituyeron un grupo de trabajo y actuaron, por cada una de esas mujeres y desde el lugar que les cabe ocupar y, más allá de sus creencias e ideologías, coincidieron en materializar un instrumento de lucha muy valiosa para erradicar la violencia de género.

A veces en silencio, otras más ruidosas, de acuerdo o en disidencia, no se puede negar que con este Anteproyecto se dio un paso, más cercano al objetivo común, cual es visibilizar la violencia contra la mujer en nuestra sociedad.

El Secretario General Adjunto de las Naciones Unidas, Jan Eliasson, afirmó en su discurso: *“Nadie puede hacerlo todo, pero todo el mundo puede hacer algo”*, y agregó el pasado 14 de febrero *“Hoy, nos levantamos. En las próximas semanas, permaneceremos firmes.... debemos continuar nuestra lucha decidida para poner fin a la violencia contra mujeres, niñas y niños”*.¹²

Parafraseando al Secretario General Adjunto: *“Hoy hay un anteproyecto de Ley integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres”*, hoy nos levantamos.

Las mujeres han convertido su sufrimiento en voz pública, visibilizando la magnitud y la intensidad de las agresiones, interpelando leyes y modificando códigos, modelando instituciones y nombrando con nuevos términos viejos crímenes. El femicidio, la trata de personas, el incesto, la violencia doméstica, los crímenes de honor, la violencia física, sexual, psicológica, económica y patrimonial han hecho su ingreso sin retorno al escenario de los derechos humanos, a los tribunales de justicia y a los medios de comunicación.

No es posible separar de los hechos de violencia intrafamiliar una marcada violencia de género en razón del alto porcentaje de sus víctimas mujeres y de sus agresores victimarios; novios, cónyuges, ex parejas.

¹¹ <http://www.un.org/es/women/endviolence/documents.shtml>

¹² www.unwomen.com SayNO - UNiTE to End Violence Against Women en apoyo de la campaña de V-Day One Billion Rising!, 14/02/13



Quienes no lo consideren así, no participan de nuestra sociedad o cierran las cortinas de sus ventanas para que no se vea y suben el volumen de sus televisores, para que no se escuche.



Bibliografía

- CONSTITUCION NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY.
- CODIGO PENAL Y SU MODIFICATORIA.
- INSTRUCTIVO GENERAL Nro. 9, Ministerio Público, Procedimiento a seguir en la investigación de los hechos punibles de Violencia Familiar y Violencia de Genero. 11 de noviembre de 2011.
- LEY 1600/2000 Contra la Violencia Domestica.
- CONVENCIÓN sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW siglas en ingles), ratificada por Ley Nro. 1215/1986 y sus Recomendaciones Generales Nros. 12 (1989) y 19 (1992).
- RESOLUCIÓN 48/104 de 1993 de la Asamblea General de las NNUU, de Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.
- CONVENCIÓN Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará” ratificada por Ley 605/1995.
- REGLAS DE BRASILIA sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. Dirección de Comunicación y Prensa, Ministerio Público.
- Acercándonos a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres. IIDH, Instituto Interamericano de DDHH – San José, CR, 8va reimpresión, 2011.
- PROYECTO DE LEY INTEGRAL contra la violencia hacia las mujeres. Corte Suprema de Justicia, Secretaría de Genero, Ministerio de la Mujer, Comisión de Equidad, Genero, y Desarrollo Social Honorable Cámara de Senadores, ONU Mujeres 2012.
- MANUAL DE ABORDAJE A LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DE GÉNERO. Proyecto “Consolidación y Fortalecimiento del Sistema de Atención a las Mujeres Víctimas de violencia Intrafamiliar”. AECID-Secretaría de la Mujer, Abril 2011.
- ¡Ni una más! Del dicho al hecho: ¿cuánto falta por recorrer? CEPAL, Secretaría Ejecutiva, División de Asuntos de Genero. 2009



LA TUTELA DEL DERECHO DE AUTOR SOBRE EL TÍTULO DE UNA OBRA.

Saida Yaluk Lichi *¹

1. Introducción

En las Unidades Especializadas en Hechos Punibles contra la Propiedad Intelectual, se reciben denuncias sobre plagios de obras, materia del derecho de autor. En el presente trabajo se expondrá los mecanismos existentes para la resolución de casos de denuncias sobre derecho de autor y que, por cuestiones metodológicas, se centrará en aquellas con relación al título de las obras, lo que se considera útil para la labor fiscal.

En este contexto, la pregunta que se pretende responder en este artículo es la siguiente ¿El título de una obra está protegido jurídicamente como tal por el derecho de autor?

Para contextualizar el tema que nos atañe, se parte de la interrogante sobre ¿qué se entiende por Propiedad Intelectual? La OMPI² la define como “*toda creación del intelecto humano*”. Se divide en dos ramas; por un lado, Derecho de Autor y Derechos Conexos y, por otro lado, Derecho de Marcas y Derecho de la Propiedad Industrial.

Cabe señalar que en materia de propiedad intelectual, lo que se protege es la forma de expresión de la idea, no la idea en sí, puesto que así lo prescribe el art. 7 de la Ley N° 1328/1998 de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

A modo de graficar qué es lo que protege la propiedad intelectual, cabe el siguiente ejemplo: Con los colores blanco y negro se crearon los logos de los clubes Olimpia y Libertad; para ambos se utilizaron los mismos colores, pero la disposición de estos es distinta, lo cual los individualiza, identifica y distingue por completo.

¹ * Abogada(2011) por la Universidad Católica de Asunción; Especialista en Didáctica Universitaria, Rectorado de la UNA (2012); Capacitación en Liderazgo Estratégico, Instituto de Altos Estudios Estratégicos del Ministerio de Defensa Nacional (2013); Asistente Fiscal.

² Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.



Es esa *creatividad* utilizada- en este caso para la disposición de los colores- lo que protege la Propiedad Intelectual.

El Derecho de autor para **Delia Lypszyc** es “*la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual*”³. Por otro lado, en los países de derecho anglosajón el derecho de autor es denominado *copyright* (derecho de copia), haciendo hincapié predominantemente en el derecho económico sobre la obra. El autor o creador tiene con su obra una doble relación: por una parte, derechos morales (divulgación, paternidad, integridad y el derecho de retiro de la obra del comercio) y, por otra, posee derechos patrimoniales o económicos sobre su obra, la cual como es de su propiedad puede ser incluso enajenada.

“*No existe propiedad más peculiar para el hombre que la que es producto de la labor de su mente*”⁴, expresa el preámbulo de la ley del Estado de Massachusetts del 17 de marzo de 1789. Cabe indicar que cuando se viola el Derecho de Propiedad Intelectual, no existe un desplazamiento de la posesión (como sucede en los tipos penales de robo, hurto o apropiación), pues no nos referimos a un objeto corporal, sino a un bien inmaterial⁵ susceptible de valor económico.

Primeramente, se debe apuntar que en nuestro ordenamiento jurídico la inscripción de obras en la Dirección de Propiedad Intelectual del Ministerio de Industria y Comercio, de acuerdo al art. 152 “... *es de carácter meramente declarativo y no constitutivo, de manera que su omisión no perjudica el goce ni el ejercicio de los derechos reconocidos por la presente ley*”. El autor goza de los derechos sobre su obra desde el momento de su creación. Esto significa que los derechos del autor no nacen con la inscripción de la obra, por lo cual el acto de inscripción como es de carácter declarativo, lo único que hace es reconocer un derecho ya existente.

En el derecho marcario, a diferencia del anterior, la obtención del título de marcas, sí es constitutivo de derechos sobre un bien inmaterial. Es decir, que una vez

3 VER Lypszyc, Delia- DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Publicado por la UNESCO. Buenos Aires, Argentina, 1995. Pág 11.

4 Citado por Delia Lypszyc en su obra DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Publicado por la UNESCO. Buenos Aires, Argentina, 1995. Pág 19.

5 Así lo indica Ricardo Antequera Parilli en su obra “El arte aplicado a la Industria. Revista Propiedad Intelectual- ISSN: 1316-1164. Mérida Venezuela. Año 5 N° 8 y 9 “*todos los derechos de propiedad intelectual (con excepción de las normas sobre competencia desleal a la propiedad industrial), tienen como característica común que atribuyen derechos subjetivos sobre un bien inmaterial, sea obra, invención, diseño, modelo o signo distintivo*”.



concedido el título de marca por la autoridad administrativa⁶, este otorga al titular derechos patrimoniales sobre la marca registrada.

2- El título de una obra, ¿está bajo tutela jurídica?

Al respecto, corresponde realizar algunas consideraciones. El art. 6 de la Ley N° 1328/1998 establece que: *“El título de una obra, cuando sea original, quedará protegido como parte de ella”*. Así también lo disponen las legislaciones de ciertos países como por ejemplo: *Brasil, Chile, España, Francia y Portugal*. En estos casos de legislación comparada, también se regula como condición para la tutela jurídica, la *originalidad* del título.

En este punto, es pertinente indicar que cuando la norma antes transcrita establece que el título quedará protegido como parte de la obra, ello guarda vital y directa relación con el derecho moral de *integridad*⁷. No obstante, el título utilizado en forma independiente de la obra no goza de protección pues por sí solo no constituye una obra; por lo cual, la obra no puede ser reproducida o utilizada sin indicarse el título, pues este la identifica y relaciona con el autor.

En el mismo sentido, el Profesor **Ricardo Antequera Parilli**, expresa también que *“Al formar parte de la obra misma, son también iguales los derechos que sobre dicho signo tiene el autor de la obra (...) para impedir que se use dicho título para identificar otra creación, tanto en ejercicio del derecho moral de paternidad, junto con el nombre del autor, como en razón del derecho exclusivo de explotación de la obra”*⁸

Ahora bien, en materia de derecho de autor se requiere siquiera un mínimo de *originalidad* para que opere la tutela jurídica⁹. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹⁰, al resolver la Interpretación Prejudicial 32 IP-97, dijo: *“Si la obra debe tener características de originalidad para poder gozar de la protección*

6 La autoridad administrativa en el Paraguay es la Dirección de la Propiedad Industrial dependiente del Ministerio de Industria y Comercio.

7 Ley 1328/1998- Art. 21. Por el derecho de integridad, el autor tiene(...)la facultad de oponerse a toda deformación, modificación o alteración de la misma que cause perjuicio a su honor o reputación como autor”

8 VER Antequera Parilli, Ricardo. El arte aplicado a la Industria. Revista Propiedad Intelectual- ISSN: 1316-1164. Mérida Venezuela. Año 5 N° 8 y 9. Pág. 83.

9 VER Lipszyc, Delia- DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Publicado por la UNESCO. Buenos Aires, Argentina, 1995. Pág 120.

10 El órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina nace el 28 de mayo de 1979 mediante la suscripción del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Tiene su sede en Quito. Países integrantes: Colombia, Ecuador, Bolivia y Perú.



*legal, nada distinto puede ocurrir respecto del título(...) Por lo demás, el requisito de la originalidad para la protección del título responde incluso al sentido común”.*¹¹

Entonces, en un principio, puede afirmarse que el título de una obra sí es objeto de tutela jurídica por parte del derecho de autor, porque es parte de la creación y la identifica e individualiza.

El requisito de la originalidad.

El siguiente paso es determinar, qué se entiende por *original* en un título. Cuando hablamos del título de una obra, se los clasifica como originales o banales. Los títulos originales son aquellos fruto de la creatividad e imaginación del autor para la utilización y disposición de palabras, como por ejemplo “*El nombre de la rosa*” de Humberto Eco o “*Más paraguay que la mandioca*” de Aníbal Romero Sanabria.

Mientras que los banales únicamente sirven para identificar e individualizar a la obra en cuestión. A decir de **Delia Lipszyc** estos “*No representan un esfuerzo creativo aunque se adecuen muy bien a la obra... El fuego, El legionario, El lingote, La marcha fúnebre, son ejemplos de títulos de esta clase. Solo identifican la obra*”¹². A mayor originalidad, mayor nivel de protección.

Así también, los títulos llamados genéricos no gozan de tutela jurídica, pues hacen referencia al género de la obra o a la designación de su contenido.

El Diccionario de la Real Academia Española¹³, en la acepción pertinente al caso, define la palabra original como “*adj. Dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género: Que resulta de la inventiva de su autor*”.

La originalidad también es sinónimo de individualidad¹⁴ y no requiere de la novedad, que sí es un requisito sólo exigible a las invenciones industriales¹⁵, pues en

11 Jurisprudencia citada por Ricardo Antequera Parilli en su obra “El arte aplicado a la Industria. Revista Propiedad Intelectual- ISSN: 1316-1164. Mérida Venezuela. Año 5 N° 8 y 9. Pág. 84.

12 VER Lipszyc, Delia- DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Publicado por la UNESCO. Buenos Aires, Argentina, 1995. Pág 120.

13 Versión online de la real academia española <http://www.rae.es/rae.html>

14 VER Antequera Parilli, Ricardo. El arte aplicado a la Industria. Revista Propiedad Intelectual- ISSN: 1316-1164. Mérida Venezuela. Año 5 N° 8 y 9. Pág. 83.

15 VER, Antequera Parilli, Ricardo. El arte aplicado a la Industria. Revista Propiedad Intelectual- ISSN: 1316-1164. Mérida Venezuela. Año 5 N° 8 y 9. Pág. 83.



derecho de autor con una misma idea, pero expresada de otra forma, se pueden crear diversas obras, sin que por ello estas carezcan de originalidad e individualidad.

Al respecto, en caso de falta de originalidad *“la inaplicabilidad de la protección del derecho no se relaciona con la falta de valor o mérito artístico del título, sino con la ausencia de originalidad, condición necesaria para que opere la protección del derecho de autor”*¹⁶.

En consecuencia, el título de una obra es objeto de tutela jurídica por parte del derecho de autor, solo cuando cumple el requisito de originalidad.

3- Derecho de autor y derecho de marcas. Doble protección jurídica.

La ley n° 1294/1998 de Marcas, en su artículo 1 define a las marcas como *“...todos los signos que sirvan para distinguir productos o servicios. Las marcas podrán consistir en una o más palabras (...)”*. Las marcas son clasificadas como figurativas o denominativas. Esta última se refiere a una palabra o conjunto de palabras.

En nuestro ordenamiento jurídico, en caso de que el título de una obra esté protegido por el Derecho de Autor, este no puede ser registrado por otra persona como marca, de acuerdo a lo establecido por el Art. 2 de la Ley de Marcas. En efecto, tal normativa establece que no podrán registrarse como marcas: *“ (...)h) los signos que infrinjan un derecho de autor o un derecho de propiedad industrial de un tercero”*. El citado artículo faculta al titular de la obra a oponerse cuando un tercero pretenda registrar su título como marca.

El titular de una obra de derecho de autor registrada o divulgada (expuesta al público, pero no inscripta), puede perfectamente inscribir el título de su obra como marca a fin de otorgarle una mayor protección jurídica. El título de marca posee en un sentido mayor validez jurídica, pues para su concesión se realiza un estudio de fondo y forma, mientras que en derecho de autor, la titularidad nace con la creación de la obra y se presume que quien afirma su autoría es el creador (es presumida pues se la atribuye a quien afirma su creación.)

En efecto, en países como Estados Unidos y España, es frecuente registrar

16 VER Lipszyc, Delia- DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Publicado por la UNESCO. Buenos Aires, Argentina, 1995. Pág 121.



como marca el título de una obra cinematográfica o televisiva; así, el autor se reserva el derecho de asociar a dicho título la comercialización de determinados productos¹⁷. Asimismo, las editoriales no lanzan un libro al mercado sin haberlo previamente registrado como marca. Esto ya está establecido en el Contrato de edición, precisamente para prevenir que se susciten conflictos legales.

Por las razones expuestas, otras legislaciones también aceptan una doble protección jurídica¹⁸; es decir, que un mismo bien intelectual esté protegido por el derecho de autor como por el derecho de marcas. Así lo ha expresado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la Interpretación Prejudicial 32-IP-97, al afirmar que *“una obra puede ser protegida asimismo como marca, o un signo distintivo marcario puede constituir también una obra”*¹⁹.

Como se puede ver, existen como señala **Ricardo Parilli** *“zonas de contacto”* entre el derecho de autor y derecho de marcas, pues ambos se encuentran comprendidos por la Propiedad Intelectual y como tales poseen puntos de convergencia, así como por otro lado también podrían darse conflictos, tal cual lo hemos señalado más arriba.

4- Conclusión. Consideraciones finales.

Con este trabajo de investigación, se ha respondido a la pregunta planteada al inicio. En efecto, ha quedado claro que para que la protección de la norma opere, el título necesariamente debe ser parte de una obra y que además, resulta una condición *sine qua non* determinar si se está o no ante un título original. Esto determina, como primera conclusión, que se excluyen de dicha tutela legal a los títulos banales y genéricos.

Por lo tanto, en caso de denunciarse el uso sin autorización de un título, lo determinante es que sea parte de una obra, pues el título -por sí solo- no sería objeto de protección, ya que la tutela nace en razón de que esa denominación es considerada como parte de la obra y, por ende, objeto de protección legal.

Por otro lado, no basta con confirmar la pertenencia a una obra, sino que

¹⁷ El denominado *merchandising*.

¹⁸ VER Antequera Parilli, Ricardo. El arte aplicado a la Industria. Revista Propiedad Intelectual- ISSN: 1316-1164. Mérida Venezuela. Año 5 N° 8 y 9. Pág. 84.

¹⁹ Jurisprudencia citada por Ricardo Antequera Parilli en su obra “ El arte aplicado a la Industria. Revista Propiedad Intelectual- ISSN: 1316-1164. Mérida Venezuela. Año 5 N° 8 y 9. Pág. 84.



además, es necesario determinar que ese nombre o título sea original, a diferencia de los banales y genéricos. Los parámetros para definir la originalidad han sido apuntados en el presente trabajo y constituyen herramientas válidas para afirmar la protección jurídica o descartarla.

Justamente, la definición acerca de la originalidad del título de la obra es fundamental, pues de esa decisión dependerán las acciones a seguir por el Ministerio Público, el que solo puede intervenir siempre y cuando existan elementos suficientes acerca de la existencia de un hecho punible.

No obstante, a pesar de que no constituya un hecho punible-debido a la falta de originalidad - el denunciante no se encontraría carente de acción en la jurisdicción civil- pues eventualmente podría demandar civilmente por competencia desleal²⁰, porque la utilización del título le cause algún daño o perjuicio.

20 VER Lipszyc, Delia- DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Publicado por la UNESCO. Buenos Aires, Argentina, 1995. Pág 121.



Bibliografía.

- Bareiro de Mónica, Gladys Ester y Mónica, Carmelo Alberto- DERECHO PARAGUAYO DE AUTOR- Asunción, Paraguay, 2011.
- Lypszyc, Delia- DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Publicado por la Unesco. Buenos Aires, Argentina, 1995.
- Lypszyc, Delia. NUEVOS TEMAS DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS- Publicado por la Unesco. Buenos Aires, Argentina, 2004.

Páginas Web consultadas.

- Página web oficial del Diccionario de la Real Academia Española. Dirección: [http:// www.rae.es/rae.html](http://www.rae.es/rae.html)
- Antequera Parilli, Ricardo; Las “zonas de contacto” entre los derechos de propiedad intelectual. 2013. Obtenido de la red el día 27 de junio del 2013 de la dirección:
http://www.adopi.org.do/index.php?option=com_content&view=article&id=88:las-zonas-de-contacto-entre-los-derechos-de-propiedad-intelectual&catid=43:articulos-de-interes&Itemid=76

Legislación.

- Ley 1328/1998- Del Derecho de Autor y Derechos Conexos.
- Ley 1160/97 Código Penal, texto consolidado con la Ley modificatoria 3440/2008, Asunción, Intercontinental, 2009.



LEY PENAL EN BLANCO EN MATERIA AMBIENTAL

Gustavo Rubén Acosta Vera*¹

1. Introducción

El Derecho Penal ambiental, es una rama del derecho relativamente nueva que, en su generalidad, presenta constantes avances, además de poseer características particulares teniendo en cuenta la especialidad de la materia.

Entre las características de las normas penales ambientales, podemos destacar, que son normas penales de peligro, de intervención mínima, entre otras.

En el presente trabajo se abordará solo una de las características de las normas penales ambientales, que si bien no es exclusiva del derecho penal ambiental, constituye una de las notas más resaltantes de este. Esto es, que en su construcción, las normas ambientales se presentan, en su mayoría, como **LEYES PENALES EN BLANCO**.

2. Ley penal en blanco. concepto. clasificación

2.1. ¿Qué se entiende por Ley Penal en Blanco?

Se entiende por “*ley penal en blanco*” aquella norma jurídica con rango legal que remite y, por tanto, habilita a otra norma a regular un aspecto o materia concreta. En otras palabras, el supuesto de hecho no se encuentra regulado por completo en la norma legal, sino que debe acudir a otra norma jurídica con el mismo rango o de rango inferior para poder completarlo.

La técnica legislativa adoptada en las leyes de carácter penal ambiental ha

*1 Abogado por la Universidad Nacional de Asunción (200/2005), Post-grado en Didáctica Superior Universitaria por la Universidad Nacional de Asunción (2007), Curso de Capacitación en Liderazgo Estratégico por el Instituto de Altos Estudios Estratégicos - I.A.E.E. del Ministerio de Defensa Nacional (2012). Miembro de la Liga Mundial de Abogados Ambientalistas - LIMAA, con sede en la ciudad de México D.F. Docente/ Disertante de la cátedra de Derecho Ambiental en la Universidad Leonardo Da Vinci Luque - Py. Varios cursos, seminarios, talleres y encuentros nacionales e internacionales referidos a Derecho Penal y Derecho Ambiental. Reasignado como Asistente Fiscal a la Unidad Fiscal Especializada en Delitos Ambientales (2006/2012). Reasignado a la Fiscalía Adjunta del Área Especializada en Delitos Ambientales (2012/2013). Reasignado a la Coordinación del Área Civil de la Dirección de Gabinete Fiscal de la Fiscalía General del Estado (2013 a la fecha).



sido, en su mayoría, la de ley penal en blanco, debido a que la norma penal no puede recoger los múltiples matices con los que la conducta punible puede producirse, de modo que resulta inevitable remitirse al reglamento para completar la definición.

Enrique Cury en su obra “La ley Penal en Blanco” la define de la siguiente manera: *“La Ley Penal en Blanco es aquella que determina la sanción aplicable, describiendo solo parcialmente el tipo delictivo correspondiente y confiando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica a la cual reenvía expresa o tácitamente”*²

Mir Puig señala que se habla de leyes penales en blanco para referirse a ciertos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos.³

Cury continúa diciendo, al respecto que: *“...se entiende por ley penal en blanco toda aquella que remite el complemento de su precepto a una disposición distinta, cualesquiera sea el origen y la ubicación de la misma...”*⁴

Suele recurrirse a esta técnica cuando la materia es compleja y muy cambiante, como ser, la regulación relativa a hechos punibles ambientales y contra el erario, entre otras. El motivo de su uso estriba en evitar que el Código Penal sea excesivamente extenso y que deba modificarse frecuentemente.

De esta manera, se evita el procedimiento establecido constitucionalmente para la aprobación y modificación de leyes, ya que, en general, la remisión se hace a una ley ordinaria o a una norma con rango reglamentario, cuyos procedimientos de aprobación y modificación son menos exigentes.

Este es el caso del Derecho Penal Ambiental que, debido a la complejidad y tecnicismo de la materia, hace inevitable la remisión a otra norma, generalmente, de inferior rango.

2 Cury, Enrique, “Ley Penal en Blanco”, Ed. Temis S.A., Bogotá – Colombia. 1.998. Pág. 38.

3 Mir Puig, Santiago, Derecho Penal Parte Genral. 5ª edición. Barcelona, 1998. Ps. 33, 34

4 Cury, Enrique, “Ley Penal en Blanco”, Ed. Temis S.A., Bogotá – Colombia. 1.998. Pág. 39.



2.2. Clasificación de las leyes penales en blanco

Si bien las normas penales en blanco poseen la característica general de que el supuesto punible se complementa con otras normas (de igual o menor rango), algunos doctrinarios, en especial los originarios de aquellos países en los que la aplicación de esta técnica genera conflictos de índole constitucional, proponen una suerte de clasificación de este tipo de normas.

No obstante, se debe destacar que, a nivel nacional, esa problemática constitucional no se da, puesto que el artículo 137 de la Carta Magna⁵ establece el orden de prelación de las leyes en el sistema jurídico paraguayo y con ello se zanja cualquier interpretación en contrario. En ese entendimiento, cuando el supuesto normativo con su sanción se halla previsto en una ley penal que debe integrarse con una norma de igual o menor rango, se transforma en una ley penal completa y no existe conflicto ni discusión sobre su carácter y prelación dentro del sistema.

Por esta razón, la clasificación de las normas penales en blanco para nuestro sistema no tiene más que el carácter didáctico, en el sentido de identificar la manera en la que éstas pueden integrarse con otras leyes de igual rango o con disposiciones normativas de menor prelación.

Así, para **Cury** las clases de leyes penales en blanco se dividen en dos grupos: las propias y las impropias.

2.2.1. La ley penal en blanco propia:

Opera cuando se confía la complementación del precepto legal a una instancia legislativa de inferior jerarquía (disposición reglamentaria o administrativa). La ley tipifica objetivamente una conducta, que la autoridad administrativa se encarga de determinar.

En el ordenamiento jurídico paraguayo, la ley penal en blanco propia se utiliza en la tipificación de diversos hechos punibles, como ser, los referidos a materias económicas, ambientales, cambiarias, propiedad industrial, entre otras.

⁵ CN, artículo 137: **De la Supremacía Constitucional.** “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado...”



2.2.2. Ley penal en blanco impropia:

Se limita a castigar ciertas conductas violatorias de lo que, en determinada materia, ordena la ley, reglamento, etc. En estos casos, aunque lo punible depende de otra instancia legislativa, la ley principal es lo que la especifica, de una manera que excluye la posibilidad creadora de la ley complementaria.⁶

Las leyes penales en blanco impropias, son aquellas que realizan un reenvío externo, esto es, remiten a otra ley formal. Es decir; la ley establece la pena pero se remite para determinar la conducta sancionada a otras disposiciones de la misma ley o de otra ley del mismo rango constitucional.

Estos casos se dan cuando la ley penal se remite a otra ley o, para decirlo de otra manera, a una disposición normativa con la misma jerarquía. Este tipo de normas se observan en varias disposiciones del Código Penal, como ser:

- El artículo 261, Evasión de Impuestos, cuando determina que la conducta punible es “*proporcionar a las oficinas perceptoras u otras entidades administrativas, datos falsos sobre hechos relevantes para la determinación del impuesto*”. Los “hechos relevantes para la determinación del impuesto” están definidos en las leyes especiales que al respecto existen sobre la materia, por lo que para configurar este hecho punible, se deberá recurrir a ellas.
- Igualmente, el artículo 313, Cobro Indebido de Honorarios, al definir como conducta punible “*cobrar en provecho propio honorarios y otras remuneraciones no debidas*”, necesariamente se debe recurrir, si el autor es abogado, a la Ley de Honorarios Profesionales para determinar la existencia del cobro indebido; si el autor es funcionario público, a la Constitución Nacional y a la Ley de la Función Pública, a los efectos de determinar la remuneración no debida; etc.

De acuerdo a la clasificación descripta y, advertidos de su carácter netamente didáctico, lo relevante de esta cuestión es hacer visible con ejemplos, cómo esta técnica legislativa está inmersa en nuestro sistema penal. Por otra parte, la ilustración con ejemplos concretos, permite identificar este tipo de normas teniendo presente las características propias de su construcción.

⁶ Cury Enrique, La Ley Penal en Blanco. Editorial Temis. S.A. Bogotá – Colombia 1998. Pag. 40.



2.3 Leyes penales en blanco propias y su aplicación

Esta categoría de leyes penales en blanco son las que más a menudo son utilizadas los cuerpos legales. Son aquellas cuya fuente para la correcta tipificación de la conducta utiliza como complemento a una ley de menor rango. Esta es la denominada ley penal en blanco por excelencia, que para poder ser completada se remite a una norma de inferior rango, generalmente, a disposiciones de carácter administrativo.

Como ejemplo de este tipo de norma, se tiene el artículo 198 del Código Penal “*Contaminación del Aire y emisión de ruidos dañinos*”, que expresa:

“...2° Se entenderá como indebida la medida de la contaminación o ruido cuando: 1..., 2...,...3. Se haya excedido los valores de emisión establecidos por la autoridad administrativa competente...”

El artículo transcripto, para ser completado se remite a los parámetros establecidos por la autoridad administrativa de aplicación de la medición de los valores de ruidos, que en este caso, son las Municipalidades, en el marco de la Ley 1100/97 “Polución Sonora”, en virtud de lo dispuesto en su Art. 9⁷.

Si bien es cierto, la norma penal transcrita no se remite directamente a la ley de menor rango, con el término “autoridad administrativa competente”, determina que se debe recurrir al cuerpo normativo respectivo que establece cuál es la autoridad competente en esa materia y cuáles son los niveles de ruidos permitidos.

Sobre esta base, para completar el tipo penal es necesario recurrir a ley que regula esa cuestión, así como a la normativa administrativa, pues en esta se define cual es la medida de decibeles permitidos en cuanto a los sonidos.

Asimismo, se pueden traer a colación, varios otros hechos punibles previstos en el Código Penal que poseen esta estructura, como ser:

- Artículo 197, *Ensuciamiento y Alteración de las Aguas* (si bien se debe recurrir a disposiciones legales sobre la materia, también la norma se integra con las decisiones administrativas de la autoridad competente);

⁷ Artículo 9°.-“*Se consideran ruidos y sonidos molestos a los que sobrepasen los niveles promedios que se especifican en el siguiente cuadro:...*”



- Artículo 198, *Maltrato de Suelos* (se debe recurrir a disposiciones legales y **administrativas** sobre la admisión y uso de sustancias que puedan afectar el suelo);
- Artículo 200. *Procesamiento Ilícito de Desechos* (se debe recurrir a los procedimientos legales y administrativos que determinan la forma en que deben tratarse los desechos). En todos estos casos, se observa que las disposiciones penales remiten a otras disposiciones administrativas para su integración.
- Artículo 204, *Actividades Peligrosas en la Construcción* (para su configuración, se debe acudir a las exigencias del cuidado técnico, que se hallan reguladas mediante ordenanzas municipales, resoluciones administrativas, etc.);
- Artículo 205, *Exposición de Personas a Lugares de Trabajo Peligroso* (se debe recurrir para su integración a las disposiciones sobre seguridad y prevención de accidentes);
- Artículo 206, *Comercialización de Medicamentos Nocivos* (para complementar la norma, se debe recurrir a las autoridades administrativas que regulan la circulación de medicamentos), entre otros.

De conformidad con los conceptos y clasificaciones precedentemente expuestos, se puede afirmar que:

- Solo son leyes en blanco aquellas que tipifican delitos. Por ende, quedan fuera todos aquellos preceptos de la Parte General del Código Penal, donde entre otras cosas se delimitan conceptos y principios.
- Las normas son calificadas de leyes en blanco cuando confían a otra norma la determinación de la conducta punible o su resultado.⁸

3. Utilización de la técnica en normas penales ambientales

Si bien es cierto las normas redactadas con la técnica legislativa de la ley penal en blanco, tal cual se anticipó, pueden encontrarse a lo largo de todo el ordenamiento

⁸ Cury, Enrique, “Ley Penal en Blanco”, Ed. Temis S.A., Bogotá – Colombia. 1.998. Pág. 48/9.-



jurídico penal nacional, con este trabajo se pretende destacar la aplicación de esta técnica en materia ambiental,.

Se dijo más arriba, que las leyes penales en blanco son utilizadas como herramienta legislativa para reglar las conductas cuya complejidad hacen necesaria la remisión a ordenamientos jurídicos de inferior rango, a los efectos de que con ellas se configuren los tipos penales, teniendo en cuenta las situaciones cambiantes, que en la generalidad de los casos, corresponden a materias especializadas.

En este punto, a modo de ejemplo, se presentarán ciertas normas en las que se utiliza esta técnica legislativa, en materia ambiental:

En el Código Penal Paraguayo, por ejemplo, se encuentra en el Título III “Hechos Punibles contra la Seguridad de la Vida y de la Integridad Física de las Personas”, Capítulo I “Hechos Punibles contra las Bases Naturales de la Vida Humana”, específicamente, el Artículo 209: *Comercialización y uso no autorizados de sustancia químicas*, que expresa:

1° El que en el marco de las actividades de un establecimiento industrial o mercantil, y sin que la entidad encargada de la comprobación de la seguridad lo haya autorizado, pusiera o interviniera en la circulación de sustancias químicas, en especial las destinadas a la limpieza, protección de plantas o combate de pestes y plagas que, utilizadas en la forma indicada o usual el cuerpo humano pueda absorber, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

2° Con la misma pena será castigado el que en un establecimiento agropecuario, industrial o mercantil, utilizara las sustancias señaladas en el inciso anterior sin que estas hayan sido autorizadas o que, en caso de haber sido autorizadas, lo hiciere incumpliendo las condiciones establecidas para el efecto.

3° El que realizara el hecho mediante una conducta culposa será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

En el artículo transcrito, se evidencia que la conducta punible se halla supeditada a otra norma, en el sentido de que lo prohibido por tal disposición penal es “la circulación de sustancias químicas **sin que la entidad encargada de la comprobación de la seguridad lo haya autorizado**”.



En tanto, esas autoridades de aplicación y los procedimientos administrativos para otorgar dicha autorización se encuentran contemplados en la Ley 836/80 “Código Sanitario” y en la Ley 123/91 “Que adopta nuevas formas de protección fitosanitarias”, y los órganos encargados son el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, por un lado y el SENAVE, por el otro.

Asimismo, en la Ley 716/96 “Que sanciona los Delitos Ambientales”, se encuentran normas redactadas con esta técnica legislativa en casi toda su extensión. A modo de ejemplo, se citan algunas:

Artículo 4º “Serán sancionados con penitenciaría de tres a ocho años y multa de 500 a 2000 jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas:

...inc. b) Los que procedan a la explotación forestal de bosques declarados especiales o protectores.”

Este artículo tiene su complemento legal en el Art. 7º de la Ley 422/73 Forestal, que define los bosques especiales como aquellos que por razones de orden científico, educacional, histórico, turístico, experimental o recreativo, deben conservarse como tales.

Del mismo modo, se tiene el Artículo 5º:

“Serán sancionados con penitenciaría de uno a cinco años y multa de 500 a 1500 jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas:

...inc. e) Los que eludan las obligaciones legales referentes a medidas de mitigación de impacto ambiental o ejecuten deficientemente las mismas”

En este artículo, la conducta punible se termina de construir con las disposiciones contenidas en la Ley 294/93 de “Evaluación de Impacto Ambiental” y su Decreto Reglamentario 14281/96.

4. Importancia de la técnica en materia ambiental

Ya adentrados en el ordenamiento jurídico nacional, dando especial énfasis



al derecho penal ambiental o normas que sancionan delitos ambientales, surge la siguiente interrogante:

4.1 *¿Cuál es la importancia de la redacción de las normas ambientales con esta técnica legislativa?*

El derecho penal ambiental es una rama del derecho penal de carácter especial. Debido a la multiplicidad de ciencias que intervienen dentro de él, se nutre y toma como auxiliares a ciencias como la química, biología, zoología, ingeniería forestal, entre otras.

En este contexto y en atención a lo antes dicho, el área ambiental cuenta con una ley especial, donde se sancionan con exclusividad los hechos punibles de ese orden (la Ley 716/96 “Que sanciona los delitos ambientales”). En este cuerpo normativo encontramos esta técnica legislativa, motivo del presente estudio, en casi toda su extensión.

La importancia de la redacción con esta técnica jurídica, radica en las situaciones cambiantes de la materia y en la diversidad de ciencias auxiliares que entran en acción al momento de la investigación de hechos punibles de orden ambiental.

En este sentido, y atendiendo a la novedad de la materia, las instituciones administrativas, que son autoridades de aplicación de leyes ambientales, constantemente renuevan las leyes considerando el constante dinamismo de la problemática de orden ambiental a nivel regional y mundial.

En este sentido, podemos destacar claramente dos situaciones en las cuales radica la importancia de la aparición de la ley penal en blanco, a saber: **a)** la variabilidad de las situaciones de las cuales depende la lesión del bien jurídico tutelado por el tipo en blanco, y **b)** la necesidad de someter a una pena al conjunto de infracciones a la regulación jurídica de una materia compleja.

Del mismo modo, la importancia y su fundamento son, más que nada, de índole práctico y sin lugar a dudas se justifica su admisión. La conducta constituye la “disposición” y se halla ligada con otras ramas del sistema jurídico, donde la actividad legislativa es prácticamente incesante, por lo que en caso de incluirlas en los ordenamientos penales, este se reformaría constantemente. En consecuencia, esta técnica surge, a los efectos de evitar el deterioro legislativo de la norma penal.



La alta complejidad y el excesivo tecnicismo de las conductas propias de las infracciones de carácter ambiental, hacen imposible que las normas penales recojan todas y cada una de ellas, atendiendo el rigorismo con el que deben ser redactadas las normas penales, motivos por los cuales los legisladores optan por esta técnica legislativa, puesto que de lo contrario, se estaría penalizando un catálogo interminable de conductas, lo que ocasionaría un impacto jurídicamente inadmisibles en el ordenamiento penal.

En síntesis, puede afirmarse que la utilidad de esta técnica para legislar es que permite actualizar en forma rápida la normativa ambiental, a través de normas de fácil adecuación, siendo que el Derecho Ambiental está fuertemente marcado por la ciencia y la tecnología, por lo cual está en constante evolución y expansión. No utilizarlas implicaría cristalizar la realidad social o aceptar el deterioro de la ley penal, que quedaría anclada en el pasado.

5. Críticas a la técnica legislativa

La redacción de normas penales con la técnica legislativa de la ley penal en blanco, para algunos doctrinarios puede presentar una serie de inconvenientes, pues según su entender, puede atentar contra el principio de taxatividad y contra el principio de legalidad, al tener que completarse el supuesto de hecho recurriendo a otras normas y, sobre todo, por permitir que la normativa penal sea regulada por una norma con rango reglamentario y no legal como se exige.

No obstante, en este punto, se debe reiterar lo que se apuntaba en el presente trabajo al momento de presentar la clasificación de las normas penales en blanco (con el solo efecto didáctico, en el caso de Paraguay), puesto que esa discusión encuentra solución práctica en la misma Carta Magna, que establece el orden de prelación de las leyes y, de esta forma, no surgen inconvenientes al respecto de la construcción de este tipo de disposiciones legales.

De igual manera, corresponde poner a conocimiento que los detractores de esta técnica señalan que las normas penales en blanco, pueden contradecir al principio "*nullum crime nulla poena sine lege*", según el cual no puede haber delitos ni penas si no están tipificados en la ley formal, por lo cual no puede ser una norma técnica el fundamento para la configuración del delito. A lo cual, se agrega la supuesta contravención al Principio de Legalidad y a los Derechos Humanos fundamentales, en tanto está en juego la libertad de una persona, por la violación a una norma técnica



que es de rango inferior a la Ley. Se defiende así, el carácter absoluto de la Reserva Legal⁹.

Como se sabe, la existencia del fundamental principio de legalidad en el derecho penal, implica que solo se entenderá como delictiva aquella conducta que ha sido declarada como tal en una norma penal antes de su comisión por el sujeto infractor, de acuerdo a lo establecido por el Art. 1º del Código Penal -Principio de Legalidad¹⁰, por lo que la supuesta indefinición de las normas penales en blanco, podría constituir, una vulneración de tal principio, más aún en aquellos casos en que la determinación de la conducta antijurídica queda encomendada a una disposición de rango inferior a la ley penal.

Sin embargo, es necesario destacar que la técnica de la ley penal en blanco es compatible con las garantías constitucionales del principio de legalidad penal y del principio de taxatividad, siempre que se observen ciertas cautelas en su empleo por parte del legislador; por ejemplo: la remisión a la legislación extrapenal debe ser expresa y deben evitar las remisiones genéricas o imprecisas; en segundo lugar, la remisión debe ser imprescindible a la vista de las necesidades de tutela del bien jurídico que se desea resguardar, cuya protección ha de ser técnicamente precisada. Por último, pero no de menor importancia, se debe apuntar que el núcleo de la conducta típica –sus consecuencias–, y la pena, siempre habrán de estar consignadas en la ley penal.

Por otro lado, otra de las críticas, es que el uso reiterado de esta técnica dificulta a gran escala la labor del penalista, porque debe remitirse con frecuencia a ámbitos jurídicos para él a veces desconocidos, a la vez que contribuye a una diversidad legislativa en el sistema jurídico penal con la disgregación que esta genera, pudiendo traer consigo inseguridad e incertidumbre en el derecho.

Pero, como también se ha afirmado, las normas penales en blanco que remiten a una norma complementaria, proporcionan mayor seguridad jurídica que la utilización por el Código Penal de conceptos abstractos o superfluos, que quedan librados a la interpretación por penalistas, sin una disposición escrita en la cual fundamentarse.

9 Reserva Legal, conjunto de materias que debido a la importancia que se le confiere desde el punto de vista jurídico y político, únicamente puede ser disciplinado por ley.

10 Art. 1º Principio de Legalidad. “*Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción*”



5.1 Inconvenientes prácticos en la aplicación de las normas ambientales redactadas con esta técnica. Una visión desde la experiencia

Una problemática de los tipos penales en blanco y la legislación ambiental existente, es que las normas se encuentran de manera dispersa en variados cuerpos legislativos, lo que genera muchísima confusión al momento de integrar la norma penal. Esta circunstancia generó que en el Ministerio Público, se elaboren una serie de instructivos a fin de orientar al agente fiscal especializado.

Otra arista radica justamente en el estrecho margen existente entre el ilícito penal y el ilícito administrativo en materia ambiental, específicamente, en el preciso momento de determinar si el ilícito investigado por los agentes fiscales se encuentra en el ámbito del derecho penal ambiental o no, para legitimar su actuación.

En este sentido, se hace aún más dificultosa la configuración de hechos punibles ambientales, puesto que, de acuerdo a la técnica legislativa en estudio, indefectiblemente se requiere una norma de inferior rango, es decir, de carácter administrativo.

La dificultad para la correcta subsunción de las conductas a los tipos penales, así como la identificación correcta de meras infracciones administrativas, se han puesto de manifiesto en la Resolución N° 01 emanada de la 17ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia del Consejo de Europa, sobre la Protección Penal del Medio Ambiente.

En dicha conferencia, se recomendó al Comité Europeo para los problemas criminales: *“La elaboración de las líneas directrices en forma de recomendación, o en su caso, de convenio, con el fin de luchar contra los atentados al ambiente, examinando más especialmente, la oportunidad... c) definir las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo, en materia ambiental”*.¹¹

Por lo mencionado, los agentes fiscales que componen la Unidad Fiscal Especializada en Delitos Ambientales del Ministerio Público, tienen una labor previa a la investigación penal propiamente dicha, en el sentido de que deben discriminar aquellas denuncias que refieren hechos que se encuadran más bien en faltas de carácter administrativo. Ello es así, puesto que se encuentran obligados a recibir y dar curso a todo tipo de denuncias, considerando que no existen “filtros” previos en las distintas Oficinas de Denuncias Penales.

11 Art. Poletti, Alma, Régimen Jurídico Ambiental de la República del Paraguay. Análisis Crítico. Normas Legales y reglamentos actualizadas y concordadas. IDEA. 2007. Pág. 471.-



En casos de investigaciones fiscales por hechos punibles ambientales, puede resultar aún más compleja tal tarea para el agente fiscal especializado en la materia que tenga a su cargo la investigación. Es decir, la labor de discernimiento sobre la existencia o no de los presupuestos del tipo penal y la correcta subsunción de la conducta a ellos, puesto que, en la generalidad de los casos, las leyes penales y administrativas en materia ambiental hacen referencia a los mismos hechos y sancionan los mismos ilícitos, cuya sola diferenciación es la gravedad de la agresión al bien jurídico tutelado.

Como se ha visto, las normas penales ambientales redactadas con la técnica legislativa, motivo de la presente investigación, ofrece una serie de inconvenientes con los que tropiezan los agentes fiscales del Ministerio Público, por la innecesaria criminalización de ciertas infracciones administrativas.

En la actualidad, las Unidades Fiscales Especializadas en Delitos Ambientales del Ministerio Público reciben un gran número de denuncias, las que en casi un 60%, son finalmente desestimadas por los agentes fiscales, atendiendo a que caen en la órbita del derecho administrativo.

6. Autoridades administrativas que intervienen en materia ambiental

Como un anexo necesario, se incorpora a esta investigación un catálogo de las diversas autoridades administrativas que intervienen en materia ambiental y sus funciones en general, puesto que estas instituciones, tal cual se destacó, coadyuvan al momento de llevar adelante las investigaciones penales en el ámbito ambiental.

En primer lugar, se puede mencionar a la Secretaría del Ambiente (**SEAM**), que es una entidad que tiene como función o propósito la formulación de políticas, la coordinación, la supervisión y la ejecución de las acciones ambientales y los planes, programas y proyectos enmarcados en el Plan Nacional de Desarrollo y referentes a la preservación y la conservación, la recomposición y el manejo de los recursos naturales nacionales.

Además, se encarga del ordenamiento ecológico y del ambiente en general, propendiendo a un mejoramiento permanente de las condiciones de vida de los distintos sectores de la sociedad paraguaya para garantizar condiciones de crecimiento económico, equidad social y sustentabilidad ecológica a largo plazo.

En cuanto a materia forestal se refiere, se tiene el Instituto Forestal Nacional



(**INFONA**), que es una institución creada para administrar, promocionar y desarrollar en forma sostenible los recursos forestales, con transparencia y eficiencia, a través de la formulación, ejecución y evaluación de políticas, planes, programas y proyectos que contribuyan al desarrollo económico, social y ambiental del país.

El **INFONA** tiene por objetivo general la administración, promoción y desarrollo sostenible de los recursos forestales del país, en cuanto a su defensa, mejoramiento, ampliación y racional utilización.

Otra institución de carácter administrativo es el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (**SENAVE**). Se trata de un ente formado a partir de la fusión de la Dirección de Defensa Vegetal, la Dirección de Semillas, la Oficina Fiscalizadora de Algodón y Tabaco y el Departamento de Comercialización Interna y Externa de Productos y Subproductos Vegetales. Estos organismos correspondían originalmente al Ministerio de Agricultura y Ganadería. Pero el **SENAVE** recién funciona como institución independiente desde el 2005.

El **SENAVE** tiene como misión apoyar la política agroproductiva del Estado, contribuyendo al incremento de los niveles de competitividad, sostenibilidad y equidad del sector agrícola, a través del mejoramiento de la situación de los recursos productivos respecto a sus condiciones de calidad, fitosanidad, pureza genética y de la prevención de afectaciones al hombre, los animales, las plantas y al medio ambiente, asegurando su inocuidad.

Especial énfasis debemos dar a las municipalidades, porque en la generalidad de las causas ingresadas en la Unidad Fiscal Especializada en Delitos Ambientales del Ministerio Público, los hechos punibles denunciados están reglados o tipificados como infracciones a ordenanzas municipales, tal como son los ruidos molestos o dañinos para la salud (tipificados en el Art. 198 del Código Penal) y con relación a la quema de basura domiciliaria y otros, de carácter bagatelario.

Si bien es cierto, en los hechos punibles de carácter ambiental no es necesaria la lesión al bien jurídico tutelado, sino con la sola puesta en peligro de este, el hecho antijurídico está configurado, es necesario agotar las instancias previas para que el aparato punitivo estatal entre en funcionamiento. Esto es, en muchos de los casos es necesario acudir primero a las instancias administrativas antes mencionadas, para que el Ministerio Público, específicamente la Unidad Fiscal Especializada en Delitos Ambientales, tome intervención en hechos punibles de esta naturaleza.



7. Jurisprudencia en la materia

En este punto, se trae a colación la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a los efectos de ilustrar la forma en la que se integran y aplican las normas ambientales redactadas con la técnica de ley penal en blanco, conforme con la exégesis que realiza el Máximo Tribunal.

A partir de este pronunciamiento, se observa cómo en la práctica se aplican este tipo de leyes a un caso en concreto y, sobre esa base, es posible colegir la labor interpretativa que se requiere a la hora de subsumir las conductas punibles en este ámbito, integrando la ley penal con normas de carácter administrativo, aunque no por ello, inaplicables a causas penales.

Así, se tiene que en el marco de la investigación sobre un Hecho Punible de Comercialización de Productos Forestales, en el Acuerdo y Sentencia n° 177 de fecha 02 de abril de 2007, los Excmos. Señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Doctores Alicia Beatriz Pucheta de Correa, Sindulfo Blanco y Wildo Rienzi Galeano, específicamente en el “Análisis de la Procedencia del Recurso” dijeron:

“...El inciso “c” de la Ley 716/96 indica: “Serán sancionados con penitenciaría de tres a ocho años y multa de 500 (quinientos) a 2000 (dos mil) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas... los que trafiquen o comercialicen ilegalmente rollos de madera o sus derivados...”.

Esta ley transcripta se adhiere y pasa a integrar la normativa penal que se relaciona con el tema de protección al medio ambiente contemplada en el Código Penal vigente, en su capítulo de Hechos Punibles Contra las Bases Naturales de la Vida Humana. La citada es norma completa ya que estipula una conducta y en caso de verificarse, establece la sanción a la misma.

Ahora bien, para lograr tipificar una conducta dentro de la calificación dada por el Tribunal de Sentencias, se observa que se requiere: o que el autor esté transportando los productos forestales de un lugar a otro o que los esté comercializando, y ambas conductas deben ser llevadas a cabo “ilegalmente”. El problema ahora radica en saber determinar si



la acción del autor o acusado es ilegal, y para ello se debe buscar en el ordenamiento jurídico positivo penal alguna ley que determine cuando las conductas arriba descriptas son ilegales.

La ley que resuelve este problema es la Ley 422/73, que en su artículo 26 expresa: “El transporte y comercialización de maderas y otros productos forestales, no podrán realizarse sin las correspondientes guías expedidas por el Servicio Forestal Nacional. Dichas guías especificarán: Cantidad, especie, peso o volumen, procedencia y destino del producto transportado”.

Se puede observar que la Ley 716/96, para lograr su correcta aplicación sobre el tópico y poder adecuar cabalmente la conducta del justiciable a su norma, requiere la utilización de otra Ley, cual es la que termina de explicar los requisitos y establece con claridad cuando las dos conductas citadas son ilegales.

Es también dable acotar, y aquí radica el error del razonamiento y control que hizo el Tribunal de Apelación, que el carácter o naturaleza de la Ley 422/73 es irrelevante para la configuración de la ley penal en este caso, no importa si esa ley sea o no administrativa, y a la vez pueda producir como efectos un sumario administrativo con su correspondiente sanción; lo que importa en el caso es que una ley penal, que juzga conductas humanas y sanciona penalmente, requiere de ella para su configuración.

...la disposición de la Ley 422/73 funciona como requisito para la tipificación del hecho punible, no como norma para adecuar la conducta del encausado.

Esto produjo la confusión del órgano de Alzada, quien considero que una persona fue condenada penalmente en base a una ley administrativa, cosa totalmente prohibida, pero como ya se explicó, esa situación no se ha dado en este juicio...”¹².

En la transcripción del citado fallo, se verifican los pasos de la tarea de adecuación de una conducta concreta a la norma penal ambiental en blanco y se

12 Ac. y Sent. N° 177, 02 de Abril de 2007 - Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia



determina que la integración de estas con disposiciones de carácter administrativo, desde ningún punto de vista, puede ser considerada equívoca.

8. Conclusión

La adopción de esta técnica legislativa es de suma relevancia para el Derecho Penal Ambiental, teniendo en cuenta la realidad ambiental, no solo nacional, sino mundial, por ser de carácter cambiante por su propia naturaleza. Por ejemplo, lo que hoy es una medida de contaminación ambiental aceptable, mañana puede no serlo o viceversa.

En este sentido, la utilización de las normas penales en blanco como modalidad técnico-legislativa en la conformación de tipos penales ambientales, más que una dificultad constituye una necesidad de los ordenamientos jurídicos modernos.

Esto es así, dado el objetivo de evitar el deterioro legislativo en el Derecho Penal, así como la impunidad de ciertas conductas peligrosas para el ambiente y además, porque resulta imposible e innecesario regular directamente esas actuaciones a través, en este caso, del Código Penal. Así las cosas, se logra que la norma jurídico penal sea general y estable frente al constante desarrollo no solo social, sino también tecnológico.

Al mismo tiempo, no está demás recordar que el Ministerio Público, como institución que ejerce la acción penal pública, debe suscribir convenios de mutua cooperación con las instituciones administrativas que tienen a su cargo la aplicación de normas ambientales de carácter administrativo y que en la práctica cotidiana, son coadyuvantes necesarios de las Unidades Fiscales Especializadas en Delitos Ambientales para el esclarecimiento y sanción de este tipo de hechos punibles.



BIBLIOGRAFIA

- Constitución Nacional – Año 1.992
 - Ley N°: 1.160/97 “Código Penal”
 - Ley 716/97 “Que sanciona Delitos contra el Ambiente”
 - Ley 294/93 de “Evaluación de Impacto Ambiental” y su Decreto Reglamentario 14.281/96.
 - Ley N°: 422/73 “Forestal”
 - Ley N°: 123/91 “Que adoptan nuevas formas de protección fitosanitarias”
 - Ley N° 1562/00 “Orgánica del Ministerio Publico”
- Merlo, Ricardo, Adam Fabiola, Cañiza, Hugo “Guía para Fiscales para la investigación de Hechos Punibles contra el Ambiente y las Bases Naturales de la Vida Humana”, obtenido de la red el 15 de febrero de 2013 disponible en http://www.ministeriopublico.gov.py/contenidos/paginas/delitos_ecologicos/index.php (actualmente ya no se encuentra disponible)
- Régimen Jurídico Ambiental de la República del Paraguay. Análisis Crítico. Normas Legales y reglamentos actualizadas y concordadas. 1ª Edición. Julio 2007. Instituto de Derecho y Economía Ambiental – IDEA.
 - Cañiza, Hugo Enrique y Merlo, Ricardo. Derecho Ambiental con énfasis en la legislación paraguaya. Año 2005. Editorial Marben.
 - Cury, Enrique, “Ley Penal en Blanco”, Ed. Temis S.A., Bogotá – Colombia. 1.998.
 - Mir Puig, Santiago, Derecho Penal Parte General. 5º edición. Barcelona, 1998.
 - Eugenio Raúl Zaffaroni Alejandro Alagia Alejandro Slokar, Derecho Penal Parte



General, 2^a, Ed. Buenos Aires, Argentina. 2.002.

- Noviembre 2012. Camilo Momblanc, Liuver: “El uso de las normas penales en blanco. ¿Necesidad o dificultad en las legislaciones penales?” en Revista Caribeña de Ciencias Sociales, , obtenido de la red el 12 de febrero de 2013 disponible en <http://caribeña.eumed.net/el-uso-de-las-normas-penales-en-blanco-necesidad-o-dificultad-en-las-legislaciones-penales/>
- BROWN, Sergio “Los Tipos Penales en Blanco. En La Ley Penal del Ambiente”. Ed. Vadell Hermanos. 1.992.
www.seam.gov.py
www.senave.gov.py
www.infona.gov.py





MALA PRAXIS MÉDICA

Ma. Eugenia Benítez Cabrera * ¹

1- Introducción

Los romanos se referían a la *lex artis* como la “*más exquisita de las artes*”, debido a que el perfeccionamiento no se obtenía en forma inmediata, sino a través de la optimización de las técnicas con el adiestramiento diario y con la incorporación de nuevas técnicas.

En los tribunales, es común hablar de *lex artis ad hoc* al referirnos a la medicina, para la cual existen diversas técnicas para tratar los diversos casos planteados y todas ellas pueden resultar válidas, aunque queda a cargo del facultativo determinar cuál es la aplicable al caso concreto, conforme a los conocimientos que posea de la ciencia.

Con la instauración de los protocolos de actuación para procedimientos médicos, se han establecido una serie de pautas encaminadas todas ellas al diagnóstico y tratamiento, los cuales resultan útiles, prácticos y correctos en la actuación médica y sirven como parámetro para establecer eventuales responsabilidades o negligencias en el ejercicio de la medicina.

El artículo 4 de la Constitución Nacional garantiza la protección de la vida y establece que toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación.

La persona es el fundamento y la causa del derecho, todas las personas poseen derechos inherentes e inalienables cuya primacía reconoce el Estado. Así pues, el actuar médico compromete una responsabilidad de orden público, por lo que no puede aceptarse la idea de un riesgo aceptado expresa o tácitamente.

* 1 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 en Relaciones Internacionales del Instituto Superior Universitario En Ciencias Sociales (2008).



Como regla general, las personas en el ejercicio de una profesión responden por los daños que causen o puedan ocasionar en otra persona, a través del dolo o de la culpa. El ejercicio de la medicina no está exento de estas normas.

En la responsabilidad, no se trata de la capacidad o del talento del profesional, sino de la garantía que tenga el ciudadano contra la imprudencia, la negligencia o la impericia del accionar médico.

No obstante, por equidad debe tenerse presente que si bien es necesario considerar los intereses de los enfermos, la función médica debe ser igualmente protegida contra todo exceso.

Los medios de que dispone el médico no dejan de avanzar por lo que su eficacia debería de aumentar. El diploma de médico es una prueba de idoneidad para el ejercicio de la profesión que no otorga privilegio.

El paciente que ha sufrido un daño en su salud como consecuencia del actuar médico, puede dirigirse contra éste en dos fueros: Puede iniciar una demanda en el fuero civil a fin de reclamar la indemnización correspondiente, así como puede realizar una denuncia en el fuero penal, si considera que existe una responsabilidad en este ámbito y pretende conseguir una condena para el médico, a más de la indemnización pecuniaria.

Es así, que en el Paraguay, el actuar medico con consecuencias negativas – entiéndase daño- se encuentra castigado en el Código Penal, siempre que este devenga de una acción descuidada y también genera consecuencias determinadas en el Código Civil.

Ahora bien, existen criterios dispares sobre la forma de reparación del daño, si es suficiente solo la pecuniaria o es necesaria la carcelaria, en tanto que otro grupo considera que debería buscarse el castigo penal de los casos de mala praxis médica para algunos casos más específicos.

Así también, corresponde apuntar que independientemente de las consecuencias penales de la conducta descuidada de los profesionales de la salud que genere un daño, el Código Penal sanciona el tratamiento médico sin consentimiento en su artículo 123, como un hecho punible cuyo bien jurídico protegido ya no se trata de la vida o integridad física, sino de la libertad de la persona.



2- Mala Praxis médica. Concepto

Existirá mala praxis en el área de la salud, cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencia de un accionar profesional realizado con imprudencia, negligencia o impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes, con apartamiento de la normativa aplicable.

Esto ocurre cuando el facultativo tratante se aparta de los criterios de actuación seguidos por la comunidad sanitaria y científica y con ello produce un daño en la salud del paciente.

2.1. Análisis del concepto

El primer elemento que exige la mala praxis para ser pasible de sanción es la necesidad de que haya producido un daño constatable en el cuerpo, en el organismo, en la salud, sea ésta física o mental, o trastornos psicológicos, laborales, individuales y de relación. El daño se proyecta sobre todas las actividades del afectado.

El daño causado debe darse como consecuencia del actuar imprudente, negligente o como derivación de la impericia o del apartamiento de las normas y deberes por parte del médico obrante.

Ahora bien, el actuar médico con consecuencias lesivas para la salud puede acarrear responsabilidades civiles y responsabilidades penales, llegando en la mayoría de las ocasiones a interrelacionarse. Debe aclararse que la responsabilidad penal abarca fundamentalmente el aspecto punitivo del acto lesivo, en tanto que por la vía civil se busca exclusivamente el resarcimiento patrimonial por el daño causado.

Generalmente, la acción ejercida por la vía penal cuenta con mayor celeridad en la resolución de casos que en el fuero civil. No obstante, el profesional de la salud que resulte absuelto en una causa penal, puede ser condenado en el fuero civil.

Al respecto, cabe apuntar que la práctica en el foro ha demostrado que los abogados especialistas en este tipo de litigios obran de la siguiente forma: la acción penal precede a la acción civil por lo que la sentencia civil tiende a aguardar la resolución del caso en lo penal. Si se produce una sentencia condenatoria, acarrea



consigo dos efectos: la sanción del condenado y la existencia innegable de los hechos.

3. La Culpa o Acción Descuidada

En los casos de mala praxis médica, el actuar del profesional de la salud se produce de manera descuidada o, en otros términos, sin tener en cuenta los deberes de cuidado necesarios para la realización del acto médico, lo que genera como resultado una lesión a la integridad física o afecta a la vida misma del paciente.

Esto, en términos legales implica “culpa”, que es la voluntad de obrar, sin atender a las consecuencias típicas previsibles del acto o confiando en poder evitarlas², a diferencia del dolo, que consiste en “saber y querer realizar los elementos objetivos del tipo”.

La mala praxis médica comprende los elementos de la culpa, lo que implica que para hablar de mala praxis, el profesional médico debió haber actuado con descuido, imprudencia, impericia o negligencia. No nos referimos en este punto a los casos en que el galeno actúa incorrectamente porque para el tratamiento del caso se requieren conocimientos que aun no se encuentran disponibles en la ciencia, sino a actuaciones que se hayan dado al margen de los conocimientos con que ya cuentan los profesionales de la salud.

En ese contexto, según la doctrina en la materia, la acción descuidada puede tratarse de:

a. Imprudencia: es una acción conductual positiva, que se da en los casos en que el profesional se excede en la prestación y ello acarrea la falta de cautela, precaución y discernimiento por parte del profesional de la salud.³

b. Negligencia: se trata de una actitud negativa, una conducta omisiva, que va contraria a las normas que imponen determinado comportamiento al profesional⁴. Es entendida como la falta de cuidado y abandono de las pautas de tratamiento, asepsia y seguimiento del paciente, que están indicadas y forman parte de los estudios en las profesiones que comprenden la salud.

c. Impericia: insuficiencia de conocimientos técnicos para la atención del caso. Proviene del latín “*peritia*”, que se refiere a la sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte. *Se refiere además a la falta de destreza que se*

2 Etcheberry Alfredo, Derecho Penal – Parte General. Pág. 314

3 Torres Kirmser José Luis, Responsabilidad Profesional de los Médicos. Pág. 91

4 Torres Kirmser José Luis, Responsabilidad Profesional de los Médico. Pág. 91



*presume y por lo tanto consideran adquiridos con la obtención del título profesional y el ejercicio mismo de la profesión*⁵.

Otra de las clasificaciones en cuanto al tema refiere a la **Inobservancia de los Reglamentos o Normativas legales aplicables al caso** como una forma de mala praxis, aunque esta más bien debería incluirse dentro del concepto de negligencia, puesto que se trata de incumplimientos de reglas de cuidado.

En efecto, se señala al respecto que el ejercicio de la medicina, la odontología y las actividades de colaboración profesional de la salud, en algunos países, se encuentra regulada por leyes y decretos reglamentarios, en nuestro caso por Protocolos del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y su incumplimiento con consecuencias dañinas para la salud genera responsabilidades en quienes las incumplen.

3.1. Agentes de la Salud involucrados y grados de responsabilidad

Se entiende por agentes de la mala praxis médica a todos los profesionales de la salud desde instituciones médicas y médicos tratantes, hasta enfermeros y auxiliares que hayan participado en la atención del paciente que reclama el daño ocasionado.

En estos casos, queda a cargo de la judicatura interviniente discernir la participación de cada agente de acuerdo a las acciones desplegadas y con relación a la producción efectiva del daño a la salud o a la vida, así como gravedad de la pena o sanción económica correspondiente, en base a las pruebas que se produzcan en el juicio.

En la mala praxis, los agentes intervinientes son responsables por el daño ocasionado, siempre que ello se desprenda de las conductas realizadas por cada uno y que el daño haya sido la consecuencia de esas acciones. Esto es válido en materia penal como civil, sin embargo las instituciones hospitalarias o los sanatorios responden por el daño con su patrimonio, a fin de dar una indemnización pecuniaria a ser dirimida en el fuero civil, en tanto que quedan exentas de las sanciones penales puesto que se tratan de personas jurídicas de existencia ideal no física y la responsabilidad penal personalísima e intransferible.

5 Torres Kirmser José Luis, Responsabilidad Profesional de los Médico. Pág. 91



4. Marco Legal Regulatorio de la Mala Praxis Médica con consecuencias para la salud

Como introducción a este punto, se debe recordar que la mala praxis médica de por sí no genera consecuencias legales, para ello es primordial que produzca un daño sobre la salud o el cuerpo de la persona o afecte a su vida misma.

En este contexto, existen normativas tanto a nivel internacional como nacional, que salvaguardan los derechos de los pacientes ante al ejercicio de la profesión médica sin los debidos deberes de cuidado y las consecuencias legales que acarrear las acciones descuidadas en ese ámbito.

4.1. Regulación Internacional:

A nivel internacional fue adoptada la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente, por la 34ª Asamblea Médica Mundial Lisboa, Portugal, Septiembre/Octubre 1981, que fue enmendada en la 47ª Asamblea General Bali, Indonesia, Septiembre 1995 y revisada en la 171ª Sesión del Consejo, Santiago, Chile, Octubre 2005.

La declaración proclama algunos de los principales derechos del paciente que la profesión médica ratifica y promueve. Los médicos y otras personas u organismos que proporcionan atención médica, tienen la responsabilidad conjunta de reconocer y respetar estos derechos.

Los principios reconocidos en la Declaración son los siguientes⁶:

- *Derecho a la atención médica de buena calidad*

En este punto se regula el derecho que tiene toda persona, sin discriminación, a una atención médica apropiada, a ser atendido por un médico que tiene libertad para dar una opinión clínica y ética, sin ninguna interferencia exterior y a ser tratado respetando sus mejores intereses, conforme a los principios médicos generalmente aprobados,

Asimismo, en circunstancias cuando se debe elegir entre pacientes potenciales para un tratamiento particular, el que es limitado, todos esos pacientes tienen derecho a una selección justa para ese tratamiento, basada en criterios médicos y sin discriminación.

⁶ Confróntese pagina [http:// www.wma.net/es/30publications/10policies/14](http://www.wma.net/es/30publications/10policies/14).



También implica el derecho a una atención médica continua y que el médico tiene la obligación de cooperar en la coordinación de la atención médicamente indicada, con otro personal de salud que trata al paciente.

- *Derecho a la libertad de elección*

Se trata del derecho del paciente a elegir o cambiar libremente su médico y hospital o institución de servicio de salud, sin considerar si forman parte del sector público o privado y a solicitar la opinión de otro médico en cualquier momento del tratamiento.

- *Derecho a la autodeterminación*

El paciente tiene derecho a la libre autodeterminación en relación a su persona, así como también cuenta con el derecho de que el médico le informe las consecuencias de su decisión.

En este contexto, el paciente puede dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia y debe entender cuáles son las consecuencias de no brindar su consentimiento.

También implica que el paciente tiene derecho a negarse a participar en la investigación o enseñanza de la medicina.

- *El Paciente inconsciente*

En los casos en que el paciente se encuentre inconsciente o no pueda expresar su voluntad, esta Declaración determina que se debe obtener el consentimiento de un representante legal, cuando sea posible. Si no se dispone de un representante legal y se necesita urgente una intervención médica, se debe suponer el consentimiento del paciente, a menos que sea obvio y no quede la menor duda, en base a lo expresado previamente por el paciente o por convicción anterior, que éste rechazaría la intervención en esa situación.

- *El Paciente legalmente incapacitado*

En los casos de pacientes menores de edad o legalmente incapacitados, la Declaración establece que se necesitará el consentimiento de un representante legal, aunque se debe intentar que este participe en las decisiones al máximo que lo permita su capacidad.



En efecto, si el paciente incapacitado legalmente puede tomar decisiones racionales, éstas deben ser respetadas y él tiene derecho a prohibir la entrega de información a su representante legal.

- *Procedimientos contra la voluntad del paciente*

El único caso en el que la Declaración admite el diagnóstico o tratamiento contra la voluntad del paciente, es cuando, excepcional y específicamente, lo autoriza la ley y estos se encuentran acordes a los principios de ética médica.

- *Derecho a la información*

En cuanto a este ítem de la Declaración, se tiene que el paciente tiene derecho a recibir información sobre su persona y a estar totalmente informado sobre su salud, inclusive los aspectos médicos de su condición. Excepcionalmente, se puede retener información frente al paciente cuando haya una buena razón para creer que esta representaría un serio peligro para su vida o su salud.

En cuanto a la información, esta se debe entregar de manera apropiada a la cultura local y de tal forma que el paciente pueda entenderla.

- *Derecho al secreto*

La Declaración dispone que toda la información del estado de salud, condición médica, diagnóstico y tratamiento de un paciente y toda otra información de tipo personal, debe mantenerse en secreto, incluso después de su muerte. Asimismo, toda información identificable del paciente debe ser protegida de manera apropiada.

- *Derecho a la Educación sobre la Salud*

Esto significa que toda persona tiene derecho a la educación sobre la salud que le ayude a tomar decisiones informadas sobre su salud personal y sobre los servicios de salud disponibles.

- *Derecho a la dignidad*

En cuanto a la dignidad del paciente y el derecho a su vida privada, la Declaración determina que deben ser respetados en todo momento durante la atención médica y la enseñanza de la medicina, al igual que su cultura y sus valores.



Asimismo, el paciente tiene derecho a aliviar su sufrimiento, según los conocimientos actuales y, en su caso, tiene derecho a una atención terminal humana y a recibir toda la ayuda disponible para que muera lo más digna y aliviadamente posible.

- *Derecho a la Asistencia Religiosa*

Se reconoce al paciente el derecho a recibir o rechazar asistencia espiritual y moral, inclusive la de un representante de su religión.

Todos estos derechos plasmados en la Declaración de referencia, si bien son meramente declarativos, generan una suerte de compromiso en los profesionales de la salud para la atención médica, puesto que más allá de su obligatoriedad o no, tienen que ver con la propia dignidad humana del paciente.

4.2. Disposiciones Administrativas

Ya en el ámbito nacional, nos encontramos con legislación de carácter administrativo, civil y penal. En lo que respecta a las disposiciones legales administrativas, estas se refieren al conjunto de normas que sistematiza las funciones del Estado como ente regulador de todo el sistema de salud.

En ese contexto, se tiene:

- Ley 836 - Código Sanitario

Este cuerpo normativo dispone, en su Artículo 1º: *“Este Código regula las funciones del Estado en lo relativo al cuidado integral de la salud del pueblo y los derechos y obligaciones de las personas en la materia”*.

- Ley 1032/96 – Que crea el Sistema Nacional de Salud

Entre otras cosas, esta Ley, en su Artículo 33 determina que: *“...La superintendencia de salud tendrá a su cargo la acreditación y el control de la calidad de los servicios ofrecidos por el sistema”*.

- Ley 2319/06 – Que Regula las funciones de la Superintendencia de Salud

Por medio de esta Ley, se establecen las funciones de la Superintendencia de Salud, entre las que se destaca, que tiene a su cargo el control de las Entidades



Prestadoras de Servicios Sanitarios y la prerrogativa de ordenarles auditorías, entre ellas la auditoría médica, así como otros procesos.

Asimismo, este cuerpo normativo contempla sanciones administrativas de primer, segundo y tercer grado, según la gravedad de la infracción cometida por las EPSS, que puede servir como prueba dentro de un proceso civil o penal de mala praxis médica.

4.3. Disposiciones en el Código Civil

Si bien la mala praxis médica como tal no se encuentra prevista en el Código Civil, sí se establecen las consecuencias derivadas de las acciones que generan daños.

En efecto, el artículo 1833 del CPC, que define la responsabilidad civil por hecho propio, establece: *“El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño...”*. Por su parte, el artículo 1835 del mencionado cuerpo legal dispone: *“Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión...”*.

Asimismo, el CCP prevé que si el acto ilícito es imputable a varias personas, todos responden solidariamente (artículo 1841, primera parte).

La responsabilidad civil por daños para las personas jurídicas está prevista en el artículo 98 del CCP, que establece: *“Las personas jurídicas responden del daño que los actos de sus órganos hayan causado a terceros, trátase de una acción u omisión y aunque sea delito, cuando los hechos han sido ejecutados en el ejercicio de sus funciones y en beneficio de la entidad. Dichos actos responsabilizan personalmente a sus autores con relación a las personas jurídicas. Responden también las personas jurídicas por los daños que causen sus dependientes o las cosas de que se sirven, conforme a las normas de este Código”*.

El ejercicio de la acción civil por daños y perjuicios debe iniciarse ante el fuero civil y constituye un procedimiento ordinario.

4.4. Disposiciones Penales

En caso que la persona afectada considere que el médico tratante incurrió en una acción descuidada con el tratamiento o intervención, por la cual deba responder penalmente, las denuncias y querellas deben iniciarse dentro del marco de la Ley 1160/97 Código Penal, con sus modificaciones posteriores.



Al respecto de la responsabilidad penal, debe recordarse que es personalísima e intransferible, por lo que sólo el sindicado puede responder al proceso. Esta responsabilidad surge como consecuencia de la realización de una conducta humana considerada punible en el ordenamiento jurídico vigente y necesariamente debe estar tipificada en la ley penal como tal.

En el caso de la mala praxis médica, si bien en el Código Penal Paraguayo no existe un tipo penal en concreto que castigue la conducta específica de un médico que actúa de manera descuidada y produce una lesión o la muerte de un paciente, no por ello puede concluirse que tales actos no son punibles.

El legislador castiga la producción de un resultado lesivo para la salud o la vida realizado mediante una conducta culposa o, en otros términos, descuidada. Es así, que si como resultado de una acción culposa (negligencia, imprudencia, impericia) el profesional de la salud produce algún resultado previsto en la norma (lesión a la integridad física o contra la vida misma), sería pasible de sanción penal.

En ese contexto, el Ministerio Público como titular de la acción penal está obligado a promover la mentada acción en los casos de hechos punibles de acción penal pública que lleguen a su conocimiento, siempre que cuente con suficientes elementos de sospecha sobre su existencia.

4.4.1. Hechos Punibles Culposos

En el fuero penal, podemos afirmar que no existe responsabilidad profesional sin una gradación mínima de culpabilidad, entendiéndose por culpa una actitud de desprecio por el orden jurídico establecido por la sociedad, así como una imprevisión reprochable en el actuar.

Tenemos así que en los hechos punibles culposos, no existe un “querer” la producción del resultado, sino que éste se produce a causa de actos imprudentes y/o negligentes, actos descuidados que provocan un resultado dañino en la salud o vida del paciente.

En estos casos, la acción culposa surge cuando se soslayan normas de buen obrar y prudencia contenida en las resoluciones hospitalarias, ministeriales o facultativas, referidas al correcto desempeño y actuar profesional de los galenos.

En el caso de la conducta punible sancionada en artículo 107 del Código Penal (**Homicidio Culposo**), se tiene que lo que se castiga es la producción de la



muerte de otro por medio de una acción culposa. Esto llevado al campo de la mala praxis es, la acción descuidada del profesional de la salud que consiste en realizar algún procedimiento, tratamiento o intervención con imprudencia, impericia, negligencia, descuido de deberes o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o resoluciones, que finalmente producen la muerte del paciente.

Misma circunstancia se traslada a la previsión del artículo 113 del Código Penal, **Lesión culposa**. En este caso, se castiga el daño a la salud, a la integridad física, como consecuencia de un accionar culposo, descuidado, negligente o por causa de inexperiencia.

Es así, que para la construcción de los hechos punibles culposos relacionados con el ejercicio de la medicina, lo primordial es comprobar que la producción del resultado descrito en la norma penal (lesión o muerte), es producto de una acción descuidada del profesional médico o auxiliares y, para ello, su conducta debe analizarse a la luz de las buenas prácticas, del buen obrar, de los protocolos de actuación, etc., en el caso particular y en materia de medicina.

4.4.2. Otros Hechos Punibles relacionados con la actividad médica

El artículo 106 del Código Penal sanciona el **Homicidio motivado por súplica de la víctima**⁷. Es conocido también con el nombre de **homicidio piadoso**. La ley penal nacional lo califica como un homicidio atenuado por estar inspirado en un móvil generoso, compasivo, exigiendo siempre como requisito previo el consentimiento de la víctima. No obstante, por atentar contra el bien jurídico “vida” protegido por toda la legislación vigente, no deja impune al autor.

A la fecha, la muerte por piedad es materia controvertida, y nuestra legislación en particular exige para configurarla que el móvil sea piadoso; que el sujeto pasivo padezca de una enfermedad incurable y ya en etapa terminal o herida grave y de riesgo mortal absolutamente irreversible o que produzcan graves padecimientos permanentes, dolorosos e intratables. Asimismo, se requiere que el sujeto pasivo haya realizado una petición expresa, seria, insistente e inequívoca como consecuencia del sufrimiento, sin que se llegue al extremo de suprimir su libre razonamiento y con ello la libertad de decisión.

No debemos confundir esta figura con la del suicidio asistido, cuya sanción

7 CP, art. 106 Homicidio motivado por súplica de la víctima: “El que matare a otro que se hallase gravemente enfermo o herido, obedeciendo a súplicas serias, reiteradas e insistentes de la víctima, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años”.



para el que la propicia se da en los términos del artículo 108 del Código Penal⁸. En el caso del artículo 106 del mismo cuerpo legal, el médico o un tercero es el sujeto activo que comete el acto, a pedido del paciente quien sería el sujeto pasivo del hecho.

En el artículo 109 del Código Penal, se sanciona el **Aborto**. No obstante, en el inciso 4 del citado artículo se regula la **muerte por estado de necesidad en el parto**. En este caso, se analiza que la vida humana es protegida desde el momento de la concepción. Sin embargo, esta protección no es absoluta y, de forma inequívoca, la Ley 3440/08 que modifica el artículo 109 de la ley 1160/97, resuelve el conflicto surgido entre la vida dependiente y la vida de la gestante, situando el actuar médico dentro de las causas de justificación.

Aquí, el galeno interviniente mediante los actos propios del parto y según los conocimientos del arte médico, ocasiona la muerte al feto para desviar un peligro serio para la vida y salud de la madre. Es así, que la conducta no es antijurídica por encontrarse amparada en una causa de justificación.

En la **Omisión de Auxilio**, prevista en el artículo 117 del CP, se protege a la persona que se encuentra en un estado de peligro de muerte o lesión considerable. El peligro debe ser manifiesto, perceptible y cognoscible para la generalidad de las personas, no siendo necesario que se produzca el resultado de muerte. El presupuesto del tipo consiste en la capacidad de prestar auxilio, lo que hace presumir que, en caso de que el sujeto activo sea un agente de salud, la obligación de prestación de socorro es aún más acentuada.

En el caso del artículo 119 inciso 1º numerales 1 y 2 –**Abandono**–, el autor coloca a la víctima que se encuentra bajo su cuidado en una situación de peligro para su vida o salud, en un estado de incapacidad, causada por enfermedades o lesiones de cualquier índole. En este caso, existe por parte de los médicos una obligación indelegable e intransferible de atender a su paciente, teniendo en cuenta la condición de indefensión en la que se encuentra y es ahí donde el legislador enfoca la capacidad sancionadora de la norma, resguardando al paciente ante la posibilidad de ser abandonado a su suerte. Estamos así ante un “delito de peligro” ya que para concretarse necesita solamente la posibilidad de poner en peligro a un tercero, sin que necesariamente se materialice algún resultado.

8 CP, art. 108 Intervención en el suicidio: “1º El que incitare a otro a cometer suicidio o lo ayudare, será castigado con pena privativa de libertad de tres a diez años. 2º El que no lo impidiere, pudiendo hacerlo sin riesgo para su vida, será castigado con pena privativa de libertad de uno a tres años...”



Finalmente, resulta oportuno traer a colación el artículo 123 del Código Penal regula el **tratamiento médico sin consentimiento**. Esta norma penal establece que aquel que actúa según los conocimientos y las experiencias del arte médico y proporciona un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente, es pasible de sanción penal.

La misma norma no considera punible la realización de un tratamiento médico sin consentimiento, cuando éste no se hubiera podido obtener, sin que la demora implique para el afectado peligro de muerte o de lesión grave.

El paciente tiene el derecho legalmente establecido en el artículo precitado a ser informado antes de ser tratado y la propia norma establece cuándo el consentimiento es válido para reputarse como tal. En efecto, la primera parte del inciso 4º prescribe que: *“El consentimiento es válido cuando el afectado haya sido informado sobre el modo, la importancia y las consecuencias posibles del tratamiento que pudieran ser relevantes para la decisión de una persona de acuerdo con un recto criterio...”*.

Asimismo, la disposición legal precitada establece que dicha información podrá ser omitida cuando pudiera temerse que, de ser transmitida al paciente, se produciría un serio peligro para su salud o estado anímico.

Ahora bien, debe quedar en claro que la sanción que establece la disposición legal en cuestión se da independientemente de que se haya producido o no un daño con el tratamiento médico realizado, puesto que lo que la norma protege es la libertad de determinación del paciente, no su integridad física o vida.

5. Casos más comunes de negligencia médica

Luego de este breve análisis jurídico es importante resaltar cuales son los casos de negligencia médica que se presentan más comúnmente en la práctica y, a partir de ellos, destacar los errores detectados en el actuar de los agentes de la salud, cuyas conductas resulten compatibles con el concepto de mala praxis médica. En ese contexto, los casos más conocidos son:

- Retraso o error en el diagnóstico de un paciente. El factor tiempo puede resultar fundamental a la hora de emplear los procesos médicos adecuados. Un diagnóstico tardío puede generar serias y dañinas consecuencias para la salud del paciente, como el empeoramiento del estado de salud en general.



- Apartarse de los protocolos determinados por la autoridad competente.
- Ofrecer una prescripción inadecuada de medicamentos.
- Realizar una intervención quirúrgica con resultados lesivos para el paciente.
- Contagio de una infección grave a causa de una falta de higiene en el centro hospitalario.
- No prestar asistencia sanitaria de urgencia.
- Falta de supervisión postoperatoria.
- Falta de información al paciente. El centro médico donde se llevará a cabo la cirugía, debe cerciorarse que el paciente que será sometido a un procedimiento que podría acarrear secuelas o que traiga consigo un alto riesgo, cuente con toda la información necesaria antes de ser sometido a una intervención de esta magnitud. La omisión de esta información, antes de la obtención del consentimiento del paciente, acarrea consigo sanciones al centro hospitalario y al personal interviniente.

Como puede apreciarse, la mayoría de los errores de los servicios sanitarios y de los médicos pueden caer en el ámbito administrativo y civil, no necesariamente en el ámbito penal, aunque indefectiblemente debe existir un daño a la salud del paciente y que dicho daño haya sido ocasionado por la acción descuidada del agente sanitario en cuestión.

6. Superintendencia de Salud como órgano administrativo receptor de denuncias

La Superintendencia de Salud es un ente dependiente del Consejo Nacional de Salud y su creación y funciones se encuentran reglamentadas en la Ley 2319/2006.

Tiene como función principal controlar que todos los centros que prestan algún tipo de atención médica cumplan con sus obligaciones y, por sobre todo, cumplan con los protocolos de salud. En otras palabras tiene como objetivo garantizar la calidad de la atención médica del usuario de cualquier empresa prestadora de servicios médicos, lo que incluye: la infraestructura edilicia, el equipamiento, la composición del personal, la existencia de reglamento interno, los planes de medicina prepaga, entre otras funciones.



Así mismo, compete a este órgano recibir todas las denuncias por mala praxis y negligencia, algo que la población en general aún no maneja, por lo que el 70 % de las denuncias de mala praxis se realizan primeramente en los medios masivos de comunicación, llegando a través de este medio a las instancias judiciales y administrativas correspondientes.

7. Especialidades Médicas más afectadas

Los errores médicos más mediáticos son los provocados por las negligencias en las cirugías estéticas. *La obligación asumida por la cirugía clásica fue siempre de medios, en tanto que en la cirugía plástica se tiene una obligación de resultados. En la mayoría de las cirugías plásticas, el paciente se encuentra en óptimas condiciones físicas, conforme lo refieren los estudios preoperatorios y conforme lo exige el galeno, por lo que resulta inaceptable cualquier deterioro físico que provenga de la conducta profesional del médico ya que cualquiera sea el daño en el cuerpo o en la salud, es siempre un daño emergente del hecho antijurídico.*⁹

El número de casos que se denuncian, a la fecha, ha ido en aumento de manera considerable, el boom de la información ha generado que el paciente sea más exigente y demandante.

De las especialidades médicas más afectadas, un alto porcentaje incluye a las ramas de Ginecología y Obstetricia, Cirugía, Cirugía Plástica, Traumatología, Clínica Médica y Anestesiología.

⁹ Montanelli Norberto, Mala Praxis en Cirugía Estética. Pág. 25



8. Casos de Mala Praxis en el Paraguay

Fecha del hecho	Hecho punible	Rama médica	Victima	Denunciado	Resultados	Fuente
23-10-2004	Lesión grave y abandono	Cirugía Plástica	Isabel Mezquita	Dr. Vicente Zaputovich	El médico fue absuelto.	Eduardo Nakayama. Seguro de Responsabilidad Civil Médica. Obtenido en el mes de enero de 2013, de la red el de la dirección http://www.academia.edu
25-04-2005	Homicidio Doloso	Cirugía	Patricia de Romero. Muerte por sepsis pos operatoria	Dr. Roque Duarte Pedro	El médico fue hallado culpable de homicidio doloso.	Diario ABC Color. 14/09/09.
14-08-2005	Lesión	Cirugía	Leonardo Matías Goiburú	Dr. Fernando Herrero Usher	Sin datos sobre conclusión de la causa.	Diario Última Hora. 26/12/06. Artículo escrito por Susana Oviedo.
23-07-2006	Lesión Grave	Cirugía Plástica	Amalia Gamarra	Dr. Julio Aldana	El médico fue hallado culpable de Lesión Grave con dolo eventual	Eduardo Nakayama. Seguro de Responsabilidad Civil Médica. Obtenido en enero/ 2013, de la red: http://www.academia.edu
18-01-2007	Homicidio culposo	Clínica Médica	Andrea Fernández. Falleció como consecuencia de complicacion es de dengue	Dr. Roberto Cino. Dr. Edgar López	Médicos hallados culpables por Homicidio culposo.	Diario ABC Color. 27/05/11. Artículo escrito por Antonella Brignardello.
21-05-2011	Homicidio culposo- Omisión de auxilio	-----	Beba de 4 meses de Cnel. Oviedo fallece de un cuadro respiratorio, como consecuencia de la falta de atención medica.	Dra. Mirtha Villar	Sin sentencia firme a la fecha.	Diario ABC Color. 27/05/11. Artículo escrito por Antonella Brignardello.



22-05-2011	Homicidio Culposo	-----	R.N.Giret Ruiz Díaz. Falleció por asfixia por bronco aspiración	Lic.Miriam Barrios.	Sin sentencia firme a la fecha.	Diario ABC Color. 27/05/11. Artículo escrito por Antonella Brignardello.
23-05-2011	Homicidio culposo	Cirugía Plástica	Abg. Blanca Noemí Colman. Paro por embolismo pulmonar graso	Dr. Julio Aldana	Sin sentencia firme a la fecha.	Diario ABC Color. 27/05/11. Artículo escrito por Antonella Brignardello.
24-05-2011	Homicidio Culposo – Omisión de Auxilio	Cirugía - Traumatología	Niña indígena de 2 años oriunda de Caaguazú. Falleció por falta de asistencia médica.	Hospital de Santa Rita	Sin sentencia firme a la fecha.	Diario ABC Color. 27/05/11. Artículo escrito por Antonella Brignardello.
28-08-2011	Homicidio culposo.	Cirugía	Doris Teresa Gimenez Fiori. Falleció por hemorragia como consecuencia de extirpación de tumor	Dr. Emigdio Ydoyaga	Sin sentencia firme a la fecha.	Eduardo Nakayama. Seguro de Responsabilidad Civil Médica. Obtenido en el mes de enero de 2013 de la red: http://www.academia.edu
7-06-2012	Lesión culposa	Traumatología	Emmanuel Alvarez Guillon. Adolescente de 15 años quien perdió la pierna izquierda	Dr. Gustavo Giubbi	Sin sentencia firme a la fecha.	Diario La Nación. 28/01/13. Escrito por Nppy.

9. Conclusión

En nuestro país se viene dando en los últimos años un auge de demandas y denuncias que guardan relación con la responsabilidad de los profesionales médicos, tanto en las áreas civil como penal, por errores culposos que producen consecuencias negativas en la salud del paciente.

Ahora bien, es importante resaltar que pese a los esfuerzos realizados, no existe aún en nuestro medio una uniformidad de criterios al momento de analizar



jurídicamente el actuar médico, por lo que este trabajo ha buscado abordar el tema con la mayor seriedad y responsabilidad, incluyendo toda la información obtenida durante la investigación.

Los medios de comunicación divulgan en forma permanente casos clínicos y los presentan como supuesta mala praxis médica e insisten, de manera exagerada y poco apropiada, en la utilización de esta terminología por el solo hecho de existir un resultado (lesión, daño, muerte) que no siempre se halla vinculado con una acción negligente de los médicos y/o auxiliares.

En esta inteligencia, es bueno que la sociedad vaya tomando conciencia de sus derechos en lo que respecta a la atención de su salud y de cómo hacer efectivos esos derechos. Sin embargo, no es buena la criminalización de la profesión médica, ni socialmente deseable, siempre y cuando no se compruebe lo contrario, ya que esto implicaría que se desvirtúe el fin mismo de tan noble profesión.

Ahora bien, el Ministerio Público como representante de la sociedad debe contar con la capacidad de discriminar los casos que sí se encuadren dentro del marco de las conductas que sancionan la mala praxis con derivación negativa en la salud del paciente, de aquellos en que el resultado dañino no es consecuencia del actuar descuidado del médico, a los efectos de ejercer la acción penal pública correspondiente.

Para ello, se puede concluir que ha existido mala praxis médica y, por tanto, el acto acarrea responsabilidad para el médico tratante, cuando los resultados del tratamiento aplicado por el galeno han originado un perjuicio al enfermo, siempre que éstos resultados sean diferentes a los que se hubieran conseguido con la aplicación del tratamiento correspondiente.

Por otra parte, puede mencionarse que en los casos en que se haya producido un resultado lesivo para la salud del paciente a causa de la intervención médica (que se desarrolló con todos los deberes de cuidado debido), el cual era una consecuencia posible de dicho tratamiento, lo que debería indagarse es que el consentimiento del paciente haya sido otorgado en base a una información completa sobre las posibles secuelas de la intervención, entre las que se encontraba la que efectivamente se produjo. En ese caso, entraría en juego el tipo penal de tratamiento médico sin consentimiento.

La Constitución Nacional en su Art. 4 garantiza la protección de la vida y establece que toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. Esta norma se despliega en todo el ordenamiento jurídico, teniendo así que en el ámbito penal, el actuar médico



con consecuencias dañinas para la salud, se encuentra castigado, siempre que este devenga de una acción descuidada. Igualmente, el daño causado a la salud del paciente por el profesional médico, genera consecuencias determinadas en el Código Civil, temas que han sido abordados en el presente trabajo.

Bibliografía:

- Torres Kirmser, José Raúl, Responsabilidad Profesional de los Médicos, Segunda Edición, Editorial La Ley Paraguaya S.A. 2001.
- Montanelli, Norberto, Mala Praxis en cirugía plástica, Visión no dogmatica sobre la especialidad médica más castigada, Primera Edición, Editorial García Alonso, 2003, ISBN: 987-9488-18-0.
- Ataz López, Joaquín, Los médicos y la responsabilidad civil. Editorial Monteorvo S.A. Madrid, 1985.
- Casañas Ley José, Gorostiaga Boggino Gustavo, Vera Viveros Helio, Lecciones Preliminares de Derecho Penal, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Catena S.A., 2003, ISBN: 99925-835-2-5.
- Casañas Levi, José Fernando, Manual de Derecho Penal Parte General, Tercera Edición, Editorial Intercontinental, 2005, ISBN: 99925-72-28-0.
- Mora Rodas, Nelson Alcides, Código Penal Paraguayo Comentado, Segunda Edición, Editorial Intercontinental 2001, ISBN: 99925-59-00-4.
- Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal Parte Especial, Decimocuarta Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2002, ISBN: 84-8442-672-6.
- Goldstein Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Tercera Edición, Editorial Astrea, 1993, ISBN: 950-008-386-6.
- Ley N° 1160/ 97 Código Penal Paraguayo, sus modificaciones: Ley 3440/08.

Referencias:

- Confróntese Diario ABC color del 10/05/2010, y página www.congreso.gov.py/ sistema de información legislativa.
- Torres Kirmser José Raul, Responsabilidad Profesional de los Médicos. Pag.91.
- Torres Kirmser José Raúl, Responsabilidad Profesional de los Médicos. Pag.91.
- Torres Kirmser José Raúl, Responsabilidad Profesional de los Médicos. Pag.91.
- Confróntese página <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/14>.
- Montanelli Norberto. Mala Praxis en cirugía estética. Pag.25.

EL IUS NATURALISMO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO JOSÉ ÁNGEL DOS SANTOS
MELGAREJO - INTERPRETAR Y JUSTIFICAR LAGUNAS JOSÉ IGNACIO SANTIVIAGO
- EL ENFOQUE DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL
EN EL DERECHO COMPARADO Y SU IMPORTANCIA PARA EL PARAGUAY
JUAN FRANCISCO RECALDE GALVÁN - LA IMPORTANCIA DE LAS UNIDADES DE
INTELIGENCIA FINANCIERA EN LAS INVESTIGACIONES DEL MINISTERIO
PÚBLICO SOBRE LAVADO DE DINERO Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO
ROCÍO CELESTE ACUÑA GONZÁLEZ NAVERO - LA PROTECCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS.
UNA MIRADA GLOBAL ROMINA MANUELA TORO CARDOZO - EL MINISTERIO
PÚBLICO COMO GARANTE DEL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE
LA CIUDADANÍA DORIS OJEDA DE YNSFRÁN - LA HUELGA DE HAMBRE VS. ROL
DEL ESTADO COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL
CIUDADANO JUAN PABLO ROLÓN - ¿PARAGUAYOS O APÁTRIDAS? UN ENFOQUE
DE LA PROBLEMÁTICA LEGAL PARA LA ADQUISICIÓN DE NACIONALIDAD
DE LOS HIJOS DE MIGRANTES SARA MARIEL SOSA - LA LEY DE LENGUAS Y EL
USO DEL GUARANÍ PARAGUAYO EN EL ÁMBITO MISIONAL DEL MINISTERIO
PÚBLICO NANCY OVELAR DE GOROSTIAGA - LA VIOLENCIA DOMESTICA O
INTRAFAMILIAR EN EL ANTEPROYECTO DE LEY INTEGRAL PARA PREVENIR,
SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES BASADA
EN ASIMETRÍAS DE GÉNERO. LILIANA MARGARITA ZAYAS GUGGIARI - LA TUTELA
DEL DERECHO DE AUTOR SOBRE EL TÍTULO DE UNA OBRA SAIDA YALUK LICHÍ
LEY PENAL EN BLANCO EN MATERIA AMBIENTAL GUSTAVO RUBÉN ACOSTA VERA
MALA PRAXIS MÉDICA MARÍA EUGENIA BENÍTEZ CABRERA