



REVISTA JURÍDICA

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

FILOSOFÍA DEL DERECHO

SEGURIDAD NACIONAL

CRIMEN ORGANIZADO

DERECHO PROCESAL PENAL

CRIMINOLOGÍA

DERECHOS HUMANOS



La esclavitud del Siglo XXI
en Paraguay



Ministerio Público
República del Paraguay



Nº 7



REVISTA JURÍDICA

Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales

CENTRO DE ENTRENAMIENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Avda. Ygatimi esq. Alberdi
Teléfono: (+595-21) 443693/4
dip.informaciones@gmail.com
[url:http://www.ministeriopublico.gov.py/revistas-juridicas- i1117](http://www.ministeriopublico.gov.py/revistas-juridicas-i1117)

Asunción, Paraguay
Año 2017



Latindex

www.latindex.unam.mx

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



MINISTERIO PÚBLICO

SANDRA RAQUEL QUIÑÓNEZ ASTIGARRAGA
FISCAL GENERAL DEL ESTADO

MARÍA TERESA AGUIRRE ALLOU
FISCAL ADJUNTA, INTERINA
CENTRO DE ENTRENAMIENTO
DIRECTOR DE LA REVISTA



CENTRO DE ENTRENAMIENTO

CONSEJO EDITORIAL INTERNO

Mg. Sara Mariel Sosa Villalba

Directora de Análisis y Evaluación Curricular

Abg. Fanny Sybille Abarzúa Cabezas

Jefa del Dpto. de Investigación y Publicación

Abg. Víctor Eduardo Escobar Said

Asistente Fiscal

PRODUCCIÓN EDITORIAL

Mg. Nancy Ovelar de Gorostiaga

Directora de Enlace

Abg. Claudia Mercedes Rojas Meza

Jefa de Departamento Promoción y Difusión

EQUIPO DE CORRECCIÓN DE ESTILO

Lic. María Auxiliadora Páez Monges

Abg. Sonia Zaldívar Amado

Abg. Romina Manuela Toro

TRADUCCIONES

Lic. Hugo Guanes. Traducción al inglés

Lic. Esteban Ortega. Traducción al guaraní

Impreso en Bernabe S.A.

Tirada 1000 ejemplares

ISSN 2415-5063 Versión impresa

ISSN 2415-5071 Versión en línea

Periodicidad – Anual

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



CONSEJO EDITORIAL EXTERNO

Dra. Sheila Raquel Abed Duarte – consejera de la Entidad Binacional Yacyréta, Paraguay

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

Dr. Alberto Martín Binder – Jurista internacional, Argentina

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

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

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

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

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

Abg. María Cecilia Ocampos Benedetti – Poder Judicial de Paraguay

Abg. Rubén Darío Riquelme Ramírez – Poder Judicial de Paraguay

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

Dr. Miguel Aristides Said Bobadilla – Poder Judicial de Paraguay

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

Mg. José Ángel Dos Santos Melgarejo – Universidad Columbia Paraguay





AUTORES

ALEXIS RUBÉN GIMÉNEZ
JUAN ALBERTO MARTENS MOLAS
RODRIGO ENMANUEL ESTIGARRIBIA BENÍTEZ
EMMANUEL NICOLÁS TSAQUIS
DANIELLE ANNONI
DAVID FERNANDO SANTIAGO VILLENA DEL CARPIO
LETICIA ROSSANA CASACCIA OCAMPOS
MARÍA EUSEBIA SEGOVIA CABRERA VIEDMA
SARA MARIEL SOSA VILLALBA
JOSÉ ÁNGEL DOS SANTOS MELGAREJO
RODOLFO FABIÁN CENTURIÓN ORTÍZ
MIRIAN PATRICIA BALBUENA RÍOS
ROCÍO CELESTE BENÍTEZ BÁEZ
LIZ CARLA FRANCISCA ESCOBAR FRANCO
MARIO FLEITAS
SILVINA NOEMÍ OVELAR
RUBÉN DARÍO RIQUELME
FANNY SYBILLE ABARZÚA CABEZAS
VÍCTOR EDUARDO ESCOBAR SAID
ROLANDO E. GIALDINO
DORIS FÁTIMA OJEDA DE YNSFRÁN
SILVIA MARÍA DA SILVEIRA LOUREIRO, MARCELLO
PHILLIPE AGUIAR MARTINS Y CAIO HENRIQUE
FAUTINO DA SILVA





INDICE

CONTENIDO / CONTENTS / KUA APYRÁ	
PRESENTACIÓN / PRESENTATION / JEHECHAUKA	15
Discusión contemporánea sobre la justicia: Rawls-Habermas	
Contemporary discussion on justice: Rawls-Habermas	
Ñemongeta ko'āgaite hypy'ūva tekojoja rehegua: Rawls – Habermas	
ALEXIS RUBÉN GIMÉNEZ	17
Artículo de actualidad	
Eficacia de las políticas de mano dura en Paraguay. Análisis a partir de datos objetivos de inseguridad en Asunción, Central y Amambay 2010-2016	
Hardline policy's efficiency in Paraguay. An analysis of objective facts related to insecurity in Asunción, Central and Amambay in the time period from 2010 to 2016	
Mbareté poguýpe jeiko oñemohatã Paraguái. Oñehesa'ỹijo dato kuéra omombe'ūva mba'éichapa oĩ tekokyhyje Paraguay, Central ha Amambáype 2010--16	
JUAN ALBERTO MARTENS MOLAS Y RODRIGO ENMANUEL ESTIGARRIBIA BENÍTEZ	43
Artículo original	
Importancia de la inteligencia estratégica para la defensa nacional	
Importance of strategic intelligence for national defense	
Tuicha mba'e oñeñangareko arandupópe tetãre	
EMMANUEL NICOLÁS TSAQUIS	75
Artículo de revisión	
El VRAEM: entre el narcoterrorismo y el descaso del Estado peruano	
The VRAEM region: between narco-terrorism and the indifference of Peruvian State	
VRAEM: Narcoterrorismo ha Peru Estado, jehechagi pa'ūme jeiko	
DANIELLE ANNONI Y DAVID FERNANDO SANTIAGO VILLENA DEL CARPIO	93
Reporte de casos	



La esclavitud del Siglo XXI en Paraguay, con referencia al derecho penal de España

The 21st Century version of slavery in Paraguay, with reference to Spanish criminal law

Tembiguái reko Siglo XXIpe Paraguaýpe, ñembohovake España pégua derecho penalndi

LETICIA ROSSANA CASACCIA OCAMPOS Y MARÍA

EUSEBIA SEGOVIA CABRERA VIEDMA 111

Artículo de revisión

Importancia de la recuperación de activos en la lucha contra el crimen organizado

The importance of asset recovery in the fight against organized crime

Tekotevẽ ojepe'a jey mba'evai apoháragui imba'erepy ombyatyva'ekue

SARA MARIEL SOSA VILLALBA 135

Artículo Original

Ejercicio abusivo del derecho recursivo

Abusive exercise of legal challenges

Derecho recursivo rehe jajepohýi

JOSÉ ÁNGEL DOS SANTOS MELGAREJO 159

Artículo de revisión

Procedimiento especial aplicable cuando una mujer es sometida a un proceso penal

Special procedure applicable to women submitted to a criminal process

Tembiaporã tee ojejapo va'erã peteĩ kuña ho'áramo proceso penalpe

RODOLFO FABIÁN CENTURIÓN ORTÍZ 177

Artículo original

Autoría mediata por aparatos organizados de poder

Indirect perpetration through an organized apparatus of power

Mba'evai apoukáhára pu'aka mbarete rupive

MIRIAN PATRICIA BALBUENA RÍOS, ROCIO CELESTE

BENITEZ BAEZ, LIZ CARLA FRANCISCA ESCOBAR

FRANCO, MARIO FLEITAS, SILVINA NOEMÍ OVELAR,

RUBEN DARIO RIQUELME 203

Artículo de actualidad



Tratamientos aplicados a los agresores sexuales de niños Treatments applied to children's sexual offenders Tembikuaapy ambue tetãrupigua ojejapóva teko vai mitã ñerãirõ rehegua FANNY SYBILLE ABARZÚA CABEZAS Y VÍCTOR EDUARDO ESCOBAR SAID 233 Artículo original	233
La pobreza: una cuestión de derechos humanos Poverty: a matter of human rights Mboriahu: yvypóra derecho rehegua ROLANDO E. GIALDINO 255 Artículo de revisión	255
Análisis de la situación de pobreza de las mujeres privadas de libertad Analysis of the imprisoned women's situation of poverty Ñehesa'ýijo omombe'úva kuña ho'áva ka'irãime reko mboriahu rehegua DORIS FÁTIMA OJEDA DE YNSFRÁN 281 Artículo original	281
La administración de justicia intercultural en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano: el papel de las pericias jurídico-antropológicas The administration of intercultural justice in the context of latinamerican neo-constitutionalism: the role of legal-antropological expertise Ñeñangarekopy justicia intercultural rehegua, ojehecha léi guasu kuéra tetã nguéra latinoamericape: pericias jurídico – antropológicas rembiapo teerã SILVIA MARÍA DA SILVEIRA LOUREIRO, MARCELLO PHILLIPE AGUIAR MARTINS Y CAIO HENRIQUE FAUTINO DA SILVA 305 Artículo de revisión	305
Normas/Instructions / Normas de Publicación/ Instructions to Authors/ Jeikua auka rapetee 337	337





PRESENTACIÓN

El Centro de Entrenamiento del Ministerio Público presenta la séptima edición de su Revista Jurídica indexada, como la expresión más clara de la voluntad institucional de seguir trabajando por el desarrollo de la cultura investigativa y de la producción académica en la institución desde un concepto de rigor y calidad.

La complejidad de la realidad jurídica exige trabajar por la construcción de una perspectiva de análisis que implique la integración de diferentes concepciones legales en la búsqueda de nuevos conocimientos, que a su vez den lugar a más investigaciones que perpetúen la búsqueda del saber a través de diversos tipos de investigación.

Las investigaciones en el presente número incluyen, por ejemplo, la discusión contemporánea sobre la justicia, un trabajo que busca polemizar con la idea de una justicia meramente procedimental que riñe con una visión sustantiva del valor de las personas en una sociedad que pretende ser democrática; el análisis sobre la eficacia de las políticas de mano dura en Paraguay, a partir de datos sobre la inseguridad, un trabajo que da cuenta del impacto de los cambios de la política criminal en el comportamiento delictivo de algunas regiones más densas poblacionalmente.

Un trabajo sobre la importancia de la inteligencia estratégica para la defensa nacional con el propósito de señalar la relevancia del uso de la información para la toma de decisiones en el manejo del Estado. Un artículo sobre el narcoterrorismo en el Perú, que aborda el tema de la lucha contra el terrorismo que todos los gobiernos están obligados a atender. Un análisis sobre la trata de personas en Paraguay, contrastado con el derecho español, en el marco de la armonización legislativa que permite el Protocolo de Palermo.

Igualmente, contiene un material sobre la importancia de la recuperación de activos en la lucha contra el crimen organizado, una problemática que afecta a la economía y el desarrollo de los países. Por otro lado, un artículo sobre el ejercicio abusivo del derecho recursivo, un trabajo que busca identificar las herramientas procesales que puede utilizar el Ministerio Público para frenar las conductas procesales dilatorias.

Además, la revista contiene un artículo sobre el procedimiento especial aplicable cuando una mujer es sometida a un proceso penal, con el objetivo de incluir la dimensión de género en el análisis del sistema de administración de justicia. Así también, un trabajo en el



cual se indaga sobre la aplicabilidad de la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en el ordenamiento jurídico vigente, desarrollada por el jurista alemán Claus Roxin (1963).

De igual manera, un artículo denominado experiencias foráneas sobre los tratamientos aplicados a los agresores sexuales de niños, en el cual se describen los tratamientos y medidas que pueden aplicarse a los condenados por hechos punibles de abuso sexual en niños una vez que fueron sancionados. Se realiza un estudio detallado, desde una óptica general respecto a las medidas adoptadas por otros países.

La pobreza: una cuestión de derechos humanos, es un trabajo en el cual se plantea que las personas pobres son aquellas que se ven sometidas a un entramado de relaciones de privación de múltiples bienes materiales, simbólicos, espirituales y de trascendencia, imprescindibles para el desarrollo autónomo de su identidad esencial y existencial. Dicha privación entraña, además de un escandaloso agravio a la dignidad inherente a la persona humana, por un lado, un mayúsculo quebrantamiento de numerosos derechos reconocidos en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Análisis de la situación de pobreza de las mujeres privadas de libertad, un artículo que analiza la condición económica de las mujeres encarceladas y visibiliza que la privación de libertad es un factor que contribuye a que la condición de pobreza en esa situación, no pueda ser mitigada.

La administración de justicia intercultural en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano: el papel de las pericias jurídico-antropológicas, este estudio realiza una revisión bibliográfica y documental sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano como sistema abierto para la incorporación de derechos humanos de las personas y pueblos indígenas, sus ciclos y las principales experiencias constitucionales recientes en el continente.

La dinámica de las ciencias y del mundo exigen que este devenir marcado por el cambio constante sea acompañado por un afán de conocimiento esclarecedor que fundamenta su búsqueda en la metodología de la investigación como base para lograr una cultura comprometida con la ciencia y el elevado desarrollo de la justicia.



Tema de Actualidad

Discusión contemporánea sobre la justicia: Rawls-Habermas Contemporary discussion on justice: Rawls-Habermas Ñemongeta ko'ãgaite hypy'ũva tekojoja rehegua: Rawls – Habermas

*Alexis Rubén Giménez**
Ministerio Público. Asunción, Paraguay
Recibido: 19.06.17 – Aceptado: 13.07.17

Resumen

El presente trabajo busca polemizar con la idea de una justicia meramente procedimental, a partir de que las evidencias para ello salen a luz en la discusión, precisamente como lo sugieren John Rawls y Jürgen Habermas, la justicia como un trámite. Al realizar una reseña sobre el desacuerdo entre ambos en torno a los requisitos previos al proceso, se resalta la tesis de Rawls que sostiene que no es posible la misma sin la aceptación previa de una noción ética sustantiva. Proponemos para la discusión que la tesis de Habermas en torno a la situación ideal de los hablantes puede erigirse como un criterio para establecer los verdaderos alcances de las prácticas democráticas en nuestra sociedad.

Abstrac

This paper intends to create debate about the idea of a merely procedural justice, from the evidences that come to light after the discussion on John Rawls and Jürgen Habermas theoretical suggestion: justice as a formality. Taking as a departure point, the disagreement between both authors, on the previous requirements to a proceduralism, whereby Rawls thesis is pointed out, which argues that, proceduralism is not possible without a previous acceptance of a notion of substantive ethic. For the discussion, we propose that Habermas thesis on the “ideal speech situation” can emerge as an approach to establish the real scope of democratic practices in our societies.

*Auxiliar de la Secretaría General, Ministerio Público. Asunción, Paraguay Email: alexgimenez08@gmail.com
Licenciado en Filosofía, egresado de la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas (FFCH). Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” (2016). Docente universitario. Actualmente cursa la especialización “Docencia en Educación Superior” en la Universidad Católica.



Ñembyapu'a

Ko tembiapópe ojeheka oñemohypy'ũ ñemongeta ojekuaa haguã mba'éichapa oñembohape pe tekojoja reko, ojekuaapa rupi ohóvo ha osẽmba rupi okápe mba'éichapa ojejepohýi rasy hese ha pévare iporã oñeñe'ẽ he'i John Rawls ha Jürgen Habermas, ani haguã tekojojágui ojejapo peteĩ trámite reínte. Ojehaíma ningo mamópa ndojokupytyí hikuái pe tekojoja ñembohaperãre, Rawls he'i ndaikatuiha oñeguahẽ upe mba'épe, oñekotevẽ pe tekove rekorã tee rehe. Habermas katu omboguapy pe tesis he'ívo, “maymave he'íma guive” mba'éichaite va'erãpa oñembohape ha oñeñangareko añetetehápe tekojoja ikatu haguã ojeiko demakrasiape ñande rekohápe.

Palabras clave: Justicia, contractualismo, moral sustantiva, moral procedimental, consenso razonable, principio de justicia, comunidad ideal de hablante, democracia, participación, reconocimiento.

Keys word: Justice, contractualism, substantial moral, procedural moral, reasonable common agreement, principle of justice, ideal speech situation, democracy, participation, recognition.

Ñe'ẽtee: tekojoja, ñe'ẽñeme'ẽ kuatiápe, tekora tee, tekora ñembohaperã Tekojoja pyendarã „tapichakuéra kéra yvoty ñe'ẽ, demokrásia, jeikekuaa, jehechakuaa



Introducción

Este ensayo gira en torno a un debate, que mantuvieron John Rawls y Jürgen Habermas a mediados de los años 90 del siglo pasado. La problemática fue compilada en una versión alemana, que fue traducida al castellano por el filósofo español Gerard Vilar Roca e introducida por el politólogo e historiador de las ideas del también español Fernando Vallespín, trabajo introductorio que detalla notablemente el desarrollo histórico y el contenido del debate, contextualizándolo.

Esta cuestión se inició como una crítica del pensador alemán a las tesis centrales de la noción de Justicia que planteó Rawls, crítica que motivó una respuesta de este último, que buscaba, por un lado, aclarar algunas nociones en torno a los consensos necesarios para la vigencia de la justicia y por el otro, criticar las tesis con las que Habermas polemizó.

Naturalmente, no es posible plantear in extenso todo este debate, quizás uno de los más relevantes del pensamiento filosófico de las últimas décadas, más que en –los que parecen ser– sus puntos centrales y sobre un aspecto: la justicia como un procedimiento político, o mejor dicho, la vigencia de la iustitia como el logro de consensos que deben ser garantizados para su efecto. Tampoco es posible dar cuenta aquí de los alcances que esta discusión tuvo mundialmente en el ámbito de la filosofía y naturalmente, del derecho público y privado, ya que implícitamente se encuentra en discusión el rol estatal como garante de la justicia y en consecuencia, el debido procedimiento que semejante vigencia implica.

En el fondo, ambos plantean la justicia como un procedimiento de reconocimiento del valor del individuo y las comunidades de decidir sobre sí mismos por lo que se trataría de una discusión de familia, según Fernando Vallespín (Vallespín, 2008) aludiendo al hecho de que ambos son continuadores de un proyecto iniciado por la Ilustración hace más de dos siglos, que surge de una determinada concepción antropológica y que centra al individuo y su autodeterminación como un elemento central del quehacer político. Es necesario reconocer que no llegan a un



acuerdo sobre las condiciones en las que dicho procedimiento debe ser garantizado por el poder estatal: ¿los consensos se buscan en torno a mínimos éticos aceptados razonablemente, anteriores a ellos? ¿O los acuerdos suponen también la discusión sobre esos mínimos sobre los que se basan los consensos?

El objeto de este ensayo es mostrar el doble aspecto de esta discusión y por el otro, plantear cómo la sensibilidad contemporánea en torno a la justicia pretende dejar atrás ideas como lo bueno o lo justo como sustancias o referencias ideales éticas, y en su lugar, el naturalismo se transforma hacia lo justo como un procedimiento, por ejemplo, garantizar el logro de consensos a partir previamente de la universalización de la participación. Pondremos como este debate mostrará en tela de juicio esa consideración.

El segundo aspecto tiene más que ver con esta cuestión: ¿el logro de los consensos garantiza la justicia? ¿o previamente a los acuerdos es necesario establecer una mínima idea de bien que garantice los consentimientos y con ello la justicia? ¿el procedimiento debe basarse en una certeza sustantiva de bien?

Si este último fuera el caso, indiscutiblemente, habrá que establecer racionalmente una idea de bien que pueda ser comprendida por cualquier interlocutor social. Con ello, la justicia deja de ser un procedimiento y vuelve a los viejos terrenos en los cuales la justicia era una expresión del bien, sea cual fuere su origen y cognoscibilidad.

Los acuerdos previos a la discusión

El legado kantiano de Rawls y Habermas

Sin dudas, Rawls es heredero de una tradición muy anterior a él, de hecho, se remite a Kant y hasta podría decirse que es uno de sus más notorios intérpretes contemporáneos en términos de filosofía política y filosofía del derecho. Y con esa aceptación, Rawls también reconoce un legado con el que no deja de identificarse a lo largo de su obra, el liberalismo político y el contractualismo originados por



el pensamiento ilustrado a lo largo de las grandes revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII. En particular, Rawls es heredero del proyecto kantiano en este aspecto: la necesidad de una fundamentación racional de la noción de justicia, de tal manera que la transparencia de la razón universal de Kant, accesible a cualquier individuo, anterior a sus opciones morales y que Rawls la llamará Razón Pública (Habermas y Rawls; 2008, pág. 377) pueda fundar un Estado de justicia, en la medida que por medio de esa razón universal se establezcan los consensos que la hagan posible. De hecho, Norberto Bobbio habla de Rawls como un neocontractualista de inspiración kantiana (Bobbio y Bovero, 1985) que reedita una forma de naturalismo frente al escepticismo historicista. Volveremos sobre esta cuestión.

Por su lado Jürgen Habermas acepta una tradición filosófica algo más reciente, típica del siglo XX, y surgida luego del desencanto con la racionalidad moderna, con la idea de progreso histórico y las instituciones contemporáneas que se instaló estrepitosamente en el horizonte intelectual contemporáneo. La escuela de Frankfurt asume el desafío de pensar qué fue lo que sucedió con la razón ilustrada en la civilización moderna, que lejos de cumplir sus promesas de racionalidad, progreso y emancipación humana, terminó generando dos guerras devastadoras que incluyeron campos de exterminio y la utilización de todo tipo de artefactos – incluidos dos nucleares– contra la población civil. Frente a la barbarie generada por la razón y el progreso, dos opciones: o el abandono de la razón –vía de los actuales posmodernos– o crítica a la racionalidad, es decir, más razón aún. Este último es el camino de la Escuela de Frankfurt (Adorno y Horkheimer, 1987).

Sin haber tenido una identificación total con esa familia de pensadores, el discurso filosófico de Habermas surge de ella, e incluso se mantiene bastante cercano. De origen marxista, dicha escuela propició un proyecto: es necesario retomar el proyecto de emancipación por medio de la razón que propuso la Ilustración, en particular Kant, incluyendo a esa crítica las consideraciones sobre la sociedad moderna que plantearon Marx y Freud. (Razón o barbarie).



Aunque se aleja de las tesis marxistas duras de Adorno y Horkheimer, y más identificado con la socialdemocracia europea, Habermas hará suya esa consigna de la Escuela de Frankfurt, la Ilustración es un proyecto inconcluso y es necesario pensar las condiciones de racionalidad política para concluirlo (Habermas, 1989).

Como podemos ver, se confirma la enunciación con la que iniciábamos este trabajo, ambos pertenecen a una misma familia que tiene por antepasado común a Emmanuel Kant, entendido a este como tal vez la máxima expresión del desarrollo filosófico de la Ilustración.

El aspecto fundamental de coincidencia respecto de la tradición ilustrada que Kant sintetiza es el que tiene que ver con la autonomía moral del individuo. En el inicio del cuarto de sus famosos teoremas de la razón práctica, Kant formula así esta cuestión: “La autonomía de la voluntad es el único principio de todas las leyes morales” (Kant, 2003, pág. 47). En este sentido, Kant muestra la ruptura de la Ilustración con el pensamiento de matriz cristiana, el bien no se busca en una idea fuera del ser humano, como puede ser el trasmundo o un determinado orden metafísico oculto en la realidad, sino que debe observarse la naturaleza humana y deducir a partir de ella qué es lo que la favorece o permite desarrollarla. Ahora bien, se apunta a una ruptura, pero también una continuidad existente en la naturaleza humana y ella es el fundamento de lo moral.

La idea kantiana de autonomía puede formularse así: la moralidad es el ejercicio de la libertad. Cuando el individuo obra conforme a mandatos que no comprende o acepta, cuando el individuo es movido por pasiones, como el miedo o el placer, cuando el individuo acepta acríticamente un orden legal, no hay acción moral, ya que el individuo acciona por principios extraños a sí mismo. La autonomía, por el contrario, es el principio de la autodeterminación ya que en ella el individuo construye racionalmente su propia voluntad.

El individuo no actúa de acuerdo a su moral cuando se ve obligado a obedecer un orden legal que no comprende. Por el contrario, el ejercicio de la libertad como



autodeterminación de la conciencia supone que el individuo obra moralmente cuando construye su propia voluntad racionalmente no pasionalmente o guiado por el deseo. Libertad en un sentido radical, es finalmente autodeterminación de la conciencia y esa es la clave del obrar moral, la responsabilidad indelegable del individuo sobre sí mismo.

De tal manera que no existe argumento racional alguno para que un individuo deba seguir una voluntad ajena (un régimen político, una ley, una norma o convención) si su voluntad racional no reconoce en ello un deber. Ahí radica el origen de la justicia: en el reconocimiento de esa capacidad humana de autodeterminación o de autonomía.

Nótese la transformación que supone esta tesis: la justicia no radica en el reconocimiento de un orden metafísico, sino en el hecho de que la autonomía no sea impedida, el individuo no debe hacer nada que no considere correcto a la luz de la razón.

Justamente, el elemento racional es la otra cara de la moneda de la autonomía o la libertad, el individuo es libre en la medida que es capaz de comprender racionalmente su obligación. Dicho al revés, podría formularse así: dado que el individuo es racional y puede comprender los motivos de su propia acción, no necesita tutorías o indicaciones que provengan de fuera y que no logre comprender. Pero si provienen de afuera y descubre la moralidad en ellas, el individuo ya no obra heterónomamente, dado que su conciencia no está condicionada más que por la propia capacidad de comprender. Aquí se introduce un elemento intersubjetivo, la racionalidad como algo universal y objetivo, puede ser comunicada bajo la argumentación moral.

Aquí vemos el segundo legado kantiano que Rawls y Habermas reconocerán como un fundamental acuerdo en sus teorías de la justicia: "...Ahora bien, a este principio de la moralidad lo declara la razón al mismo tiempo como una ley para todos los entes racionales, con tal de que posean una voluntad en general..."



(Kant, 2003, pág. 48). Esto quiere decir que por medio de la argumentación la razón es comunicable y por ello, posible de ser reconocida en aquel principio que el individuo juzgue como racional. Entonces, aparece un nuevo elemento de la moralidad consistente en el hecho de que es comunicable; cualquier individuo capaz de argumentar racionalmente los contenidos morales de su conciencia puede comunicarlos a un interlocutor en una discusión y así, cuando este reconoce esos contenidos como racionales y por ello mismo válidos, ya no obra heterónomamente sino guiado por su propia conciencia, es decir autodeterminándose.

Estas ideas, autodeterminación y comunicabilidad argumentativa, sobre los principios de acción son las claves para comprender las tesis de Rawls y de Habermas o mejor dicho, el principal acuerdo entre ellos puesto que la justicia aparece como un estado de convivencia humana donde se garantiza la autonomía moral a la vez que la capacidad de argumentar los motivos de acción como universales.

Por ello, la justicia para estos autores no es tanto un principio más o menos abstracto y con un determinado contenido, sino que la justicia es una situación en la que los individuos obran de manera autónoma y pueden comunicar sus argumentos como motivos universales para el obrar. Y dado que estas situaciones son requeridas por la propia naturaleza humana, no hay justicia si una organización social no reconoce la autonomía y la capacidad humana de la argumentación moral. Rawls y Habermas aceptarán que en las sociedades contemporáneas, plurales y con tantos desacuerdos en torno a una idea del bien, el fin de la justicia es garantizar universalmente la autonomía y la argumentación, de tal manera que los actores sociales no se vean obligados a la obediencia de aquello que no comprenden o aceptan racionalmente, situación que calificarían como contraria a la naturaleza humana y por lo tanto, injusta.



La justicia como un procedimiento

Kant con su moral formal insinúa ya una teoría de la justicia como un estado que en principio abandonaría criterios morales ideales y aceptaría procedimientos en los que la organización social debieran reposar sobre la autonomía y la capacidad de argumentar, dado que es prácticamente imposible que, en sociedades modernas, plurales en muchos sentidos de la expresión puedan llegar a acuerdos sobre el bien.

A lo largo de la historia del pensamiento filosófico, en particular desde Platón, una idea parecía muy notable al pensamiento occidental, todo orden a establecer debe derivarse del conocimiento de algún tipo de orden de la realidad. Este es un tema central en el pensamiento platónico, conocer el bien permite ordenar la propia vida, en términos individuales o en términos sociales, tal como lo expresa en *La República*: “la justicia es el bien especificado en la sociedad, por lo tanto, hay justicia en la medida que la sociedad se organiza conforme a ese principio que es anterior a ella y que no proviene de ella” (Platón, 1988, pág. 27).

La justicia, lejos de provenir de la propia sociedad –tesis de la sofística– es el resultado del acatamiento de un orden que sólo puede ser conocido por la razón, motivo por el cual la justicia está en directa dependencia del conocimiento racional. De hecho, éste parece ser el punto fundamental del pensamiento platónico: la búsqueda del bien como garantía de un determinado orden. Por lo tanto, se obra bien en la medida que se obra racionalmente y se obra mal en la medida que se obra según pasiones o falsas certezas. Este, desde Platón hasta Descartes e incluso Kant, parece haber sido una constante en las grandes líneas de la historia del pensamiento filosófico (Taylor, 2006).

La novedad ilustrada, que se insinúa difusa con Hobbes y Locke, que se formula plenamente con Kant es que la justicia no tiene un contenido específico porque no brota de un bien ideal o metafísico, de arraigo más o menos cristiana, sino que brota del reconocimiento de una condición humana recientemente descubierta por los ilustrados y escondida detrás del antiguo régimen: la autodeterminación racional de los individuos.



Rawls y Habermas aceptan esta idea de fundación ilustrada: la justicia se da cuando socialmente se promueven y garantizan –razón de ser del poder estatal– los procedimientos que hagan que todos los individuos y grupos puedan participar en las decisiones que les afectan y los obligan a la aceptación, de otra manera, la autonomía se encuentra negada. Pero más aún, los individuos no sólo participan de la formación de ese ordenamiento social, sino que además pueden argumentar racionalmente sus motivos.

La justicia es pues, la existencia de procedimientos de participación y de búsqueda de acuerdos aceptados libremente por todos los interlocutores. La injusticia entonces surge cuando un grupo decide en nombre de los demás, bajo el motivo que fuera, porque niega un procedimiento que en última instancia es el que hace posible la autonomía y con ello una vida humana auténtica. Y al negar el procedimiento no incurre en falla de forma, sino que básicamente se da una negación del valor absoluto del individuo (esta es una tradición liberal) al que se le niega el reconocimiento de su aspecto más valioso, cuando se le niega la posibilidad de participar en el ordenamiento social. Tanto Rawls como Habermas aceptarían esta situación como formas de autoritarismo o totalitarismo y precisamente, como el principio de la irracionalidad que debe ser superada por la modernidad.

Esto nos lleva al sentido de este planteo en las últimas décadas del siglo XX con estas preguntas: ¿por qué recuperar a Kant y el sueño ilustrado? ¿por qué un neocontractualismo referido a la naturaleza humana? Tal vez esta consideración nos ayude a comprender el sentido de esta ética social –o eticidad– basada en procedimientos participativos como una alternativa a otras corrientes contemporáneas. En cierta medida esta tesis que recupera el legado kantiano sea por la vía que fuera, es una respuesta a algunas típicas sensibilidades de la última mitad del siglo. Sabemos que Rawls sale al paso de dos sensibilidades: la primera, al escepticismo respecto de los discursos morales y políticos proveniente del neopositivismo, y la segunda, de las formas utilitaristas traídas por la exaltación del



individualismo desde discursos económicos (Elósegui, 1997).

Por su lado Habermas también es polémico del escepticismo al que identifica también en otra vertiente: la posmodernidad dura, como así lo es de los neoconservadurismos (Baudrillard, Habermas y Sair; 1985) y de las teorías emotivistas, de los utilitarismos, los neopositivismos, los neotomismos, etc. (Elósegui, 1997).

Frente a todas estas posibilidades que en última instancia descreen de los relatos emancipatorios de la ilustración y libran lo político y lo ético a apreciaciones subjetivas o esencialismos metafísicos o nacionalistas, Rawls y Habermas ven la necesidad de recurrir a las fuentes ilustradas: la razón y la libertad (o la autodeterminación) como el elemento que está más allá de cualquier subjetivismo y escepticismo. Desde allí consideran que es posible establecer un puente que comunique todas las apreciaciones morales a través de un procedimiento de búsqueda de consensos ya que esa, consideran ambos autores, es la única forma de que esas subjetividades no se vean obligadas a lo que no aceptan.

En el fondo, tanto Rawls como Habermas, buscan escapar de la dispersión que el escepticismo y el descreimiento de fin de siglo parece alumbrar en el horizonte intelectual. Y lo hacen desde una certeza dura: los individuos y las comunidades no pueden estar excluidos en las decisiones sociales que le afectan.

La discusión

El procedimiento en Rawls

Tal como se ha mencionado, no es posible ni es el objetivo de este trabajo un detalle siquiera general de toda la teoría de la justicia sino lo que interesa es su discusión con Habermas, y ella se centra en los supuestos que convocarían a un procedimiento que fundaría la situación de justicia: se detallará las condiciones que según Rawls hacen necesario un acuerdo y que justamente son anteriores a él, justificando su postura.

La idea central de Rawls en este aspecto es muy clara: antes de cualquier



procedimiento de búsqueda de consensos y construcción del orden social (una anterioridad que no es temporal sino una suerte de situación ideal) existen contenidos éticos mínimos que son racionalmente cognoscibles y argumentables, y por ellos pueden erigirse como consensos razonables previos al procedimiento. Esto quiere decir que cualquier interviniente en el procedimiento de discusión está en condiciones de aceptarlos, y de reconocer que sin ellos no habría construcción de consensos posibles: “Quiero decir que ciertos principios de justicia están justificados porque habría consenso sobre ellos en una situación inicial de igualdad. He insistido en que esta posición original es puramente hipotética” (Rawls, 2006, pág. 33).

Rawls alude a una llamada situación inicial, esto es anterior al procedimiento de búsqueda de consensos, que como vemos no es histórica ni real sino más bien una presunción basada en la observación de las capacidades humanas de que cada individuo está en condiciones de conocer su propia disposición al bien y argumentarla. Pero también es capaz de reconocer que su situación no es de privilegio, sino que es de igualdad, por ello debe justificar y escuchar razonamientos de los demás:

Parece razonable suponer que en la posición original los grupos son iguales, esto es, todos tienen los mismos derechos en el procedimiento para escoger principios; cada uno puede hacer propuestas, someter razones para su aceptación, etc. Obviamente el propósito de estas condiciones es representar la igualdad entre los seres humanos en tanto que personas morales, como así también criaturas que tienen una concepción de lo que es bueno para ellas y que son capaces de tener un sentido de la justicia (Rawls, 2006, pág. 31).

Esta situación inicial es lisa y llanamente el reconocimiento de que la búsqueda de consensos es clave en la construcción de la convivencia social y por ello, su principio de organización. En este aspecto, Rawls se inscribe dentro de la tradición liberal contractualista: “la situación inicial es la disposición al pacto social, condición fundante de la igualdad y el reconocimiento social” (Rawls, 2006; pág. 27).



Rawls formula esta situación que a la vez es previa y también justifica el procedimiento: He dicho que la posición original es el statu quo inicial apropiado que asegura que los acuerdos fundamentales alcanzados en él sean imparciales. Este hecho da lugar a la denominación de justicia como imparcialidad. Es claro, entonces, que quiero decir que una concepción de la justicia es más razonable o más justificable que otra, si personas razonables puestas en la situación inicial escogieran sus principios en lugar de los de la segunda, para desempeñar el papel de la justicia. Las concepciones de la justicia deberán jerarquizarse según su aceptabilidad por las personas en tales circunstancias. Así entendida, la cuestión de la justificación se resuelve elaborando un problema de deliberación: tenemos que averiguar qué principios sería racional adoptar dada la situación contractual. Esto conecta la teoría de la justicia con la teoría de la elección racional (Rawls, 2006, pág. 30).

Un elemento fundamental para comprender esta disposición a aceptar las condiciones del pacto de búsqueda de libertad y reconocimiento en la organización social es justamente la aceptación de que no se presume ventaja alguna; es decir, los futuros interlocutores no aceptan como principio su propia situación (esa es la solución utilitaria) sino la necesidad de lograr una convivencia social basada justamente en el reconocimiento y la libertad de las personas.

A esta situación ideal anterior al pacto, Rawls la denomina velo de ignorancia: Ahora bien, para lograr esto supongo que las partes están situadas bajo un velo de ignorancia. No saben cómo las diversas alternativas afectarán sus propios casos particulares, viéndose así obligadas a evaluar los principios únicamente sobre la base de consideraciones generales (Rawls, 2006, pág. 135).

Entonces las condiciones de los individuos para la búsqueda de los consensos son: una situación inicial en la cual ellos abstraen de su propia circunstancia y ponen como horizonte tanto el propio interés como la capacidad de lograr consensos de



organización social. Esta es una etapa que no tiene existencia histórica, sino que es ideal, como lo es cualquier teoría que acepte el pacto social como origen de la organización de la convivencia. Pero implícitamente Rawls establece que en esa situación anterior los propios intereses. Ya están en juego dos principios que orientarán a la justicia.

El primer principio tiene que ver con la absoluta igualdad de condiciones, tanto para el acceso al procedimiento como para su ejercicio deliberativo dentro de él. Cada interlocutor debe tener las mismas libertades y las mismas restricciones que el resto. Este principio resguarda de una situación: que las condiciones de ejercicio de libertades como de restricciones a las mismas sean desiguales y con ello se origina obviamente una injusticia, ya que se da una falta de reconocimiento a alguno de los miembros del pacto.

Rawls plantea en estos términos el primer principio de justicia: “Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás” (Rawls, 2006, pág. 67).

El segundo principio también aborda una cuestión que el procedimiento debe resguardar. La justicia tiene que ver no sólo con una situación existencial, sino con la distribución de bienes, ya sean estos: materiales, simbólicos, morales o económicos. En ese sentido, el reparto supone también una condición de justicia y esta supone igualdad de ejercicio de libertades, pero también debe existir criterio anterior al hecho del reparto de bienes.

Esto se plantea así:

Todos los valores sociales (libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, así como las bases del respeto a sí mismo) habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno o de todos estos valores redunde en una ventaja para todos (Rawls, 2006, pág. 69).



En ese caso, Rawls acepta que un consenso podría resultar finalmente en una situación de desigualdad posterior al procedimiento, como en la inequidad económica y en lo social, etc. Con ello introduce un elemento más realista: la posibilidad de una sociedad desigual en el acceso a esos bienes. La pregunta que podría aparecer es si esa ausencia equitativa de por sí supone una injusticia.

Para Rawls ello no es necesariamente así ya que la desigualdad puede darse si es que el individuo que no accede a algún bien o no accede de una manera igualitaria. No ve en ello una lesión a su valor, en la medida que recibe algún tipo de compensación que lo satisfaga y que acepte la situación sin caer en resignaciones ni renunciaciones a su propio valor. El individuo puede aceptar la disparidad en la medida en que la acepta y recibe algún tipo de compensación por ella. El principio está formulado de esta manera:

Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que:

- a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos,
- b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos (Rawls, 2006, pág. 68).

Este segundo principio de justicia parece contradecirse a sí mismo: ¿cómo es posible que las inequidades sean ventajosas justamente para aquellos que la padecen? Justamente es aquí donde entra en juego el valor de este principio como respuesta a una posible injusticia:

Ahora bien, el segundo principio insiste en que cada persona se beneficie de las desigualdades permisibles dentro de la estructura básica. Esto quiere decir que, para cada hombre representativo relevante, definido por esta estructura, tiene que ser razonable que, al ver que la empresa funciona, prefiere sus perspectivas con la desigualdad en lugar de las que tendría sin ella (Rawls, 2006, pág. 71).

Sintetizando lo dicho, está muy claro que la realidad actual dista bastante de



presentar un panorama siquiera escueto de la teoría de la justicia de Rawls. Lo que sí interesa, tras haber planteado su opción por la justicia como un procedimiento, es que justamente ese procedimiento está guiado por una serie de contenidos éticos mínimos, que son la igualdad de condiciones y la oferta de reparación satisfactoria que lleve a la aceptación de toda situación no deseable en principio. Justamente esta es la clave de la discusión con Habermas.

El procedimiento según Habermas

Por su lado Habermas, kantiano y en lo fundamental de acuerdo con Rawls, parece recoger una tradición también alemana de pensamiento y que remite a Hegel y de la que se hizo eco la escuela de Frankfurt: el reconocimiento. La idea hegeliana plantea que el reconocimiento del valor del individuo, por los mismos motivos planteados por Kant, es la clave de cualquier ordenamiento social. Un orden social que renuncie al reconocimiento de todos sus miembros es de por sí un principio inadecuado de convivencia y por ello mismo, además de injusto, condenado a la autodestrucción por las contradicciones que terminará generando (Honneth, 1991).

En este sentido, la pregunta es en qué medida una sociedad compleja y plural logra que todos sus miembros se den pleno reconocimiento. La solución de Habermas llega planteada desde un punto de partida, bastante similar en su funcionamiento a la –situación inicial– de Rawls, que es la comunidad ideal de hablantes. Sintéticamente, podría decirse que el lenguaje cumple varias funciones pragmáticas (expresa, influye, persuade, etc.) pero en una condición ideal, el hablante se ve en la necesidad de argumentar sus posiciones. Con la argumentación, hay una función práctica de la comunicación: el reconocimiento. Cuando un individuo argumenta sus posiciones referidas por ejemplo al mundo social, implícitamente está reconociendo que sus interlocutores merecen la argumentación y no un silencio. En la acción comunicativa, Habermas encuentra el procedimiento ético perfecto: hablar y argumentar es fundamentalmente un acto de respeto y más aún, de reconocimiento de los demás. Esta situación, aunque ideal, es el punto de partida de



cualquier procedimiento para Habermas. Una situación ideal es el reconocimiento del valor de todo miembro en la acción comunicativa. Esta situación ideal es justamente la condición ideal del habla en términos éticos. Por ello, Habermas la denomina situación ideal del habla.

El mismo autor lo plantea así:

Esa propuesta puede resultar insatisfactoria en sus detalles; pero me sigue pareciendo correcta la intención de reconstruir las condiciones generales de simetría que todo hablante competente tiene que dar por suficientemente satisfechas en la medida en que cree entrar genuinamente en una argumentación. Los participantes en la argumentación tienen todos que presuponer que la estructura de su comunicación, en virtud de propiedades que pueden describirse de modo puramente formal, excluye toda otra coacción, ya provenga de fuera de ese proceso de argumentación, ya nazca de ese proceso mismo, que no sea la del mejor argumento (con lo cual queda neutralizado todo otro motivo que no sea el de la búsqueda cooperativa de la verdad).

Bajo este aspecto la argumentación puede entenderse como una continuación con otros medios, ahora de tipo reflexivo, de la acción orientada al entendimiento (Habermas, 1999, pág. 46).

Así planteadas las cosas, se puede comprender la crítica que Habermas hará a Rawls, ya que para este último son necesarios dos requisitos para el entendimiento, dos principios éticos mínimos, dos principios de justicia. Pero para Habermas, no hay más que un punto de partida: el reconocimiento que lleva al individuo al procedimiento por el que se llegará a una serie de consensos, bajo los cuales se organizará la sociedad. Bajo la idea de la situación ideal de habla, Habermas acepta que antes de esta racionalidad del reconocimiento a los demás, no hay ningún contenido anteriormente acordado.

Si para Habermas existe una situación inicial, lo es en términos muy diferentes



a la de Rawls. Para este último, existen contenidos y disposiciones mínimos para el procedimiento, en cambio, para el pensador alemán no existe una posición inicial con contenidos éticos siquiera mínimos, por eso allí dirige su crítica.

La misma puede encabezarse así:

Mi crítica, realizada con propósitos constructivos, se plantea en términos inmanentes.

En primer lugar, tengo dudas acerca de si el diseño de la posición original es adecuado para explicar y asegurar el punto de vista del juicio imparcial de principios de justicia entendidos deontológicamente (Habermas y Rawls, 1998, pág. 43).

Justamente para Habermas, establecer determinados mínimos morales previos como situación inicial supone que hay quienes están en condiciones de establecérselos a sí mismos y a los demás de una manera previa a la acción comunicativa. En todo caso, poner condiciones anticipadas a la búsqueda del consenso es implícitamente una ruptura de la condición ideal del habla, ya que algunos individuos no tendrían más opciones que aceptar esos principios de justicia que Rawls plantea (Habermas y Rawls, 1998, pág. 46).

La acusación de Habermas es que según Rawls es necesario aceptar principios que no están sometidos a la racionalidad pública, es decir, a la aceptación racional a partir de la discusión, sino que es necesario aceptarlos como condición previa a la democracia. La pregunta de Habermas es si esos contenidos son anteriores al procedimiento, o más bien deberían resultar de él.

Así puede leerse en sus motivos:

Los principios fundamentados en el primer estadio tienen que ponerse en discusión pública en el segundo estadio, pues sólo aquí se pone en juego el *factum* del pluralismo y se revocan las abstracciones de la posición original. La teoría como un todo tiene que exponerse a la crítica de los ciudadanos ante el foro del uso público de la razón. Y aquí



ya no se trata de ciudadanos imaginarios de una sociedad justa, acerca de los cuales se pueden hacer afirmaciones dentro de la teoría, sino que se trata de ciudadanos de carne y hueso; y la teoría tiene que dejar abierto el resultado de semejante test (Habermas y Rawls, 1998, pág. 57).

La razonabilidad que Rawls plantea no es para Habermas lo suficientemente sólida como para lograr la aceptación racional de los participantes como una certeza dura como situación inicial. Si se acepta la tesis de Rawls de los principios mínimos, la racionalidad pública tiene que aceptar una determinada concepción del mundo que está fuera de discusión. Es como aceptar discutir principios y acciones, bajo la aceptación incondicional de los principios de justicia.

Eso es para Habermas una ruptura de la situación ideal del habla, porque aparece un elemento extraño a la racionalidad comunicativa, lo razonable previo al acuerdo. El procedimiento queda así viciado, porque se llega a él con aceptaciones incondicionales, antes del procedimiento hay una idea del –bien– anterior, con lo cual la libertad que Rawls plantea es para Habermas, no una libertad moderna, sino una libertad antigua, basada en principios sustantivos.

La réplica de Rawls

Se expone la respuesta de Rawls, no tanto para acompañar el hilo de la discusión, sino más bien para destacar un aspecto central de este trabajo, que tiene que ver con el tema en discusión aquí: ¿hay mínimos éticos antes de los consensos o no los hay?

La respuesta de Rawls se dirige a la noción de racionalidad pública que plantea Habermas y que tiene como fundamento la situación ideal de habla, como una realidad deseable y hacia la que deben tender los procedimientos en cuestión.

Curiosamente, lejos de negar que detrás de su tesis de los consensos razonables se encuentre una noción sustantiva del bien, Rawls sostiene que Habermas incurre en el mismo defecto, si es que ello pudiera ser llamado defecto. Así lo plantea Rawls



quien asume explícitamente la tradición kantiana y contractualista que expresa en su obra:

Considero mi réplica como una defensa del liberalismo porque cualquier concepción liberal tiene que ser sustantiva, y a opinión del autor es correcto que sea así. Además, no veo por qué la concepción de Habermas no es sustantiva, aun cuando los elementos sustantivos puedan diferir (Habermas y Rawls, 1998, pág. 129).

En efecto quizás acierte el filósofo estadounidense en este planteo, no es posible considerar como valioso un procedimiento que garantice a los individuos su participación en la organización social, si es que previamente no se considera que ello es bueno o al menos valioso, por el motivo que fuera:

Tras este excuso, ¿puede Habermas decir que su punto de vista es sólo procedimental? Habermas concibe la idea de la teoría discursiva como restringida a un análisis del punto de vista moral y del procedimiento democrático de legitimación. Y deja que las cuestiones sustanciales que exigen que las respuestas, aquí y ahora, sean resueltas por las discusiones más o menos ilustradas de los ciudadanos. Pero nada de esto significa que pueda evitar depender de un contenido sustantivo (Habermas y Rawls, 1998, pág. 133).

Implícitamente Rawls señala (y correctamente) que Habermas no es del todo procedimental y que finalmente termina aceptando un elemento sustantivo anterior al procedimiento: el reconocimiento que cada individuo merece idealmente y que, posteriormente, la acción comunicativa implementada en el procedimiento transformará un reconocimiento real.

En el fondo Rawls no niega la acusación de sustantivismo que Habermas le plantea, sino que la acepta y más aún la identifica también con su polémico discurso, porque aceptar un procedimiento puro antes de cualquier certeza no es del



todo posible. Por ello, Habermas tampoco es éticamente neutro antes de plantear la comunidad ideal de hablantes, porque acepta de forma previa que esos hablantes merecen quedar satisfechos por el procedimiento.

Y aunque ello fuera un contenido menor a sus dos principios de justicia de Rawls, si se quiere algo mucho más mínimo que las condiciones de la situación inicial, no deja de ser un mínimo moral: los individuos merecen participar en la comunidad ideal de hablantes (Habermas y Rawls, 1998).

¿Una teoría procedimental pura de la justicia?

En el fondo, la discusión entre Rawls y Habermas parece un eco en el que resuena el viejo problema de la ética de Kant: el sueño de una ética sin contenidos, es decir basada en la aceptación de que siguiendo ciertas prácticas y con el uso de su racionalidad, el individuo no necesita de contenidos éticos, sino más bien, los puede encontrar. Se propone una ética de intenciones (la autonomía, la libertad, la autodeterminación) más que una ética de contenidos sustantivos (la dignidad humana, el reconocimiento, la solidaridad).

La libertad de la modernidad reposa sobre una certeza: el individuo no debe hacer nada más que aquello que reconoce como válido. Por ello mismo, en términos públicos, no interviene en la cuestión de la sustantividad de las opciones éticas del sujeto; sino en los procedimientos que las resguardan y las hacen posibles bajo el costo de reconocer que otros también las tienen y deberían contar con las mismas garantías morales para hacerlo. Por ello, la aceptación final de que el bien ya no debe centrarse en algo sustantivo o una esencia (como podría ser por ejemplo un determinado valor) y en su lugar, el bien o lo justo se transforma en la garantía de un procedimiento igualitario en el cual los sujetos participan de la construcción del orden social.

Pero como acabamos de ver, ello no sería del todo posible. La modernidad planteó desde la Ilustración la necesidad de que todos los individuos se vean



involucrados en decisiones que le afectan, librando los contenidos morales al ámbito de la subjetividad, y planteando el procedimiento democrático como el uso de una racionalidad pública cuyo ejercicio es de por sí bueno. Pero en el fondo, a todo ello subyace una idea que valida el trámite: el valor del individuo, o la necesidad de dar y recibir reconocimiento; la idea de que cada individuo es un fin y nunca un medio, la idea de que el individuo es digno, o su autonomía moral no debe ser puesta en cuestión. Sea cual fuere, el método es bueno porque detrás de él existe una idea del bien: la naturaleza humana, en alguno de sus aspectos. Por ello mismo, como bien reconoce Rawls, ningún proceso de justicia es éticamente neutro.

Siempre está referido a algún aspecto que hace que dicha práctica sea finalmente algo que conviene y satisface algún aspecto de la experiencia humana. No es posible hablar de una práctica democrática o republicana, que es lo que está en juego en esta discusión, si previamente no se acepta que es lo mejor para hacer posible un bien sustantivo como la vida humana plena. Si la justicia es el procedimiento es porque hay algo en los individuos que lo reclama.

Pero la observación de Habermas no deja de ser pertinente: cuáles son esos mínimos morales y quiénes pueden establecerlos. Sin dudas Rawls acertó en un punto, y Habermas también plantea unos mínimos: la necesidad de que las personas sean reconocidas socialmente sólo se satisface en el procedimiento democrático, que debe tender a asimilarse, aunque nunca lo haga del todo, a una situación ideal de hablantes. Lo que plantea aquí Habermas es también sustantiva, pero tal vez más consistente que el de Rawls, porque se fundamenta en la necesidad de dar y recibir reconocimiento en la acción comunicativa. De tal manera que Habermas plantea algo que podría lograr mejores consensos, una situación ideal de hablantes que, aunque no exista, puede orientar las prácticas para volverlas realmente democráticas en la medida que permiten que todo, incluso los supuestos debajo de los procedimientos puedan ser discutidos, salvo la idea de que nadie, en principio, puede ser excluido de la comunidad ideal de hablantes.



Conclusiones

¿Podemos tomar esta discusión como algo que puede llevarnos a reflexionar en el Paraguay en torno a nuestra organización social? Sin dudas que sí, porque como pudimos apreciar, lo que está en discusión debajo de esta cuestión es la condición en que una institución, típicamente hija de la modernidad, como es la democracia, pueda existir.

A la idea sustantiva del valor de las personas podemos llegar por los más diversos medios, certezas y teorías. Una vez aceptado que esta es una posición universal, asimilada la idea de que toda persona merece reconocimiento, en términos hegelianos, que obtenga un trato conforme a su naturaleza; es decir, un trato de valor, se debe aceptar que no es posible plantear una organización social fuera de un procedimiento que garantice a todos los individuos o grupos de similar estimación moral su participación, no sólo en decisiones que le afectan, sino también en discusiones sobre cómo sus decisiones podrían afectar a los demás. Reconocido el valor de las personas, no es posible otro modelo de justicia continuo o solidario con el procedimiento democrático, de otra manera, una situación lo más parecida posible (o lo menos lejana posible) a una comunidad ideal de hablantes.

Sin dudas, la mera disposición de un procedimiento participativo no garantiza la existencia de esa comunidad ideal. No podemos dejar de señalar alguna ingenuidad posible al aceptar esta situación, la existencia de medios y demás instituciones formadoras de opinión, capaces de influir persuasivamente en las estimativas de las personas, nos hace pensar que los meros procedimientos participativos no garantizan la vigencia de la democracia. Pero podemos notar que, aunque fuera un ideal, esa comunidad ideal de hablantes que planteaba Habermas, sirve para indicar justamente la improcedencia de esos formadores de opinión cuando impiden la reflexión y la autonomía de los individuos y los grupos. Ese planteamiento, aunque lejano y siempre ideal, se erige como una referencia para medir el grado de reconocimiento que las personas y comunidades tienen en nuestra



organización social. Todo aquello que haga que el tratamiento participativo se aleje más de esa situación ideal, puede ser señalado como un verdadero obstáculo a la democratización de la sociedad paraguaya.

Finalmente hay que aceptar con Rawls que no hay procedimiento participativo válido si previamente no se tiene una visión sustantiva acerca del valor de las personas. Eso es lo que llevó a Habermas a reconocer la búsqueda de consensos que justamente es esa situación ideal de hablantes. Esta posibilidad también es muy fecunda si ponemos las cosas al revés: si podemos preguntarnos cuándo es ideal, también cuándo no lo es. Por ejemplo, quiénes son los eternos ausentes en nuestras discusiones sobre la organización social, ¿son convocadas las comunidades indígenas, los grupos juveniles, las mujeres, los desocupados o las personas de la tercera edad a nuestros procedimientos democráticos? ¿En qué medida se garantiza a esas personas un procedimiento de participación en decisiones que finalmente terminarán afectándolos para bien, o generalmente, para mal?

Pero aún debajo de todo esto subyace una cuestión: si el procedimiento surge de la aceptación del valor de las personas; sin dudas negar el trámite o no considerarlo necesario de ser promovido o garantizado por parte de cualquier poder de la República, señala claramente (con la idea de situación ideal de diálogo como referencia o como testigo) cuánto es reconocido socialmente el valor de esos sectores.

Referencias

- Adorno, T. y Horkheimer, M. (1987) *Dialéctica del iluminismo*, Buenos Aires, Argentina: Editorial Sudamericana.
- Apel, K-O (1998). *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Barcelona, España: Editorial Paidós.
- Baudrillard, J. E.; (1985). *La posmodernidad*. Barcelona, España: Editorial Kairos.
- Bobbio, N. Bovero, M. (1985). *Origen y fundamentos del poder político*. México:



Editorial Grijalbo.

- Elósegui, M. (1997). La inclusión del otro: Habermas y Rawls ante las sociedades multiculturales, *Revista de Estudios Políticos*, número 98, octubre-diciembre, Madrid.
- Habermas, J. (1989). El discurso filosófico de la modernidad (Doce Lecciones). Buenos Aires: Ed.Taurus.
- Habermas, J. (2000). La constelación posnacional. Ensayos políticos. Barcelona, España: Ed. Paidós.
- Habermas, J. (1981). Conciencia moral y acción comunicativa, Madrid, España Ed. Taurus.
- Habermas, J. (1998). Facticidad y validez; Madrid, España: Ediciones Trotta.
- Habermas, J. (1998). Rawls, John; Debate sobre el liberalismo político; Barcelona, España: Ed. Paidós.
- Honneth, A. (1991). Ética comunicativa y democracia; Madrid, España: Editorial Crítica.
- Lesnoff, M. (2011). La filosofía política del siglo XX; Madrid, España: Ediciones Akal.
- Locke, J. (2010). Segundo tratado sobre el gobierno civil; Madrid, España: Tecnos.
- Platón; (1988). La república; Madrid; España: Editorial Gredos.
- Rawls, J. (1996). El liberalismo político; Barcelona, España: Editorial Crítica
- Rawls, J. (2006). Teoría de la Justicia; Fondo de Cultura Económica; México.
- Rousseau, J. J. (2004). El contrato social; Madrid, España: Ediciones Itsmo.
- Taylor, C. (2006). Las fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna; Barcelona, España: Editorial Paidós.



- Taylor, C. (2006) “Las fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna”
Madrid, España: Editorial Paidós.
- Vallespín, F. (1995). Historia de la teoría política. Libro 3; Madrid, España: Alianza Editorial.
- Várnagy, T. (2008). El pensamiento político de John Locke y el surgimiento del liberalismo; En: Borón, Atilio; Filosofía Política Moderna; Buenos Aires, Argentina: Ediciones Luxemburg.



Artículo original

Eficacia de las políticas de mano dura en Paraguay. Análisis a partir de datos objetivos de inseguridad en Asunción, Central y Amambay 2010-2016¹.

Hardline policy's efficiency in Paraguay. An analysis of objective facts related to insecurity in Asunción, Central and Amambay in the time period from 2010 to 2016

Mbarete poguýpe jeiko ñemohatã Paraguái. Ñehesa'ýijo dato kuéra omombe'úva mba'éichapa oĩ tekokyhyje Paraguay, Central ha Amambáype 2010-16

*Juan Alberto Martens Molas**

INECIP-PARAGUAY. Asunción, Paraguay

*Rodrigo Enmanuel Estigarribia Benítez***

Ministerio Público. Asunción, Paraguay.

Recibido: 11.06.17 - Aprobado: 05.07.17

Resumen

En el último decenio, a las mayores demandas de seguridad, el Estado paraguayo respondió con modificaciones legislativas, tanto penales como procesales, que facilitaron el ingreso a prisión y dificultaron la salida, produciéndose un incremento de ciento cinco por ciento en la población encarcelada entre 2010 y 2016,

¹ Este artículo recoge y analiza datos preliminares de la investigación 14-INV- 257, La inseguridad en Paraguay. Una mirada desde las víctimas, financiada por el CONACYT, en el marco del Programa PROCENCIA. Correspondencia: jmartens@inecip.org.py

* Director de INECIP-PARAGUAY. Asunción, Paraguay. Email: jmartens@inecip.org.py Abogado. Candidato a PhD. y Máster en Criminología, Política Criminal y Seguridad (Universidad de Barcelona) Investigador Categorizado Nivel I, en el Consejo Nacional de Ciencias y Tecnologías (CONACYT-Paraguay). Profesor Investigador-Universidad Nacional de Pilar-INECIP. Publica en las áreas de criminología y seguridad.

** Relator de la Fiscalía General del Estado. Ministerio Público. Asunción, Paraguay.

Email: ro_estigarribia@hotmail.com. Abogado. Especialista en Ciencias Penales (Instituto de Ciencias Penales). Alumno de la Maestría Garantismo Penal y Derecho Procesal (INECIP-UNP). Investiga en el área del sistema penal. Integrante del plantel de Investigadores del CEMP.



y con la militarización de las políticas de seguridad interna en la frontera norte con Brasil. En este artículo se analiza el impacto de estos cambios en la política criminal en el comportamiento delictivo en la región más poblada del país (Asunción y Central), y en la zona de mayor actividad de asociaciones vinculadas al narcotráfico (Amambay), a partir de datos objetivos de inseguridad y de la caracterización de la criminalización secundaria. Los hallazgos muestran el aumento de las tasas de delitos graves y personas encarceladas en estas regiones, afectando principalmente a individuos en situaciones de exclusión social, provocando una pérdida del control estatal sobre territorios limítrofes, substituido por grupos criminales que cooptan y atemorizan a instituciones y funcionarios imponiendo progresivamente su ley.

Abstract

In the last decade, paraguayan State's response -both criminal, and procedural- to the biggest security issues, was the legislative change, which enabled the imprisonment of suspected offenders, and hindered their release, causing an increase of one hundred and five percent of the prison population, in the time period from 2010 to 2016, and the militarization of the internal security policy, in Paraguay's northern border with Brazil. This paper analyzes how these legislative changes in crime policy impact on the criminal behaviour in the most populated region of the country (Asunción and Central), and in the region with the highest activity of criminal organizations related to drug trafficking (Amambay). The research takes as departure points, objective facts of insecurity, and the characterization of secondary criminalization. The findings show an increase of: the serious offences rate, and the persons imprisoned, affecting mainly to people in a situation of social exclusion, and producing the loss of state control over the bordering territory, replaced by criminal groups that co-opt and frighten institutions and public servants, by progressively imposing their law.



Ñembyapu'a

Ko 10 ary ipahaguápe, heta hetave rupi ojeruréva seguridad rehe, Paraguái Estado oñeha'ã ombohováí ha péicha omoïve léi kóvape guarã, taha'e penal térã procesal, kóva ombopya'eve cárcepe jeike ha katu ombohasyve iñesẽ upéguí, ha péicha ombohétave 105% tapicha oïva cárcelpe upe 2010 guive 2016 peve, ha ojejapo avei peteĩ política imbaretevéva seguridad jehupytyrã militar rupive amo yvate gotyo Brasil ypýpe, Ko kuationhápe oñehesa'ỹijo mba'éichaitépa opoko hína pe política criminal ojejapo va'ekue umi tenda ojeiko hetaveha rupi (Paraguay ha Central) ha avei upe tenda oikovehápe tembiapo vai, péicha narcotráfico hamba'e (Amambay). Umi dato tekokyhyje rehegua omombe'u okakuaveha delito apo ha hetave avei tapicha hembiapo vaíva oñemoingéva cárcelpe, ko'ã tenda rupi, kóva hatãve opoko umi tapicha imboriahumívare, ha upéicha avei ojejuhu

Estado ndohupypái hembiapópe umi ambue tetã rembe'yguápe, upépe oñemohatã ha omyengovia Estadope umi oporojuka mantéva ojeheróva grupo criminalpe. Ha'e kuéra oporojopy, omongyhyje institución a funcionario kuérape ha upéichape ojapo ha'e kuéra ojauposévante, omoï ha'e kuéra iléi tee-

Palabras clave: Inseguridad, populismo penal, criminalización secundaria, leyes de emergencia.

Keys word: insecurity, penal populism, secondary criminalization, emergency laws

Ñe'ẽ apytere: tekokyhyje, populismo penal, tembiapo vai michĩvéva, emergencia rehegua léi.



Introducción

La Constitución Nacional de 1992 diseña un sistema penal de corte garantista. Los Códigos Penal, Ley n.º 1160/97 y Procesal Penal, Ley n.º 1286 de 1998 desarrollan estos principios y estructuran el proceso penal paraguayo post dictadura¹. Estas leyes entran en vigor pleno el 1 de marzo de 2000. De esta manera, Paraguay se constituyó en pionero de la región, en cuanto a la incorporación del proceso acusatorio (Jiménez, Santos, y Medina, 2014).

La modificación normativa implicó una profunda transformación del modelo de gestión de la conflictividad y buscó la transformación del Poder Judicial (Elizeche, 2000), que, durante la dictadura stronista, estaba subordinada al Poder Ejecutivo y se convirtió en un brazo más del aparato represivo de todo el periodo, ya sea por acción, omisión o complicidad (CVJ, 2013).

El Código Procesal Penal fue elaborado buscando sentar las bases de una nueva justicia penal, incorporando los juicios orales y públicos y reformando el sistema de investigación de delitos que ha venido funcionando sobre la base de la confesión. Por ello era necesario una transformación radical del papel del Ministerio Público para que pueda cumplir con su misión constitucional de ejercer la acción penal pública en el sentido integral y completo de la palabra (Escobar Faella, 1996).

El procedimiento penal instaurado en el nuevo Código recoge un modelo acusatorio e incorpora todos los principios del garantismo penal expresados en los diez axiomas de Ferrajoli (1999) que pasan a normativizarse (Maier, 2004; Roxin, 2000; Binder, 1999), y por primera vez en la historia de la república se celebraron los juicios orales y públicos en los dos idiomas oficiales, guaraní y castellano (Orrego, 2016). El nuevo proceso penal reconfiguró además la distribución de poderes entre los distintos actores del sistema penal, en donde emerge el Ministerio Público con

¹ Entre 1954 y 1989 Paraguay estuvo bajo el régimen del presidente Alfredo Stroessner, caracterizado por sistemáticas violaciones a los derechos humanos. La Comisión de Verdad y Justicia documentó 9923 víctimas directas, de entre las cuales 423 fueron ejecutadas.



muchas atribuciones y la Policía queda subordinada a sus mandatos, retirándole incluso la posibilidad de realizar investigaciones.

Inmediatamente posterior a su puesta en vigencia se inició un proceso de contrarreforma (Orrego, 2016), recurriendo a varios argumentos para ese fin, sin embargo, los principales fueron que el nuevo código beneficia solamente a los delincuentes (Köhn, 2016) y que propicia la inseguridad al impedir la lucha frontal contra la delincuencia (Llanes, 2016). La contrarreforma se insertó en el contexto del discurso de inseguridad global instalada tras los atentados de las Torres Gemelas (Vervaele, 2007) y vino a reforzar la idea de que sólo con mano dura se puede corregir al desviado, muy instalada en la idiosincrasia paraguaya (Silvero, 2014). De esta manera, las primeras leyes de endurecimiento penal, tras la instauración del proceso acusatorio, aparecieron como normas especiales, a partir de 2003.

La aparición en 2008 de un grupo armado autodenominado Ejército del Pueblo Paraguayo, en adelante EPP², realizando ataques contra autoridades públicas y civiles, en la zona norte de la región Oriental³ (Martens, 2014) así como la creciente actividad del Primer Comando Capital, en adelante PCC⁴ se constituyeron en los principales argumentos para el endurecimiento normativo y jurisdiccional en el país. De esta manera, las modificaciones legislativas vienen realizándose como leyes de emergencia (Landrove-Díaz, 2009; Aller, 2008), sin un sustento en datos de la criminalidad real, sino más bien en la percepción de inseguridad que se difunde e instala desde los medios de comunicación, lo que se nota claramente en las exposiciones de motivos de las distintas modificaciones legislativas que se han realizado.

2 Para el Ministerio del Interior y para el Ministerio Público, el EPP es un grupo terrorista, que estaría integrado por unos 30 combatientes, que cuenta con el apoyo de la población en donde operan. Acusación fiscal en la Causa Osvaldo Villalba y otros s/ Asociación criminal y Secuestro. N.º 363/2009.

3 Principalmente en los departamentos fronterizos con Brasil, Concepción y Amambay; y, en San Pedro.

4 Es un grupo originado en los primeros años de la década de los noventa, en las cárceles de San Pablo, primeramente, como asociación de presidiarios para defenderse de las injusticias del sistema penitenciario, pero que fue extendiendo sus acciones a diversas actividades delictivas, constituyéndose actualmente en una de las asociaciones criminales más poderosas del Brasil y con acciones frecuentes en Paraguay (Biondi, 2009).



América Latina es una de las regiones más violentas del mundo y el flagelo de la violencia y la inseguridad asociada se ha exacerbado aún más en los últimos años, ha llegado a niveles críticos que comprometen los progresos alcanzados en el crecimiento económico, la cohesión social, la vigencia y el ejercicio de los Derechos Humanos, incluso poniendo en riesgo la institucionalidad democrática. Asimismo, la región ostenta los primeros puestos en dos escalas mundiales que comparan datos estadísticos entre países y regiones. Una de ellas calcula los niveles de inequidad y desigualdad económica al interior de los países; la otra ofrece los índices de homicidios per cápita (CIDH, 2015); sin embargo, la sub región del Cono Sur no es la que experimenta los más altos índices de homicidios (OEA, 2012). En esta línea, en Paraguay, durante los últimos diez años, la tasa de homicidios por cien mil habitantes ha venido descendiendo o permanecido estable, teniendo en cuenta que en el 2004 la cifra era de 22,6 cada cien mil habitantes y en el 2015 fue de 9,5 (UNODC, 2013).

Contrariamente, la preocupación por el crimen es una de las más elevadas (Azaola, 2008) y la población paraguaya es una de las que experimenta las mayores sensaciones de inseguridad en el continente (Lagos & Lammert, 2013), muy por encima de países como Brasil, con una tasa de homicidios se duplica con respecto a Paraguay.

A su vez, los medios de comunicación difunden un concepto restringido y apocado de la seguridad (Tavosnanska, 2006), sin siquiera hacer notar la existencia de un concepto amplio y abarcante como es el propuesto por el sistema de las Naciones Unidas (Mancía, 2016) y van construyendo la imagen de un enemigo interno que va variando conforme las necesidades del momento (Sánchez, 2009).

En este contexto, las garantías penales y procesales son presentadas como un obstáculo para la lucha contra la delincuencia y para garantizar la seguridad de la población, por lo que de manera constante vienen siendo apocadas, tanto en su formulación, como en el uso que hacen de ellos los operadores de justicia, en todos



los niveles (Orrego, 2016); así mismo, con la promesa de acabar con el crimen, la población penitenciaria va en aumento, se ha incrementado más de ciento cinco por ciento los últimos años (Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP, 2017), en condiciones de hacinamiento y sistemáticos abusos físicos y psíquicos por parte de funcionarios de prisiones y de otros internos (MNP, 2013; 2014; 2015; 2016; 2017).

Sin embargo, a poco más de diez años del inicio del proceso de desarticulación de derecho, y en especial, en la práctica jurisdiccional de las garantías procesales, traducidas en el encarcelamiento masivo, tanto la inseguridad objetiva como subjetiva de la población se ha disparado, en las zonas más pobladas del país (Asunción y Central), y en la de mayor presencia armada del estado (Amambay, San Pedro), para combatir al EPP y al crimen organizado.

Principales modificaciones normativas

En este apartado se sintetizan algunas de las principales modificaciones normativas que se insertan en lo que hemos denominado endurecimiento del Sistema Penal paraguayo, algunas de las cuales han sido sancionadas como disposiciones administrativas emanadas del Poder Ejecutivo, pero con la potencialidad de restar derechos y garantías, principalmente en las áreas de influencia del denominado Ejército del Pueblo Paraguayo (EPP). El análisis preliminar da cuenta que de manera gradual se han ido dictando leyes o promulgando decretos del Poder Ejecutivo, con la excusa de luchar contra el Ejército del Pueblo Paraguayo, en adelante EPP y el crimen organizado, que en la práctica han significado una merma real de garantías.

Ley n.º 2341/03, que modifica el artículo 136 de la Ley n.º 1286 de 8 de julio de 1998, Código Procesal Penal.

Conocida también como ley Camacho, en referencia a su propulsor, el senador Emilio Camacho. Amplió a cuatro años el plazo de duración del procedimiento y sancionó al derecho a la defensa con la suspensión de los plazos en casos de



presentación de incidentes y excepciones en la tramitación de las causas, sin distinguir los casos en que la defensa actúa en su legítimo interés.

Ley n.º 2493, de 20 de octubre de 2004, que modifica el artículo 245 de la Ley n.º 1286 de 8 de julio de 1998, Código Procesal Penal.

Esta ley prohíbe otorgar medidas alternativas y substitutiva a la prisión preventiva en determinados casos, lo cual constituye en otro golpe al sistema de garantías diseñado en la Constitución donde la regla en el proceso penal es la libertad (Martens & Orrego, 2005). En su concepción originaria, el artículo 245 del Código Procesal Penal establecía que para la aplicación de las medidas alternativas o sustitutivas de la prisión preventiva, el juez debía fundar la existencia de peligro de fuga u obstrucción a la investigación, en caso contrario, debía imponer la medida menos gravosa para la libertad del imputado; siendo las diversas medidas alternativas o substitutiva a la prisión preventiva: el arresto domiciliario, en su propio domicilio o en el de otra persona, bajo vigilancia o sin ella; la obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al juez; la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez; la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar determinados lugares; la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa; y, la prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.

Establecía la posibilidad de imponer una o varias medidas alternativas según el caso en particular, en caso de insolvencia por razones de imposibilidad material se prohibía la caución económica, bastaba incluso la juratoria antes que la imposición de las demás medidas. Por último, establecía la cesación automática cuando al cumplirse dos años desde su efectivización, no hubiere comenzado el



juicio oral y público.

Esta norma se hallaba compatibilizada con los principios constitucionales de libertad, presunción de inocencia, juicio previo, excepcionalidad de la prisión preventiva, pues permitía el análisis de la procedencia o no, conforme a las particularidades del caso. Luego de cinco años de vigencia de la norma, se vio modificada ante los diversos motivos de alarma social que consideraban que la benevolencia en la aplicación de las medidas sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva constituía una de las causantes de la inseguridad vivida en el país (Orrego, 2016). Ante este reclamo generado por los medios de comunicación y la demanda de políticas de mano dura, el Poder Legislativo respondió promulgando la Ley n.º 2.493/04 “Que modifica el artículo 245 de la Ley n.º 1286/98”.

Ley n.º 3994, de 24 de abril de 2010 que declara Estado de Excepción en los departamentos de Concepción, San Pedro, Amambay, Alto Paraguay y Presidente Hayes.

El proyecto de ley fue presentado por el entonces senador de la bancada del partido de centro derecha Patria Querida, Marcelo Duarte Manzoni, el 22 de abril de 2010. El proyecto fue aprobado en el Congreso pocos días después de su tratamiento y se instauró el estado de excepción en los cuatro departamentos de la zona norte de la región Oriental. Tal como viene siendo la práctica para la modificación de las leyes penales o el establecimiento de restricciones específicas de derechos en determinadas zonas del territorio nacional, el argumento de presentación no hizo referencia a hechos concretos, sino más bien a percepciones de inseguridad, llegando incluso a contradecir los datos oficiales sobre la criminalidad.

La exposición de motivos hizo una larga explicación de la inseguridad del país pasando por alto datos de inseguridad objetiva, como se ve en el siguiente extracto del documento presentado:

El estado de inseguridad que se ha apoderado de nuestro país en los últimos



años ha llegado a niveles tan elevados que ponen en peligro la continuidad del sistema democrático de gobierno adoptado por la Constitución Nacional. Tal es así, que los fundamentos del Estado de Derecho se ven socavados cada día más por la acción de grupos criminales organizados que asolan el territorio nacional, extendiendo su radio de acción de manera sostenida desde hace varios años; pero de un tiempo a esta parte, apelando incluso a figuras delictivas poco conocidas por nuestra sociedad, como el secuestro extorsivo de varios compatriotas, la colocación de artefactos explosivos en lugares públicos, el asalto a destacamentos militares y policiales con robo de armas y el asesinato de autoridades encargadas de preservar el orden.

Los hechos mencionados no pueden ni deben ser vistos como eventos aislados, corresponden a un *modus operandi* que requiere de un alto grado de planificación y entrenamiento. Por ello, preocupa sobre manera el crecimiento de un grupo insurgente de características paramilitares que se autodenomina “Ejército del Pueblo Paraguayo” (EPP).

Esta organización actúa en forma de guerrilla rural por el momento y se encuentra operando intensamente en la zona norte del país; dejando a los pobladores del territorio afectado en un estado de indefensión y arrebatando de las autoridades legítimamente constituidas el ejercicio del poder que la Constitución les confiere, lo que deviene en la pérdida efectiva de la soberanía nacional en esa parte de la geografía patria:

No caben dudas de que permitir que este estado de cosas continúe, sólo hará que la situación empeore y sea cada vez más difícil restablecer el orden jurídico exigido por nuestra Constitución y las leyes; por lo que es responsabilidad del Congreso de la Nación Paraguaya sancionar una ley que declare el Estado de Excepción en la zona más comprometida por este flagelo, de manera a compeler al Poder Ejecutivo a adoptar las medidas conducentes a imponer la ley y el orden en toda la República, apelando si hace falta al uso legal del



monopolio de la fuerza que corresponde al Estado en un régimen democrático.

La novedad en esta exposición de motivos es que realiza una caracterización del EPP donde existe un reconocimiento oficial y público al EPP como una guerrilla rural e insurgente con características paramilitares, estableciendo además que el estado de inseguridad pone en riesgo la continuidad del sistema democrático y esta situación se da debido al incremento de actividades delictivas por parte de la acción de estos grupos criminales. Afirmar que esta actividad criminal coloca a los pobladores del territorio afectado: “...en un estado de indefensión y arrebatando de las autoridades legítimamente constituidas el ejercicio del poder que la Constitución les confiere, lo que deviene en la pérdida efectiva de la soberanía nacional en es parte de la geografía patria”⁵.

No se hace mención alguna sobre datos concretos que avalen las afirmaciones realizadas en el instrumento. Las enunciaciones vertidas pueden ser fácilmente contrastadas con otros documentos oficiales de la Policía Nacional y del Ministerio Público; sin embargo, el legislador no se refiere a ninguna fuente que permita verificar con claridad la información de la que se vale para diagnosticar la ruptura del orden jurídico y del sistema democrático a través de la actividad delictiva del grupo armado ilegal.

Esta ley, finalmente, declaró estado de excepción en cuatro departamentos de la zona norte del país estableciendo como justificación en el artículo 1:

La grave conmoción interior generada por los grupos criminales que operan en la zona, poniendo en inminente peligro el funcionamiento regular de los órganos constitucionales, así como el resguardo de la vida, la libertad y los derechos de las personas y sus bienes.

El estado de excepción duró treinta días y se habilitó a las Fuerzas Armadas a intervenir en distintas actividades para cumplir los fines de la ley.

⁵ Exposición de motivos de la Ley n.º 3994.



Ley n.º 4431, del 15 de septiembre de 2011, “Que modifica el artículo 245 de la Ley n.º 1286/98 Código Procesal Penal”

Esta ley dificultó aún más el otorgamiento de las medidas alternativas a la prisión preventiva en los distintos procesos penales, nuevamente se fundó en el crecimiento de la criminalidad y la sensación de inseguridad imperantes en el país. En este, sentido su proyectista, el senador nacional Julio Cesar Velázquez, expuso:

(...) La propuesta de modificación responde fundamentalmente a la cantidad de hechos y casos que a diario ocurren y que han demostrado que la legislación vigente no ha sido suficiente para atender los problemas de cierto tipo de criminalidad... Por tanto, actualmente ante el crecimiento de la criminalidad y en consecuencia, de la inseguridad reinante en nuestra sociedad consideramos imprescindible que los autores y partícipes de la comisión en forma reiterada de los hechos punibles de similar tipificación, no sean beneficiados con medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva (...)

De igual manera, el diputado nacional Luis Gneiting, en el tratamiento del proyecto en la Cámara de Diputados sostuvo:

La propuesta de modificación responde fundamentalmente a la cantidad de hechos y casos que a diario ocurren. Esto genera por parte de la ciudadanía una desconfianza en el sistema y pueden originar métodos de solución fuera de él; es decir, que la gente comience a hacer justicia por mano propia. A fin de evitar esto último, es mejor tomar medidas que dentro de los límites del Estado de Derecho y las garantías constitucionales, han servido en otros países, de larga tradición democrática, a disminuir los casos, donde personas sometidas a proceso, vuelven a cometer hechos punibles similares. Por tanto, actualmente ante el crecimiento de la criminalidad y, en consecuencia, de la inseguridad reinante en nuestra sociedad consideramos imprescindible que los autores y partícipes de la comisión en forma reiterada de los hechos punibles de similar tipificación, no sean beneficiados con medidas alternativas o sustitutivas a la



prisión preventiva. Es por ello por lo que el presente Proyecto de Ley propone prohibir el otorgamiento de medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva a quienes hayan sido autores o partícipes en forma reiterada de hechos punibles.

En síntesis, esta norma hizo obligatoria la prisión en casos de personas que tengan procesos penales o que hayan sido beneficiadas con medidas sustitutivas a la prisión y luego revocadas.

Ley n.º 4473 del 10 de octubre de 2011, que establece Estado de Excepción en la zona de Concepción y San Pedro.

El proyecto de ley fue impulsado por los senadores Jorge Oviedo Matto, Miguel González Erico y Víctor Bernal en fecha 26 de setiembre de 2011 y promulgado el 10 de octubre de 2011. Los motivos enunciados para el impulso del proyecto refieren que existe un quebrantamiento del Estado de derecho como consecuencia de acciones criminales y delictivas por parte de grupos criminales cuyo objetivo es instalar pánico y terror en la sociedad paraguaya. Establece además que las acciones de estos grupos no pueden ser entendidas aisladamente pues estas conforman un sistema de operaciones planificadas y ejecutadas por personas altamente peligrosas.

El documento no realiza una mención directa al EPP, sin embargo, puede entenderse que se refiere a él pues se hace alusión a la zona donde opera dicho grupo armado. El instrumento, a diferencia de la exposición de motivos de la ley que implementó el estado de excepción anterior, se limita a categorizarlo como grupo delictivo estableciendo una diferencia marcada en el discurso en base a la definición del grupo armado ilegal. Mantiene el discurso del quebrantamiento del Estado de derecho, más no refiere información suficiente que sirva de base ante tales afirmaciones. El estado de excepción implementado por la Ley n.º 4473 tuvo una duración de 60 días, y abarcó los departamentos de Concepción y San Pedro.



Decretos del Poder Ejecutivo que ordenan la incursión militar en tareas de seguridad interna.

A través de varios decretos, el Poder Ejecutivo ordenó la incursión militar en la denominada zona de influencia del EPP, en el noroeste del país. Se ha conocido la existencia de los siguientes: Operativo Jerovia (San Pedro – Tacuatí y Concepción –Kuruzú de Hierro) de fecha 8 de enero de 2009 con dos meses de duración; Operativo Triangulo (Concepción - Puentesíño, Paso Barreto y Huguá Ñandu) de fecha 12 de diciembre de 2009, no se registra tiempo de duración; Operativo Sombra (Concepción - Puentesíño, Paso Barreto, Huguá Ñandu, Horqueta, Arroyito) de fecha 14 de diciembre de 2009 al 17 de enero de 2010; Operativo Jaguareté (Concepción - Puentesíño, Paso Barreto, Huguá Ñandu, Horqueta, Arroyito) de fecha 21 de enero de 2010 al 24 de abril de 2010; Operativo Ñepytyvo (San Pedro, Amambay y parte del Chaco) de febrero de 2010.

Modificación de la Ley n.º 1337/99 de Seguridad Interna.

El proyecto de modificación y ampliación de la ley ingresó para su estudio el 20 de agosto del año 2013, a proposición del presidente de la república Horacio Cartes, cinco días después de asumir el cargo. Esta fue sancionada por el Congreso el 22 de agosto de 2013. El proyecto planteó la modificación de tres artículos de la Ley n.º 1337/99, alegando en la exposición de motivos la consecución del bien común a través del desarrollo y la seguridad integral, el Estado ha consolidado un ordenamiento legal para tales fines. Dentro de este marco jurídico se destaca la Ley de Defensa Nacional y Seguridad Interna y la Ley de Lucha contra el Terrorismo, ambas ideadas con el objeto de posibilitar el empleo de organismos de seguridad del estado.

Refiere, además, que si bien ambos instrumentos legales abarcan una amplia gama de posibilidades de empleo de la fuerza pública:

(...) con cada institución en su ámbito natural, se evidencia una necesidad



de introducir ajustes legales para enfrentar situaciones de emergencias en el ámbito de las amenazas, que requieren la coordinación de todas las instituciones armadas del Estado, evitando la rigidez de mantenerlos en ámbitos compartimentados y estancos, privando al Estado de brindar respuestas inmediatas y lógicas a estas amenazas (...)

La propuesta del Poder Ejecutivo refiere que es necesaria una redefinición y apunta a una perspectiva de integralidad para ello. Considera que, en la actual coyuntura, las amenazas pueden provenir también del ámbito interno y que estas pueden ser consideradas de igual peligrosidad para los intereses estratégicos y objetivos nacionales que aquellas provenientes del exterior del país. Se busca, además, incorporar a esta definición como objeto de defensa a las autoridades legítimamente constituidas pues se entiende que esta es una prerrogativa de las Fuerzas Armadas establecidas constitucionalmente.

El artículo 2 finalmente es modificado por la Ley n° 5036/2013 en los siguientes términos:

La defensa nacional es el sistema de políticas, procedimientos y acciones desarrollados exclusivamente por el Estado para enfrentar cualquier forma de agresión externa e interna que ponga en peligro la soberanía, la independencia y la integridad territorial de la República, o el ordenamiento constitucional democrático vigente.

La propuesta realizada para la modificación del artículo 3 se basa en una:

Conceptualización de defensa de las autoridades legítimamente constituidas, con el objetivo de salvaguardar esta importante herramienta constitucional de un empleo desnaturalizado que se extienda a cubrir riesgos o amenazas generados por los actos de carácter privado de las autoridades, que no tengan relación con su cometido constitucional, legal e institucional, se plantea que la defensa de las autoridades se circunscriba al ámbito de cumplimiento de



sus funciones, salvando cualquier situación que derive de sus actos privados y que pueda desnaturalizar el espíritu real de esta herramienta legal.

En estos términos, la modificación del artículo 3 refiere que la defensa a las autoridades legítimamente constituidas se entenderá como el conjunto de medidas y acciones que garanticen el libre ejercicio de sus funciones constitucionales y legales.

Cabe destacar que esta conceptualización no se encontraba prevista en la norma modificada y su alcance busca resguardar por medio de las fuerzas militares a aquellas personas que se encuentren en el ejercicio de una función pública y que como consecuencia de sus labores puedan ser objeto de ataques de grupos criminales.

En lo que respecta al proyecto de modificación y ampliación del artículo 56, que posibilita el empleo de elementos de combate de las Fuerzas Armadas, únicamente en situación de Estado de excepción, la propuesta realizada por el ejecutivo prevé la introducción de un inciso que contemple tal intervención en los casos calificados como terrorismo, de conformidad a la Ley n.º 4024/10, “Que castiga los hechos punibles de terrorismo, asociación Terrorista y financiamiento del terrorismo”.

Los fundamentos para tal incorporación establecen que la ley mencionada no especifica qué medios deben ser utilizados para combatir el terrorismo; por otro lado, se advierte que las asociaciones terroristas instalan una sensación de indefensión e inseguridad en la población y, además, generan una imagen negativa del país para las certificaciones internacionales y para las inversiones. Otro elemento justificante a favor de la implementación de los elementos de combate refiere que la lucha contra el terrorismo se lleva a cabo en un ámbito muy específico con elementos altamente especializados.

Establece también que:

En general, los actos terroristas son violentos, multifocales y continuos hasta



su erradicación, por lo que debe posibilitarse al Poder Ejecutivo disponer de mecanismos de respuestas inmediatas, oportunas y permanentes. Se considera que los actos de terrorismo, otras amenazas y riesgos o conflictos generalizados que afecten ciertas áreas, pueden poner en riesgo a las autoridades y por ende el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales.

La ampliación de facultades a las Fuerzas Armadas que la habilitan a intervenir en casos donde se investiguen hechos de terrorismo, otorga a dicha entidad potestades establecidas constitucionalmente como correspondientes a la Policía Nacional. La modificación debe ser considerada contraria a la Constitución Nacional pues altera la designación prescrita en la Carta Magna y le confiere atribuciones que no le corresponden.

Con esta legislación se habilita al Poder Ejecutivo a implementar el empleo de los elementos de combate, sin necesidad de la instauración de un estado de excepción. Otra característica preocupante de la normativa tiene que ver con la inexistencia de plazos límites preestablecidos para la duración de los operativos.

Posición de la Corte Suprema de Justicia

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró la constitucionalidad de la Ley n.º 2493/04 y la Ley n.º 4431/11, argumentando que son productos de una política criminal tendiente a garantizar la armonía, la seguridad social y el efectivo ejercicio de la justicia, a través del proceso y el posterior juicio oral, donde se determinarán las responsabilidades de los supuestos infractores. Consecuente con esta decisión, rechazó pedidos de excarcelación por la vía del Habeas Corpus basados en la Ley n.º 2493/04 determinando como crímenes hechos punibles, tales como Hurto Agravado e incluso Lesión Grave. Este tipo de interpretaciones, además de resultar claramente ilegales, recaen en un desconocimiento por parte de los juzgadores con respecto a las diferencias entre delitos y crímenes, ya que para su diferenciación solamente debe tenerse en cuenta el tipo base sin considerar los agravantes.



La situación de la criminalidad en Paraguay

En este apartado se presentan algunos datos objetivos de la inseguridad en Paraguay, es decir, la cantidad de hechos punibles registrados por la Policía Nacional en cada año, según determinadas categorías delictivas, algunas agrupaciones por departamentos de manera que se pueda ver el comportamiento delictivo en cada una de estas zonas.

Las cifras que se presentan a continuación no significan que sean sólo estos los números de la delincuencia, son apenas una sistematización de lo recogido por la Policía Nacional, ya que existe un gran porcentaje de delitos que no llegan a anotarse en las estadísticas oficiales: es la cifra oculta de la criminalidad; sin embargo, a pesar de la cifra oculta, la inseguridad objetiva es un indicador de la realidad criminal y de la inseguridad de un país, principalmente, en aquellos delitos con menores índices de sub registro, como el homicidio.

En los siguientes cuadros se presentan algunos datos de la actividad delictiva en Paraguay, primeramente, datos nacionales y luego, de las zonas más pobladas de país, Asunción y Central, así como del departamento de Amambay, la región del país con mayor índice de criminalidad, que en el 2016 registró 96 homicidios por cien mil habitantes:

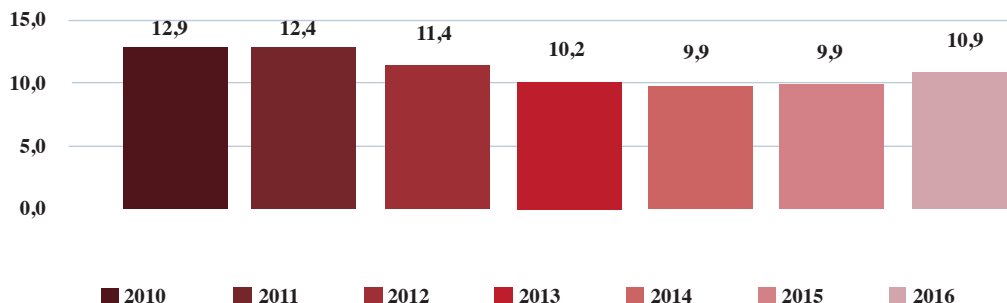
A - Datos nacionales

A pesar del aumento de la sensación de inseguridad en los últimos años en Paraguay (Latinobarómetro, 2016), el índice de homicidios por cien mil habitantes ha venido descendiendo o manteniéndose estable, apenas en el 2016 hubo un incremento de un punto, con relación al 2015. Estos datos abonan la hipótesis que los cambios legislativos de endurecimiento penal realizados en la última década fueron realizados sin base empírica, con base principalmente, en la sensación de inseguridad, promocionada por la criminología mediática, pero desligada de la realidad. El siguiente cuadro



muestra el comportamiento del homicidio a nivel nacional.

Gráfico 1. Tasa de homicidios por cada cien mil habitantes, registrados por año, del 2010 al 2016 a nivel nacional.



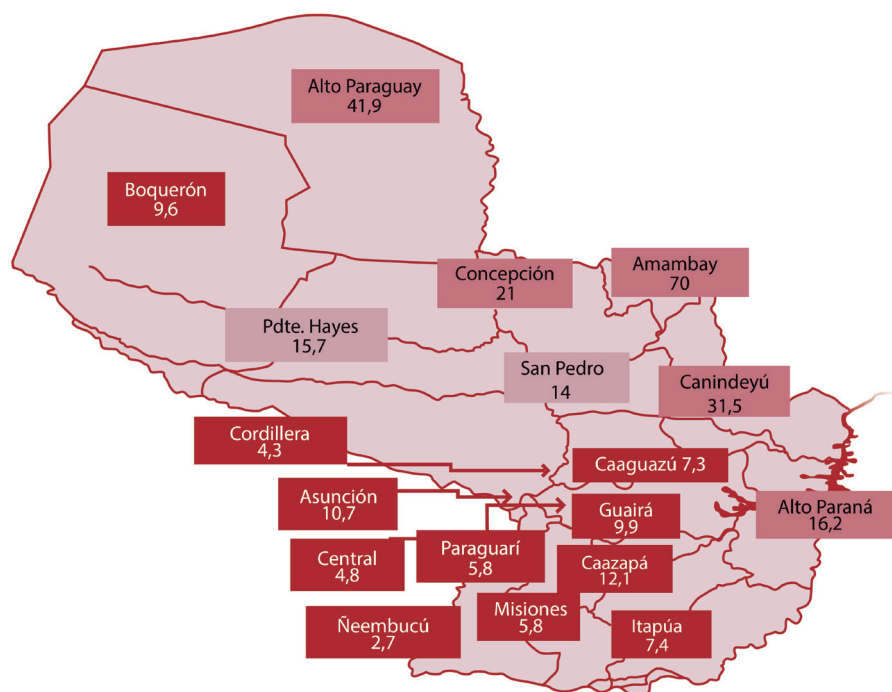
Fuente: Elaboración propia con base en datos de la Policía Nacional y datos de población de la DGEEC, 2015.

Sin embargo, este descenso o estabilidad del comportamiento criminal no opera de manera homogénea en todas las regiones del país, sino que existen zonas muy distintas unas de otras, con relación a sus índices de criminalidad, se distinguen claramente los cinco departamentos fronterizos con Brasil, con tasas de homicidios alcanzando porcentajes que los ubica entre los lugares más violentos del mundo.

El siguiente mapa ilustra la distribución de la tasa promedio de homicidios entre 2010 y 2015, por departamento:



Ilustración 1. Tasa promedio de homicidios por departamento entre 2010 al 2016.



Fuente: Elaboración propia con base en datos de la Policía Nacional y datos de población de la DGEEC, 2015.

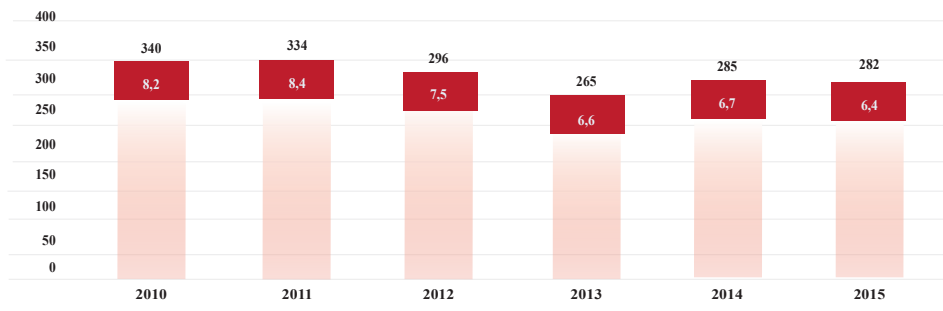
El siguiente cuadro disgrega las tasas de homicidios en los departamentos no fronterizos con Brasil, en donde se nota la distancia existente entre una y otra región del país:

Tasas anuales de homicidios registrados por cien mil habitantes 2010-2016, en los departamentos no fronterizos con Brasil⁶.

6 Comprende Asunción, Central, Paraguari, Misiones, Itapúa, Guairá, San Pedro, Caaguazú, Caazapá, Cordillera, Ñeembucú, Presidente Hayes y Boquerón.

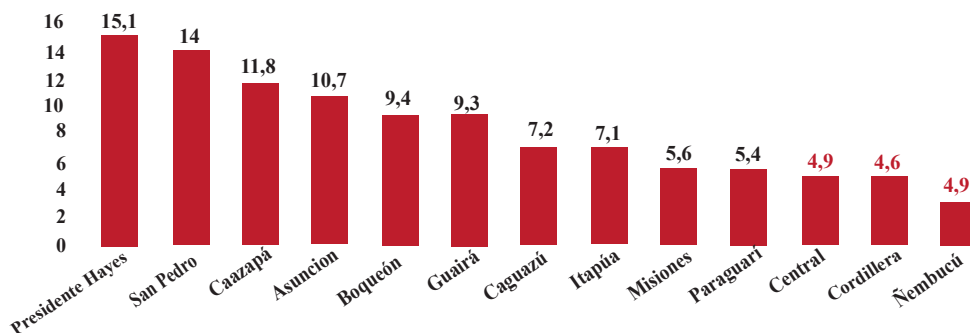


Gráfico 2



Fuente: Elaboración propia con base en datos de la Policía Nacional y la DGEEC 2015.

Gráfico 3



Fuente: Elaboración propia con base en datos de la Policía Nacional y la DGEEC 2015.

Este cuadro muestra que excluyendo a los departamentos de Alto Paraguay, Concepción, Amambay, Canindeyú y Alto Paraguay existe un descenso de los índices por debajo de la media nacional, ubicándolos muy próximos a los más seguros del continente, como Argentina e incluso Chile.

Entre los departamentos no fronterizos con Brasil, el departamento de Presidente Hayes, por ejemplo, es el que registra el mayor índice de homicidios por cien mil habitantes, seguido por el segundo departamento, San Pedro. Caazapa y Asunción

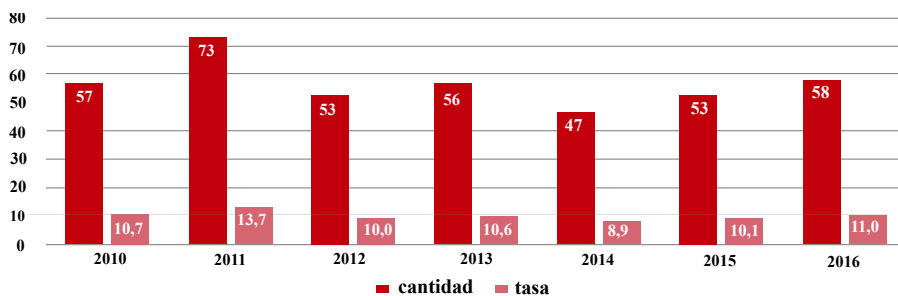


se ubican en el tercer y cuarto lugar, respectivamente. En este documento no se buscan aún explicaciones a este fenómeno, sin embargo, se esbozan algunas hipótesis explicativas como el vínculo entre violencia, seguridad y desarrollo (UNODC, 2014).

Asunción

A diferencia de lo que ocurre a nivel país, existen regiones en donde la delincuencia viene incrementándose, una de esas zonas es Asunción, la capital del país, que mantiene índices de homicidios por encima de la tasa nacional, específicamente, entre 2010 y 2015 la tasa de homicidios disminuyó 5,6 por ciento. Sin embargo, entre 2014 y 2015 aumentó 13,4 por ciento y entre 2015 y 2016 creció nuevamente 8,9 por ciento. Este aumento sumado a la criminología mediática sería una de las explicaciones del aumento de la sensación de inseguridad en el país, ya que los medios de comunicación se concentran en la capital y se nutren, principalmente, de noticias ocurridas en ella.

Gráfico 4. Distrito Autónomo de Asunción. Cantidad total y tasa de homicidios por cien mil habitantes, entre del 2010 al 2016.



Fuente: Elaboración propia con base en datos de la Policía Nacional y datos de población de la DGEEC, 2016. Central

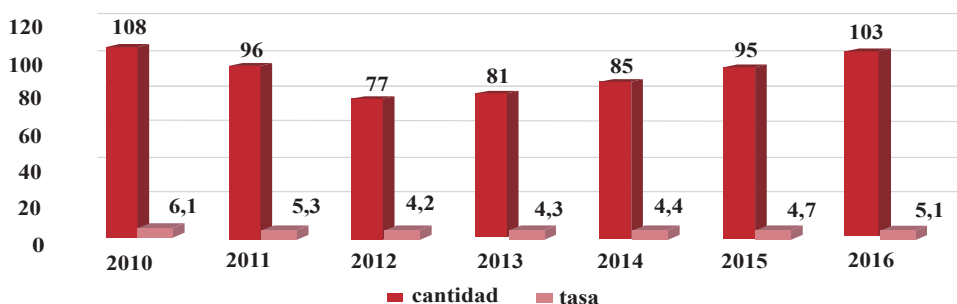
Central

Desde 2012, la tasa de homicidios viene aumentando sostenidamente en el departamento Central, específicamente en un 11,9 por ciento. Como se sostiene en el apartado anterior, los medios de comunicación se nutren principalmente de



hechos punibles ocurridos en estas 59 áreas por lo que podrían estar reforzando la sensación que se vive en un país cada vez más inseguro, como indican los datos de Latino barómetro (2010; 2016).

Gráfico 5. Departamento Central, cantidad total y tasa de homicidios por cien mil habitantes entre del 2010 al 2016.



Fuente: Elaboración propia con base en datos de la Policía Nacional y datos de población de la DGEEC, 2016.

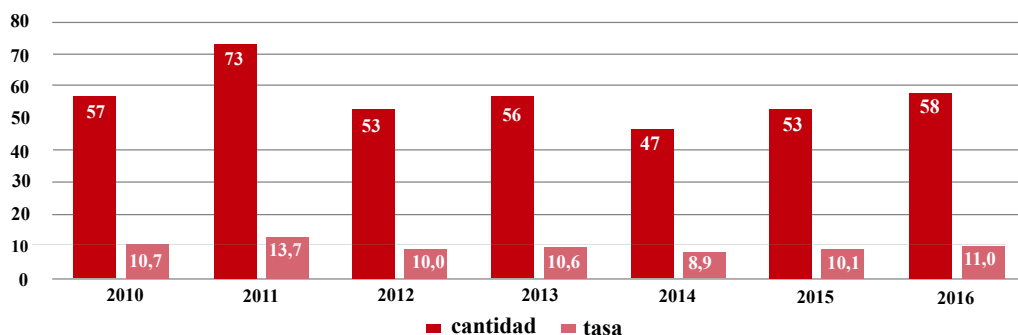
La tasa de homicidios por cien mil habitantes viene creciendo desde el 2012 en el departamento Central, se produjo un incremento del 21 por ciento entre el 2012 y el 2016.

Amambay

Amambay es un departamento fronterizo con Brasil, su capital es Pedro Juan Caballero, una unidad social con su vecina Ponta Porã, ciudad brasileña del Estado de Matto Grosso do Sul. Este departamento tiene los índices más altos de homicidios del país, con tasas que lo ubican entre las zonas más violentas del mundo, manteniendo tasas de homicidios cercanas a 100 muertes por cien mil habitantes; igualmente, es la zona de mayor presencia de la criminalidad organizada que se dedica al tráfico de drogas como se puede observaren la cantidad de kilos de marihuana incautados en los últimos años.



Gráfico 6. Departamento de Amambay. Cantidad total y tasa de homicidios por cien mil habitantes entre del 2010 al 2016.



Fuente: Elaboración propia con base en datos de la Policía Nacional y datos de población de la DGEEC, 2016.

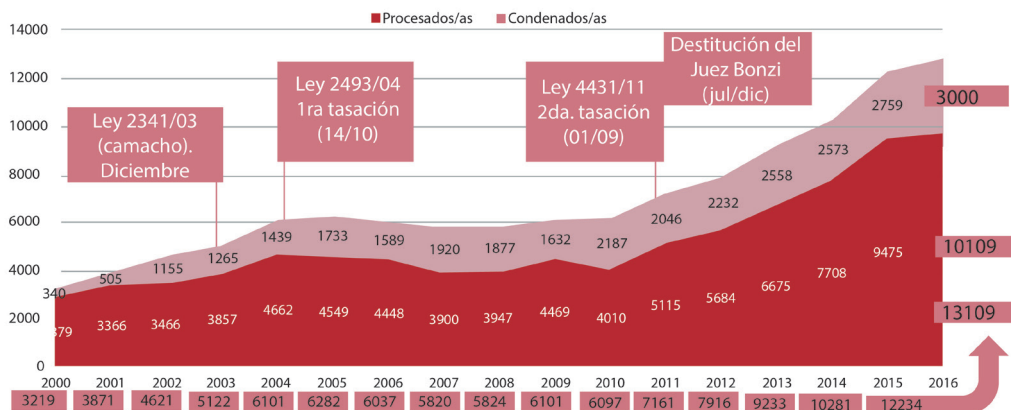
En el departamento de Amambay, el crecimiento de los homicidios también viene siendo sostenido en los últimos años, ya que entre 2013 y 2016 creció 44,1 por ciento. Desde el 2013, las Fuerzas de Tareas Conjuntas se instalaron de manera permanente en esta región del país.

El encierro penal en Paraguay

El incremento constante del sistema penal tal vez sea una de las principales consecuencias del endurecimiento penal que cada vez más facilita el ingreso a la prisión y dificulta la salida, como se visualiza en el siguiente cuadro:



Gráfico 7. Evolución del encierro penal en Paraguay



Fuente: Elaboración propia con base en los datos del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y del Parte Diario del Ministerio de Justicia de fecha 22/11/16.

Puede notarse que la primera tasación de las facultades jurisdiccionales hecha por Ley n.º 2493/2004, no incidió en un crecimiento de la cantidad de personas en situación de encierro penal. Sin embargo, la segunda tasación dada en el año 2011 tuvo un efecto de incremento de la población penal, ya que entre setiembre de 2011 y noviembre de 2016, el incremento fue de 83,1%.

Ambas normas contienen una opción lo que se denomina eficiencia punitiva y atentan contra el sistema garantista constitucional y convencional. Ciertamente, la tasación del año 2011 fue mucho más rigurosa, sin embargo, la incidencia es abismalmente distinta. Esto apuntala la hipótesis ya sostenida en el sentido que son los elementos extralegales los que inciden decididamente en el comportamiento del encierro penal y el uso de la prisión preventiva. Es posible identificar la presión de sectores de poder sobre los jueces como determinantes en el sometimiento de los magistrados. La presión ejercida sobre jueces para que estos satisfagan exigencias mediáticas, vinculadas a la sensación de inseguridad ciudadana que fuera denunciada en algunos informes del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de los



años 2013 y 2015, principalmente, corresponde al efecto que a partir del año 2011 habría tenido el enjuiciamiento y destitución del juez Gustavo Bonzi, ocurrida ese año.

Es significativo que la sanción de la Ley n.º 4431/11, que produce este efecto de suba de la población penitenciaria, ocurra a partir del año en que el juez Gustavo Bonzi, de Yby Yaú, fuera destituido por aplicar sobreseimiento en un caso de gran impacto mediático, en el que el Ministerio Público pedía la elevación a juicio oral de una causa en la que ni siquiera se especificaban conductas por las que serían juzgadas las personas acusadas. El juez Bonzi sostuvo que nadie puede defenderse de lo que no conoce, que no podría permitir un juicio en situación de indefensión, que no se podía abrir un juicio que no aclarase al procesado por qué conducta concreta se lo juzgaría. Esta posición coherente con la Constitución Nacional y el Código Procesal Penal le valió un enjuiciamiento de oficio y su posterior destitución, en el mismo año de 2011. La decisión arbitraria dictada por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, en adelante JEM, impactó en los jueces de garantía, determinando un fundado temor en los casos en que los requerimientos de la Fiscalía deben ser cumplidos, sobre todo si se trata de casos de gran impacto mediático y en los que sectores de poder exigen una respuesta punitiva.

Consideraciones finales

Los datos que se muestran con relación al comportamiento criminal del país, principalmente en las regiones más pobladas como Asunción y Central, dan cuenta de un aumento sostenido de la criminalidad y que en el caso de Amambay, llega a un 44,1 por ciento del aumento de la tasa de homicidios, a pesar del endurecimiento penal que facilitó el ingreso a prisión y dificultó la salida provocando un incremento de 105% de los encerrados en las distintas cárceles. Es decir, la política de endurecimiento penal, con más gente presa, no redujo la delincuencia.

Igualmente, al menos el 70 % de la población cree que vive en un país más inseguro, a pesar de las políticas de mano dura. Algunas de las explicaciones al fenómeno del miedo de la población serían: la inexistencia de políticas de seguridad



enfocadas a la inseguridad subjetiva; la precariedad en la que se desenvuelven las fuerzas públicas de seguridad; la mercantilización de la seguridad pública; la incapacidad que tiene el sistema de justicia penal de expedirse, en tiempo oportuno, sobre la culpabilidad o inocencia de un sospechoso y, el modelo de abordaje que usan los medios masivos de comunicación en el tratamiento del fenómeno criminal.

La sanción de la Ley n.º 4431/11, implicó un incremento de 83,1 % de personas privadas de libertad en el sistema penal. A pesar de este mayor encierro, hubo un aumento de la delincuencia, tanto de hechos punibles contra la vida, como contra la propiedad, en las zonas más pobladas del país o con presencia de la FTC. El uso exagerado de la prisión preventiva es lo que provoca el hacinamiento de los centros de detención, ya que al 22 de noviembre de 2016 existían 3.643 lugares para prevenidos. Los condenados ocupaban 3.000 lugares de las 6.643 plazas penitenciarias existentes. Las zonas de mayor inseguridad objetiva son las que tendrían mayor presencia de la criminalidad organizada y con mayor presencia de migración brasileña.

Finalmente, los hallazgos indican que las políticas de mano dura no son eficaces para el control de la delincuencia y se debe apostar a las de inclusión social, certeza jurídica, disminución de la impunidad y control constitucional de la selectividad punitiva.

Referencias

- Aller, G. (2008). *El derecho penal en peligro*. Corrientes: Mave.
- Azaola, E. (2008). *Crimen, castigo y violencias en México*. Quito: FLACSO.
- Binder, A. (1999). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Binder, A. (1999). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2015). *Violencia, niñez y crimen organizado*. Washington: CIDH.



- CVJ. (2013). *Anive Hagua Oiko*. Comisión de Verdad y Justicia . CVJ.
- DGEEC. (2014). *Encuesta Permanente de Hogares. Dirección General de Encuestas Estadísticas y Censos* (DGEEC). Asunción : DGEEC.
- DGEEC. (2015). *Encuesta Permanete de Hogares*. DGEEC.
- DGEEC. (2015). *Principales indicadores de la Encuesta Continua de Empleo de Asunción y Central Urbano. Tercer trimestre de 2015. Dirección General de Encuestas Estadísticas y Censos* (DGEEC). Asunción: DGEEC.
- DGEEC. (2014). *Principales Resultados de Pobreza y Distribución del Ingreso 2014. Dirección General de Encuestas, Estadísticas y Censos*. Asunción: DGEEC.
- Elizeche, M. (2000). *Introducción al nuevo proceso penal paraguayo (Vol. I)*. Asunción: Comuneros S. A. .
- Escobar Faella, L. (1996). *Una nueva justicia para una nueva sociedad democrática. En M. Público, Anteproyecto Códido Procesal Penal* (págs. 7-17). Asunción: Ministerio Público.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Garrido, V., Stangeland, P., & Redondo, S. (2006). *Principios de Criminología* (3 ed.). Valencia.
- Gómez, M. (2009). *Metodología de la Investigación Científica*. Córdoba: Brujas.
- INECIP. (2015). *Disciplinamiento Judicial. Análisis a partir del caso Bonzi*. Asunción: Arandurâ.



- Köhn, M. (1 de marzo de 2016). *La contrarreforma procesal*. (J. A. Martens, Entrevistador)
- Lagos, , M., & Dammert, L. (2012). *La seguridad ciudadana. El problema principal de América Latina*. Santiago de Chile: Corporación Latinobarómetro.
- Lagos, M., & Lammert, L. (2013). *La seguridad ciudadana. El principal problema de América Latina*. Coporación Latinobarómetro.
- Landrove-Díaz, G. (2009). *El nuevo derecho penal*. Valencia: Tirant lo blanch.
- LAPOP. (2014). *Barómetro de las Américas 2014. Encuesta Nacional Paraguay. Resumen Ejecutivo*. LAPOP .
- Llanes, C. (15 de mayo de 2016). *Contrarreforma procesal penal* . (J. Martens, Entrevistador)
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Maier, J. (2003). *Derecho Procesal Penal. Parte General. Sujetos procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Martens, J. (2014). El aumento de la población penal refleja el endurecimiento de la política criminal . En CODEHUPY, *Derechos Humanos en Paraguay 2014*. Asunción: CODEHUPY.
- Martens, J. (2014). El EPP es necesario y funcional para varios grupos de poder. En Codehupy, *Derechos Humanos en Paraguay 2014* (págs. 399-413). Asunción: Codehupy.



- Martens, J., & Orrego, R. (2005). Derecho a las garantías judiciales y al debido proceso: desilusiones y retrocesos por ineficacia de operadores de justicia en el sistema penal. En Codehupy, *Derechos Humanos en Paraguay 2005* (págs. 115-131). Asunción: Litocolor.
- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP). (2017). *Informe Anual de Gestión 2016*. Asunción: Artes Gráfica Visual.
- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP). (2014). *Informe Anual de Gestión y Recomendaciones 2014*. Asunción: sd.
- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP). (2016). *Informe Anual de Gestión 2015*. Asunción: AGR.
- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP). (2013). *Informe Especial. Tacumbú. El estado de los derechos humanos de las personas privadas de libertad*. Asunción: AGR.
- Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. (2015). *Informe Anual de Gestión 2015*. Asunción: MNP.
- Ministerio de Justicia . (2013). *Parte Diario del 2 de noviembre de 2013*. Asunción: Ministerio de Justicia .
- Ministerio de Justicia. (2014). *2do Censo Nacional Penitenciario. Paraguay. Resultados finales 2013*. Asunción: Ministerio de Justicia - UNODC.
- Ministerio de Justicia. (2015). *Parte Diario*. Asunción: Ministerio de Justicia.
- Ministerio del Interior. (2013). *Estrategia Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2016*. Documento de Trabajo, Ministerio del Interior , Asunción .



- Ministerio del Interior. (2010). *Primera Encuesta de Seguridad Ciudadana*. Ministerio del Interior, Asunción.
- Ministerio de Justicia. (2014). *Parte diario del 2 de diciembre de 2014*. Dirección de Institutos Penales. Asunción: Ministerio de Justicia .
- MNP. (2015). *El derecho a tener derechos. Realidades del Encierro en el Paraguay*. Asunción: Arandurâ .
- MNP. (2015). *Informe Anual 2015*. Asunción : MNP.
- MNP. (2013). *Informe Especial. Tacumbú. El estado de los derechos humanos de las personas privadas de libertad*. Asunción .
- Naciones Unidas. (2009). *Manual para Encuestas de Victimización*. Ginebra: NNUU.
- Nowak, M. (2007). *Informe de la Relatoría Especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Misión al Paraguay. Consejo de Derechos Humanos*. Ginebra: NNUU.
- OEA. (2012). *Informe sobre seguridad ciudadana en las Américas* . Washington: OEA.
- Orrego, R. (29 de febrero de 2016). *El proceso de reforma*. (J. Martens, Entrevistador)
- Orrego, R. (12 de 6 de 2016). *Recorte de Garantías Procesales*. (J. Martens, Entrevistador)
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal* . Buenos Aires: Editores del Puerto .
- Sánchez, J. (2009). *El campesino paraguayo es pobre porque es ignorante. El discurso legítimo de los medios de comunicación y la lucha por la tierra. En Palau, Criminalización a la lucha campesina*. Asunción: Base-Is.
- Tavosnanska, N. (2006). *Seguridad y Política criminal* . Buenos Aires: Cathedra Jurídica.



UNODC. (2013). *Global Study on Homicide. Trends, Context and Data*. Ginebra: NNUU.

Winer, S. (2015). *Doctrina de Inseguridad Mundial*. Buenos Aires: Prometeo.



Artículo de revisión

Importancia de la inteligencia estratégica para la defensa nacional

Importance of strategic intelligence for national defense

Tuicha mba'e oñeñangareko arandupópe tetãre

*Emmanuel Nicolás Tsaquis**

Capitán de Fragata de Infantería de Marina. Armada Argentina

Recibido: 16.06.17 Aprobado: 10.07.17

Resumen

El rol fundamental de la inteligencia estratégica para la defensa nacional se puede comprender a través de la explicación de cómo son los procesos de toma de decisiones en el nivel estratégico de un estado y su influencia en el ejercicio para su conducción. A dicho fin, es conveniente describir las características de las políticas de defensa que se consideran eficientes; una breve síntesis de su proceso de concepción e instrumentación y la relación íntima que existe entre la política exterior, la política económica y la política de defensa de un país. Por último, se desarrolla sucintamente, determinados aspectos comunes a los estados que son líderes en políticas de defensa y la forma en que articulan su accionar con el sistema de inteligencia estratégica.

Abstract

The fundamental role of strategic intelligence for national defense, can be comprehended by the explanation of how decision-making process takes place at a strategical

*Capitán de Fragata de Infantería de Marina. Armada Argentina Email: mtsaquis@yahoo.com.ar - Guardiamarina en 1993. Se especializó en Artillería y fue Comandante del Batallón Antiaéreo. Capacitación en Inteligencia, se desempeñó en cargos dentro de la Dirección General de Inteligencia. Oficial de intercambio en la Infantería de Marina de EE.UU. y casco azul en UNFICYP. Jefe de División en la Misión Naval de Instrucción y profesor de Estrategia e Inteligencia Estratégica en el IAEE Asunción Paraguay.



level of a State, and its influence on the execution. For this purpose, it is convenient to describe the characteristics of defense policy that are considered to be efficient; a brief summary of the design and instrumentation process, and the close relation among foreign policy, economic policy and defense policy of a country. Finally, this essay includes a concise analysis of certain common aspects of leader States in defense policy and the way these articulate their actions with the strategic intelligence system.

Ñembyapu'a

Pe arandupópe tetãre ñeñangareko ningo oguereko hembiapo tee, ha ikatu ojekuaa porã ñehesa'ỹijo rupive mba'ëichaitépa oñembohape oje'évo tembiaporãkatu estadope ha mba'ëichapa avei ko'ã tembiapo opoko avei estado jeku'ére. Upevarã, tekotevẽ oñemombe'u porã mba'ëichapa va'erãpa tembiapotee jeheka oñeñangarekóvo estado rekovére; mbykyhápe ojehechauka mba'ëichapa oñekumby ha mba'ëichapa oñemboguata, upépe ojehechakuaáta ojuajupaiteha ojuehe umi política ambue tetãndi, economía rehegua ha avei pe política ñeñangarekorã. Ipahaitépe katu, amboguapy kuatiáre mbykyhápe moõmoõpa ojojogua umi tetã are guivéma omyakáva hina ko política estado ñangarekorã ha mba'ëichapa oguata oñondive pe sistema arandupópe.

Palabras clave: defensa nacional, inteligencia estratégica, política exterior, toma de decisiones, intereses.

Key word: national defense, strategic intelligence, foreign policy, decision-making, interest.

Ñe'ẽ apytere: tetãre ñeñangareko, arandupópe jeikorã, política oñemboguatáva ambue tetãndi, tembiapotee jeheka, takãte'ỹmby.



Introducción

Es de interés nacional comprender que la Inteligencia Estratégica es una herramienta fundamental para la conducción de un Estado. Dicho servicio disminuye el grado de incertidumbre típico del nivel estratégico, que aqueja a los decisores en el proceso de gobierno de un país. Asimismo, permite la simulación de escenarios hipotéticos en los que se pueden evaluar las políticas concebidas por el estado y su instrumentación a futuro.

En este trabajo se analiza, particularmente, la influencia de la inteligencia estratégica en la cartera de defensa. En este marco, las decisiones de Estado están directamente asociadas con la política exterior y económica de un país, y el riesgo de conflicto puede comprometer hasta la propia existencia del Estado.

Previo a explicar estas afirmaciones, es conveniente saber que esta postura fue desarrollada utilizando definiciones específicas del ámbito de la Ciencia Política tomadas del Diccionario de Política, perteneciente a Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco; cuyos detalles de publicación pueden verse en la bibliografía. Si bien es cierto que esta enciclopedia de política tiende a hacer alusión a ejemplos de la estructura del Estado italiano, sus definiciones son de carácter genérico y representan el corpus doctrinario de la ciencia política en numerosos países de occidente en general.

Con la finalidad de hacer más sencilla la lectura y la comprensión de los conceptos vertidos, no se ha incluido las definiciones dentro del escrito. Sin embargo, aquellos vocablos tomados de dicha fuente están incluidos como citas bibliográficas al pie, para que el lector –de considerarlo necesario– pueda consultarlos directamente de la obra original y no de mi transcripción.



El liderazgo¹ y el proceso de toma de decisiones

En un estado contemporáneo², gobernado democráticamente³, quien ejerce el poder ejecutivo nacional⁴, lo conduce legalmente⁵ y con la legitimidad⁶ que le dio el proceso electoral, la cual podrá incrementarse o disminuir a lo largo de su gestión. Este ejercicio de la conducción del estado lo realiza con su impronta, desde el poder ejecutivo nacional y por medio de políticas públicas⁷. Estas, según su trascendencia e instrumentación, pasarán a considerarse –de menor a mayor– políticas de gobierno o políticas de estado y atenderán la problemática interna o externa del país en cuestión.

El término política, “...se emplea comúnmente para indicar la actividad o conjunto de actividades que de alguna manera tienen como término de referencia la polis, es decir el Estado”⁸. Cada política, se concibe tras un proceso de toma de decisiones análogo al que realizamos las personas, para resolver cada una de las encrucijadas que se nos presentan en la vida.

En los procesos de toma de decisiones, en general, se establecen como mínimo tres pasos, que pueden subdividirse según la teoría que quiera aplicarse. En el primero se genera el marco de referencia, o sea, se dictan las reglas del proceso y se analiza la situación para su comprensión, finalmente, se determina la problemática a resolver. En el segundo paso, se buscan las probables soluciones y se las pone a prueba hipotéticamente con el fin de evaluarlas. En el tercer paso, se elige la solución más eficiente. A partir de esta elección, comienza la implementación, su

1 Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco. *Diccionario de Política*. Traducción castellana de Raúl Crisafio, Alfonso García, Miguel Martí, Mariano Martín y Jorge Tula. Redactores en español: José Arico, Martí Soler y Jorge Tula. Decimosexta edición en español. Siglo XXI editores S.A. México. 2008, p. 914.

2 p. 541.

3 Idem, p. 441.

4 Idem, p. 518.

5 Idem, p. 860.

6 Idem, p. 862.

7 Idem, p. 914.

8 Idem, p. 1215.



supervisión y de ser necesaria, la corrección en ejercicio, de la solución escogida.

Cuando este proceso se realiza a nivel del Estado y con el fin de concebir políticas públicas; no es unipersonal, sino que participa el gabinete de asesores que rodea a ese gobernante o a esa cartera del Estado. Por lo tanto, el ejercicio intelectual que en lo rutinario las personas hacemos en soledad de principio a fin, en estos casos, es colectivo. De los tres pasos básicos enunciados en el párrafo anterior, los dos primeros son resueltos por el gabinete, pero normalmente dirigidos por lineamientos impuestos por la autoridad⁹ que lidera el proceso. El tercer paso, implica una decisión particular ejercida por el líder. Es interesante comprender que la legitimidad, consolidada en el consenso popular, le otorga a esa decisión con aspecto unipersonal, carácter colectivo¹⁰.

Políticas de defensa eficientes

En consonancia con la definición del término defensa¹¹, en el ámbito de la política, se puede afirmar que un Estado contemporáneo la ejerce, cuando es capaz de conservar en el transcurso del tiempo sus estructuras políticas y jurídicas, pero a su vez, sosteniendo sus elementos constitutivos: territorio, pueblo¹² y poder¹³¹⁴.

En este entender, ejercer políticas de defensa eficientes implica que estos cinco parámetros tengan continuidad en el tiempo. No obstante, no se puede pretender que se mantengan intactos a lo largo de la historia. Dado que es aceptable, que, con discrecionalidad limitada del ejecutivo, con la activa participación del poder legislativo y dentro del marco del corpus legal vigente, necesiten ser alterados bajo el mandato de la autodeterminación¹⁵ popular.

9 Idem, p. 118.

10 Idem, p. 423.

11 Idem, p. 426.

12 Idem, p. 1318.

13 Idem, p. 1190.

14 Idem, p. 1190.

15 Idem, p. 99.



Esta autodeterminación –que se la considera sinónimo de autodecisión–¹⁶ posee la capacidad de transformar las dos estructuras –políticas y jurídicas– o bien los tres elementos básicos que constituyen al Estado moderno: territorio, pueblo y poder. Probablemente, por la necesidad de adaptarlos a la situación reinante o a las necesidades del Estado en cuestión. Sin embargo, se entiende que es de carácter fundamental construir el consenso para terminar de legitimar estos procesos y darles la forma legal que corresponda a ese Estado.

Por lo tanto, este proceso deberá ser conducido para que el cambio no sea por medio de acciones violentas, ni traiga consecuencias drásticas, o su carácter sea infundado. Pues, su puesta en práctica debería ser en el marco institucional, de modo paulatino y controlado.

Implementado legalmente y con el fundamento de dar una respuesta a la evolución de la sociedad, de las instituciones u otro motivo que lo haga necesario, en busca de mayor eficiencia y, fundamentalmente, sometido a praxis¹⁷.

El camino a la eficiencia se sintetiza en numerosos y concatenados procesos de toma de decisiones acertadas. Los cuales comienzan con la concepción de una política de estado eficiente y finalizan con el diseño e implementación prolongada, de acciones contribuyentes a dicha política. Para un Estado, esto se puede sintetizar en instituciones aptas para regir en su campo de acción. En concordancia con el tiempo que viven, respetuosas del orden constitucional, acorde a la sociedad a la que pertenecen y dotado de personal idóneo.

Teniendo en cuenta el carácter fundamental de asignar los recursos de toda índole, que precisan para funcionar. Dado que, de no cumplirse esta prerrogativa, el diseño no podría llevarse a la práctica y pasaría a ser una simple utopía¹⁸.

16 Idem, p. 99.

17 Idem, p. 1261.

18 Idem, p. 1618.



Es conveniente tener presente, que en el ámbito de las ciencias sociales no existen los sistemas perfectos. Consecuentemente, la praxis debe aplicarse en busca de la eficiencia, a fin de determinar cuáles son las adaptaciones o cambios evolutivos para aplicar en las acciones diseñadas para cumplir la política concebida inicialmente.

El sometimiento a praxis se conceptualiza en la capacidad de llevar a la práctica los diseños teóricos que desarrollan las instituciones. Este ejercicio de la prueba trae como consecuencia la detección de errores, el cual deriva en la aplicación de las respectivas correcciones, instrumentadas de manera legal y legítima y en el transcurso de un tiempo determinado. Este proceso se lleva a cabo con la finalidad de minimizar esos errores que fueron previamente detectados y permite adaptar los diseños teóricos a las acciones ejecutadas para dar cumplimiento a las políticas de Estado, en busca de hacerlas eficientes.

La expresión de las estructuras políticas y jurídicas, y de los elementos constitutivos de todo ordenamiento estatal en la actualidad, se encuentran plasmados en sus respectivas cartas magnas, cuya denominación más moderna y universal es la constitución¹⁹, que representa la ley suprema de cada Estado.

Política exterior²⁰, economía²¹ y defensa

El hecho de que las políticas de defensa poseen un peso relevante en prácticamente todas las organizaciones estatales del mundo moderno, ha llevado a que, en la mayoría de las estructuras de los gobiernos actuales, exista una cartera con su nombre, Ministerio o Secretaría de Defensa. Esta denominación data de la segunda mitad del Siglo XX, dado que antes se las designaba como Ministerio o Secretaría de Guerra. Este cambio de nombre fue introducido para persuadir a los Estados a que comprendan, que dentro de su estructura debían contar con un

¹⁹ Idem, p. 323.

²⁰ Idem, p. 1368.

²¹ Idem, p. 1232.



sistema de defensa nacional y no con un área de administración para la guerra. Dicho fenómeno fue impulsado en toda la faz de la Tierra por la Organización de Naciones Unidas (ONU)²², en sus comienzos.²³

Al margen de los tiempos que corran, la cartera de defensa guarda una profunda interdependencia con las demás, pero particularmente con las de relaciones exteriores y de economía. Podrá apreciarse esta relación directa en un escueto desarrollo de la mecánica con que un Estado puede crear sus políticas de defensa, obviamente reducido al marco de un proceso sumamente sintético y simplificado, que facilite su comprensión.²⁴

La política exterior, a diferencia de las relaciones internacionales²⁵, es de carácter unilateral, aporta a la defensa la actitud que ese estado tendrá para con el resto del mundo y se asocia directamente con sus intereses²⁶. En virtud del perfil histórico, hay países que tienden a ser militaristas²⁷ y otros pacifistas. Asimismo, esta actitud puede depender no tanto de la historia, sino de aquel que ostenta el poder en un momento determinado. Este aspecto es difícil que se dé en las democracias o monarquías²⁸ parlamentarias bien consolidadas, pero es más común en los sistemas políticos presidencialistas²⁹ y característico de los regímenes totalitarios³⁰. Sin embargo, para un país estable, el perfil histórico tiene gran peso, al igual que su situación interna y el escenario³¹ en juego que contextualiza el momento que se esté analizando.

22 Encyclopaedia Britannica. *Op. cit.*, United Nations.

23 Anzaldi, Pablo. *Hacia una nueva política de seguridad y defensa nacional*. Instituto de Estudios Estratégicos. Buenos Aires. Argentina, p. 4.

24 Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco. *Op. cit.*, p. 428.

25 *Idem*, p. 1368.

26 *Idem*, p. 825.

27 *Idem*, p. 962.

28 *Idem*, p. 998.

29 *Idem*, p. 450.

30 *Idem*, p. 1574.

31 Alonso, Delamer, Frischknecht, Lanzarini y Moya. *Estrategia Teoría y práctica*. Instituto de Publicaciones Navales. Buenos Aires. República Argentina. 1998, p. 52.



El militarismo y el pacifismo³², más toda la gama de actitudes intermedias que a ellas separa, sumadas al escenario en que se desarrolla la política del Estado en cuestión, volcarán en mayor o menor medida sus recursos a fortalecer el propio sistema de defensa nacional.

Tras haber adoptado una actitud al respecto de la política exterior, la economía de ese Estado aportará los fondos para dar cumplimiento a los objetivos nacionales e internacionales de ese estado, alineados en pos de sus intereses.³³ Depende del nivel de industrialización de ese país, si se invertirán en la compra de medios extranjeros o en la producción nacional. Por otro lado, se encuentra atada a la política interior³⁴ de dicho Estado, la consideración de si los desarrollos nacionales serán provenientes de capitales públicos, privados o mixtos.

Con todo este proceso político claro, la cartera de defensa sabrá si adoptar políticas de carácter defensivo, ofensivo o alguna mixtura de ambas, según lo hayan determinado las prerrogativas del parlamento, el ejecutivo o ambos. Finalmente, debe diseñar el instrumento militar acorde, crear la doctrina para su adiestramiento y empleo, dotarlo del personal suficiente y equiparlo en pos de dar cumplimiento al proyecto nacional.

Todo este proceso, que así detallado parece corto y sencillo, se instituye en el transcurso de muchos años y se formaliza en un corpus legal. Su validez a lo largo del tiempo se apoya en la estabilidad de la organización estadual del país en cuestión, el cual, de poseer políticas de Estado eficientes, históricamente responderá con coherencia y de forma predecible a las crisis que se le presenten, tanto en el campo nacional como en el internacional³⁵.

Obviamente, el sistema de defensa nacional de un país será sometido a praxis,

32 Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco. *Op. cit.*, 1114.

33 Alonso, Delamer, Frischknecht, Lanzarini y Moya. *Op. cit.*, p. 44.

34 Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco. *Op. cit.*, p. 1375.

35 Idem, p. 533.



con fines de crítica y en busca de mantenerse actualizado y eficiente. Esto implica que el proceso descrito responderá a una naturaleza cíclica y evolutiva, que facilite su rectificación cada vez que sea necesario.

Empero, el modelo del sistema de defensa de un Estado en el contexto del mundo global, que transitamos en la actualidad, no se acaba en su propia defensa. Ese concepto de autosuficiencia defensiva se agotó con la aparición de la ONU en el escenario mundial. Si bien, en el primer párrafo de esta sección, se ha incluido un cambio, que tan solo parece de carácter nominal, la ONU ha tenido un peso notable en el desarrollo de las políticas de defensa de todos los Estados que pertenecen a este planeta.

Se rescata la forma en que la ONU concientizó a los Estados en particular, pero a los hombres en general, sobre el peso de la solidaridad, la paz, la consideración de la guerra como un gran flagelo mundial y el enaltecimiento del respeto por los derechos humanos.

Estos cambios han ido modificando, no solamente a la forma de llamar la cartera en cuestión, sino también a su fondo, lo cual se da a punto tal, que los países desarrollados cooperan, económicamente y con su conocimiento, en diferentes áreas de interés estatal y privado, con aquellos subdesarrollados o en vías de desarrollo. Asimismo, los Estados forman coaliciones con fines de imponer o mantener la paz en el mundo y a la vez restablecer la organización estadual, a aquellos estados considerados fallidos o en riesgo institucional. En la mayoría de los casos, estos procesos se llevan a cabo debilitando la defensa propia, restando la disponibilidad de sus propios medios y efectivos del instrumento militar.³⁶

Se puede apreciar que el ejercicio pleno de la defensa de un Estado, sustentada con una base teórica apropiada, una doctrina legal acorde, un presupuesto adecuado

36 Organización de las Naciones Unidas. *Carta de las Naciones Unidas. Preámbulo*. Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. www.un.org. Nueva York. Estados Unidos de América. 2009.



y un instrumento militar nutrido, polifacético, bien adiestrado y alistado, no son argumentos suficientes para que un país sea líder en esta materia.

Es viable creer que una organización estadual capaz de conducir la cartera de defensa de este modo, sin duda es estable política, económica y socialmente. Esta estabilidad se aprecia en su funcionamiento interno y si su duración en el tiempo se mantiene prolongadamente, hace al Estado previsible y coherente en su accionar³⁷.

Entonces, se puede afirmar que si un país es capaz de mantener su estabilidad –interna y externa– a lo largo de una gran cantidad de años y a la vez desarrollar paralelamente eficientes políticas de Estado, podría transformarse en un actor relevante en el contexto mundial. Esta relevancia podrá explotarla influyendo estratégicamente y de forma determinante en el escenario que se le imponga, aplicando su poder³⁸ directa o indirectamente.

El liderazgo en políticas de defensa

Cualquier actor relevante en el contexto mundial podría convertirse en líder en el campo de la defensa. No obstante, en su proceso de desarrollo debería haber sido capaz de generar sus propias políticas al respecto, llevándolas a la práctica con éxito; producir masivamente la mayor parte de su material bélico, colocando los excedentes en el mercado mundial; finalmente, respetar las leyes supremas del hombre y el derecho internacional demostrando ser un miembro responsable de la comunidad mundial.

Dadas las pautas para alcanzar el liderazgo en el campo de la defensa a nivel mundial, es conveniente desglosar cada una y desarrollarlas, con el fin de comprender acabadamente qué países son los que marcan tendencia en esta asignatura.

La autodeterminación plena de un Estado en el concierto mundial es imposible, aunque existen países capaces de ejercerla con esta salvedad, dado que se

37 Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco. *Op. cit.* p. 533.

38 Idem, p. 1190.



encuentran más liberados de la presión al adoptar una postura si deben defender sus intereses y proyectos nacionales. Esta actitud será viable merced al peso específico del actor³⁹ en cuestión, tanto en el marco mundial como en el de una alianza⁴⁰, en caso de que la integre.⁴¹

Si bien la formación de coaliciones detrás de un interés o valor común entre los Estados no es una novedad, el fenómeno de la globalización ha expandido y universalizado esta práctica en la actualidad. Tan es así, que las hay en materia, política, económica o de defensa, en todos los confines del mundo.

Por lo tanto, el elevado grado de autodeterminación o autodecisión de un Estado al diseñar sus propias políticas de defensa, su maniobrar consecuente con el escenario en juego a favor de sus intereses y objetivos, que a su vez logre disuadir⁴² a otros estados de cualquier intento ofensivo sobre la propia organización estadual, es la primera cualidad que debe poseer un país para ser líder en el ámbito de la defensa.

En segunda instancia, es conveniente marcar la ventaja que poseen aquellos estados capaces de producir material bélico de elevada calidad y tecnología de punta, con el fin de autoabastecer mayoritariamente las necesidades de su instrumento militar. Esta capacidad le otorga libertad de acción en su propio ciclo logístico, además de favorecer a la economía local, aportando empleo, desarrollo sustentable, etcétera, pero a la vez, respetando el medio ambiente.

Igualmente, si la producción para la defensa alcanza cierto prestigio y niveles excedentes, que pueden ser puestos a disposición en el mercado mundial, las ventajas son aún mayores, porque las necesidades del ciclo logísticos de los productos vendidos pueden generar clientes cautivos durante tiempos prolongados.

39 Alonso, Delamer, Frischknecht, Lanzarini y Moya. *Op. cit.*, p. 43.

40 Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco. *Op. cit.*, p. 26.

41 Idem, p. 1371.

42 Idem, p. 510.



Este aspecto, resta libertad de acción a posibles enemigos potenciales y a su vez, las divisas que estas operaciones económicas generan dejan sumas considerables de dinero en las arcas de la propia organización estadual.

Esta situación, que prima facie parece vincularse solamente a un rédito netamente comercial –por ende, de índole económico– puede potenciar a un Estado industrializado a ser líder en políticas de defensa. Otorgando enormes ventajas a los países productores por sobre los países compradores de sistemas de defensa.

Finalmente, el concepto de responsabilidad en el marco de la comunidad mundial posee un gran peso para determinar el liderazgo de un país en políticas de defensa. Este permite determinar los códigos con que ese país maniobra al momento de emplear su sistema de defensa. Si bien dicho sistema encuentra su razón de ser primaria en pos del Estado al que pertenece, deberá ser siempre empleado al servicio de la defensa de la paz y la estabilidad en el mundo. Lo cual implica fundamentalmente estar sujeto al derecho internacional en todas sus expresiones y va mucho más allá del empleo de la fuerza. Incluye no poner sus capacidades de defensa, tecnológicas e industriales al servicio de aquellos Estados que puedan constituir un riesgo activo o potencial para la humanidad.

Esta disyuntiva trae aparejada, en numerosas oportunidades, la pérdida de una fructífera transacción comercial o bien de la posibilidad de expandir sus dominios más allá de sus fronteras y ganar posiciones relativas favorables, mejorando sus condiciones para maniobras futuras en el escenario mundial. Sin embargo, un sistema político responsable y respetuoso, debe anteponer la ética por sobre los intereses propios y sus deseos de expansión territorial o económica.



La inteligencia estratégica

La inteligencia estratégica se puede definir como el conocimiento necesario para que los estrategas puedan trazar sus planes y luego llevarlos a la práctica.⁴³ En palabras de Sherman Kent “...es el conocimiento que nuestros hombres, civiles y militares, que ocupan cargos elevados, deben poseer para salvaguardar el bienestar nacional”⁴⁴.

Si analizamos la definición de Sherman Kent, podemos afirmar que “el conocimiento”, se define como “Acción y efecto del verbo conocer”⁴⁵. Conocer significa “Averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas”⁴⁶. En cuanto a las personas que hace referencia, se trata de la conducción estratégica del país. En lo que respecta al verbo salvaguardar, la definición es: “defender, amparar, proteger algo o a alguien”⁴⁷. Finalmente, cuando habla de “el bienestar nacional”, se refiere a los intereses del Estado.

Los procesos de toma de decisiones estratégicos tienen como base de análisis a la información estratégica. La información estratégica es, a su vez, la materia prima que procesada se transforma en inteligencia estratégica. La inteligencia estratégica se usa para cubrir los vacíos de información estratégica.

En consecuencia, cada vez que un sistema político se encuentra frente a un problema. Si entendemos problema como “1. Cuestión que se trata de aclarar. 2. Proposición o dificultad de solución dudosa. 3. Planteamiento de una situación cuya respuesta desconocida debe obtenerse a través de métodos científicos”⁴⁸, lleva

43 Kent, Sherman. *Inteligencia Estratégica*. Traducción castellana de Juan Carlos Saint-Lary. Cuarta edición en español. Pleamar. Buenos Aires. República Argentina. 1986, p. 3.

44 Idem.

45 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 23ª edición. www.rae.es. Madrid. España. 2014.

46 Idem.

47 Idem.

48 Idem.



adelante un proceso de toma de decisiones para resolverlo.

Cabe explicar, que los problemas son todos distintos, aunque algunos sean análogos, pero por su naturaleza se pueden distinguir tres tipos, los que no son posibles de estructurar, por no poderse resolver de forma estándar y poseer variables parcial o totalmente desconocidas; los estructurados, que se resuelven de manera algorítmica; y los que se pueden estructurar, o sea, una mezcla de los dos anteriores⁴⁹.

Los problemas que enfrenta la conducción estratégica de un país suelen ser variados, pero la mayoría no son posibles de estructurar y se dan en un ambiente en el que reina la incertidumbre ⁵⁰. Es por eso que la inteligencia estratégica es primordial para su resolución y debe atender en el marco de todas las carteras del Estado, interactuando fluidamente con cada una de ellas y con la empatía necesaria para que los decisores no la desestimen.

La necesidad de dar una respuesta polifacética impone a la inteligencia estratégica un denotado esfuerzo. Este esfuerzo, que implica buscar y recabar la gran variedad de información, hacer el correspondiente procesamiento y diseminar la inteligencia estratégica a todas las carteras al servicio del Estado, se hace imposible sin una subdivisión que asigne un método al proceso. A dicho fin, existe la siguiente subdivisión⁵¹:

1. Personalidades⁵²

5. Política⁵³

2. Geografía⁵⁴

6. Social⁵⁵

49 Oz, Effy. Management Information Systems. Cengage learning Inc. Quinta Edición. Canadá. 2006, p. 523.

50 Alonso, Delamer, Frischknecht, Lanzarini y Moya. *Op. cit*, p. 38.

51 Kent, Sherman. *Op. cit*, p. 24.

69 Idem, p. 25.

53 Idem, p. 27.

54 Idem.

55 Idem.

3. Militar⁵⁶7. Moral⁵⁷4. Económica⁵⁸8. Científico - Técnica⁵⁹

Esta subdivisión es teórica y está apuntada a la forma de analizar a un actor, hace que los analistas se focalicen en lo fundamental y no se distraigan en superficialidades. Asimismo, facilita la formación de cuadros técnicos con conocimientos específicos, que sean capaces de hacer al ciclo de inteligencia lo más virtuoso posible.

Cada Estado adapta su propio sistema de inteligencia en concordancia con sus necesidades, basado en la cantidad y diversidad de agencias más conveniente para su organización. Es de destacar, que la mayoría de los países desarrollados en general y más aun los que son líderes en materia de defensa, invierten grandes estudios y la comprensión de los escenarios estratégicos, presentes y del pasado. Esto significa que la inteligencia estratégica aporta el conocimiento disponible para encarar el análisis de la situación, en el marco del proceso de toma de decisiones que realiza un Estado para concebir una política y en consecuencia, llevar a cabo una maniobra estratégica.

En igual sentido, la inteligencia estratégica permite prever futuros conflictos y sus respectivas evoluciones. Su basamento, a dicho fin, es la construcción especulativa de los probables escenarios futuros que enfrentará el Estado. Su producto es una entelequia, ajustada a la evolución crítica de variables obtenidas de la realidad, que permite poner a prueba la maniobra estratégica concebida y evaluarla, en un marco referencial hipotético.

56 Idem, p. 26.

57 Idem, p. 28.

58 Idem.

59 Idem.



Conclusión

En forma análoga a la manera en que las personas toman decisiones trascendentales en sus vidas, lo hacen los Estados en el marco estratégico y dichos procesos de toma de decisiones son conducidos por personas.

Las decisiones trascendentales de las personas son hitos que construyen la historia de cada ser humano. Las relaciones exteriores, la economía y la defensa cimientan la posición estratégica de un estado en el mundo y escriben su historia.

Las personas usan sus conocimientos y experiencias para dar sustento a las decisiones trascendentales. Análogamente, aquellos seres humanos que conducen los procesos de toma de decisiones de un Estado, lo hacen basados en sus conocimientos, experiencia y la inteligencia estratégica, que le proveen las agencias estructuradas para dicho fin.

Referencias

- Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco. *Diccionario de Política*. Traducción castellana de Raúl Crisafio, Alfonso García, Miguel Martí, Mariano Martín y Jorge Tula. Redactores en español: José Arico, Martí Soler y Jorge Tula. Decimosexta edición en español. Siglo XXI editores S.A. México. 2008.
- Rose, Richard. *What is governing?: Purpose and Policy in Washington*. Prentice Hall. Nueva Jersey. Estados Unidos de América. 1978.
- Kent, Sherman. *Inteligencia Estratégica*. Traducción castellana de Juan Carlos Saint-Lary. Cuarta edición en español. Pleamar. Buenos Aires. República Argentina. 1986.
- Alonso, Delamer, Frischknecht, Lanzarini y Moya. *Estrategia Teoría y práctica*. Instituto de Publicaciones Navales. Buenos Aires. República Argentina. 1998.



Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 23^a edición. www.rae.es. Madrid. España. 2014.

Encyclopaedia Britannica, inc. *Enciclopedia Británica*. www.britannica.com. Chicago, Illinois. Estados Unidos de América. 2009.

Organización de las Naciones Unidas. *Historia de las Naciones Unidas*. Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. www.un.org. Nueva York. Estados Unidos de América. 2009.



Reporte de casos

El VRAEM: entre el narcoterrorismo y el descaso del Estado peruano

The VRAEM region: between narco-terrorism and the indifference of Peruvian State

VRAEM: Narcoterrorismo ha Peru Estado, jehechagi pa'ũme jeiko

*Danielle Annoni**

Universidad Federal de Paraná-Brasil

*David Fernando Santiago Villena Del Carpio***

Universidad Federal de Santa Catarina-Brasil

Recibido: 14.06.17 – Aceptado: 01.08.17

Resumen

El narcoterrorismo en el Perú continúa siendo una realidad incómoda dentro del escenario nacional. Aunque el terrorismo en sí no representa una amenaza como lo fue en los años 80 y 90, éste ha mutado, encontrando nuevas fuentes de

* Profesora de Derecho Internacional y Derechos Humanos en la Universidad Federal de Paraná.

Contacto: danielle.annoni@ufpr.br.

Doctora en Derecho Internacional por la Universidad Federal de Santa Catarina. Líder del Grupo de Estudios “Observatório de Direitos Humanos” ligado al Conselho Nacional de Pesquisa - CNPq. Líder del Grupo de Estudios “Direitos Humanos nas Relações Internacionais” ligado al CNPq. Investigadora del proyecto sobre “Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil: Um Estudo dos Direitos Reconhecidos pelo Brasil aos Refugiados e como se dá o Acesso à Justiça em caso de Violação”, financiado por el CNPq - MCTI/CNPq/Universal 14/2014. Responsable de la Cátedra Sérgio Vieira de Mello pela UFSC.

**Miembro del Grupo de Estudios “Observatório de Direitos Humanos”

Contacto: fernando.villena@posgrad.ufsc.br

Graduado en Derecho por la Universidad Católica San Pablo (PERÚ), Máster en Derecho y Relaciones Internacionales por la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC, Brasil). Doctorando en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC, Brasil). Miembro del Grupo de Estudios “Observatório de Direitos Humanos”. Membro del Grupo de Estudios “Núcleo de Pesquisas e Extensão sobre as Organizações Internacionais e a promoção da Paz, dos Direitos Humanos e da Integração Regional - EIRENÉ”



financiamiento. Es de esta forma que opera, principalmente en la región del Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro en adelante VRAEM, la cual se extiende sobre cinco departamentos: Apurímac, Ayacucho, Cuzco, Huancavelica y Junín. El VRAEM es una región donde la presencia del Estado es poca o nula, incapaz de imponer su imperio, por lo que los terroristas de Sendero Luminoso se asociaron a los narcotraficantes o, en algunos casos, asumieron ese papel. Por consiguiente, los narcoterroristas son capaces de operar a sus anchas, llenando el vacío dejado por el Estado, además que el cultivo de hoja de coca se presenta como la única alternativa económica para el campesinado. Por ello, el presente trabajo buscará analizar el impacto que el narcoterrorismo causa sobre las comunidades campesinas, así como la indiferencia del Estado Peruano.

Abstract

Narco-terrorism in Perú continues to be an uncomfortable truth within domestic scene. Even though terrorism itself does not represent a major threat, in the way it did in the eighties and nineties, it acquired new forms, by getting new funding sources. That is the way it operates, mainly, in the region of the “Valley of the Apurímac, Ene and Mantaro rivers” (VRAEM, from now onwards), which covers five Departments: Apurímac, Ayacucho, Cuzco, Huancavelica and Junín. The VRAEM is a region where the State is unable to enforce the law, due to its little or null presence, consequently, the Sendero Luminoso terrorists associate with drug-traffickers, and in some cases, they become traffickers. As a result, the terrorists operate as they please, filling up the emptiness left by the State, besides, the coca leaf cultivation is regarded as the only economic alternative for peasantry. For this reason, the present paper seeks to analyse: the impact that narco-terrorism



has on the peasant communities, and the indifference of the Peruvian State.

Ñembyapu'a

Narcoterrorismo Perúpe are guivéma ojaho'i mbarete upe tetã, tuicha háicha. Pe terrorismo ndaha'évéima ramo jepe peteĩ kyhyje guasu ymave ary 80 ha 90 rupiguáicha, kóva ha'ete ku oñemboheté ambue jeýva ha ojuhu jey ome'ëva ichupe kuéra ivirurã. Kóicha hína omba'apo opárupi ko'ýte umi valle oíva ysyry rembe'ýre Apurímac, Ene ha Mantaro avei VRAEM, ohupytypáva 5 tetã vore: Apurímac, Ayacucho, Cuzco, Huancavelica y Junín. VRAEM ningo peteĩ tetã pehẽ guasu, upépe Estado ñeñangareko sa'i etemi térã noguahẽi voi, ndohechaukái ete voi ipu'akakue, ha umi Sendero Luminosogua oñomoirũma katu narcotraficantentendi, térã katu oĩ avei ha'ekuéraite voi oiko upéicha, upekuére umi narcoterroista ojapo ojaposéva ipe ha ipukuévo, ha'ekuéra omynyhẽ ha ojapo Estado rembiapo rangue, ha avei oñeñemitymbaite upépe pe kóka ha ndaipóri voi ambueichagua ñemitỹ upépe. Upévore, ko tembiapo ohesa'ýijo mba'éichaitépa oñeñandu hína pe narcoterrorismo chokokue kuéra komunidápe, ha upéicha avei Peru Estado jehechagi.

Palabras clave: Estado Peruano, narcoterrorismo, Sendero Luminoso, comunidades campesinas, hoja de coca.

Keys word: Peruvian State, narco-terrorism, Sendero Luminoso, peasant communities, coca leaf.

Ñe'ẽ apytere: Peru Estado, narcoterrorismo, Sendero Luminoso. Chokokue komunida, kóka rogué.



Introducción

Las actividades terroristas en el Perú acabaron. Sería un error afirmar lo contrario. Si bien los grupos terroristas ya no poseen la misma fuerza que tenían en la década de 1980 y 1990, todavía existen células que zozobran a la población del interior del país, especialmente aquella que vive en la región del Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro en adelante VRAEM. Esta región se extiende sobre cinco departamentos: Apurímac, Ayacucho, Cuzco,

Huancavelica y Junín, identificada por ser una zona con poca o nula presencia del Estado, lo que se traduce en infraestructura precaria, falta de servicios básicos y por qué no, desnutrición. Además, también se identifica por ser una gran productora de hoja de coca, la cual, después de procesada químicamente, se convierte en cocaína y es exportada hacia los países del norte.

Es en este contexto que los terroristas, asociados al narcotráfico o, incluso, los llamados narcoterroristas se han apoderado de esta región, llenando el vacío de poder dejado por el Estado peruano. De esta forma, son capaces de implantar su administración y ejercer un efectivo control en esa parte olvidada del Perú.

Si bien el Estado peruano se esfuerza para extirpar la amenaza terrorista de esta zona, sus esfuerzos parecen vanos. Esta situación puede deberse en parte, a que su accionar está enfocado solamente en el sector militar, descuidando al campesinado, al cual no le es ofrecido cultivos alternativos a la hoja de coca. Es por ello que, dicho cultivo se muestra como la única salida para la subsistencia, además de la presión ejercida por los narcoterroristas y la falta de protección por parte del gobierno, hace imposible la elección de otro cultivo.

Por esa razón, el presente artículo busca analizar el impacto que el narcoterrorismo causa sobre la región del VRAEM y en ese sentido, cuál es la política implementada por el Estado peruano para lidiar con este problema, en esa región.



1. El VRAEM y el cultivo de la hoja de coca

El VRAEM se extiende sobre cinco departamentos: Apurímac, Ayacucho, Cuzco, Huancavelica y Junín, caracterizado por la poca o nula presencia del Estado. Es una de las más grandes regiones donde se cultiva la hoja de coca, materia prima que sirve para la posterior elaboración de la pasta básica de cocaína, así como del clorhidrato de cocaína.

De acuerdo con el Informe de Monitoreo de Cultivos de Coca 2014, presentado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en adelante UNODC, la extensión del cultivo de hoja de coca en el Perú es de 42,900 hectáreas, de los cuales el VRAEM alberga 18,845 hectáreas.

Estos números cobran sentido cuando se analiza el total de la producción nacional. En este caso, la producción nacional de hoja de coca en el 2014, fue de 100,840 toneladas, 9,000 toneladas corresponden al consumo tradicional. El volumen restante de 91,840 toneladas se articula al narcotráfico para ser transformada en pasta básica y clorhidrato de cocaína (UNODC, 2015, pág. 16). Debido a las hectáreas cultivadas en el VRAEM, esta zona se convierte en la principal productora de hoja de coca. Es importante resaltar que: el VRAEM alberga el 67,8% de la producción nacional (UNODC, 2015, pág. 17).

Por ese motivo, cuando los medios hacen mención de dicha región, generalmente es debido a dos hechos relacionados entre sí: primero, las incursiones realizadas por fracciones de Sendero Luminoso; segundo, porque esta región es el principal productor de cocaína del país (O'Brien, 2008, pág. 32).

Sin embargo, la historia del VRAEM no siempre ha estado ligada al cultivo de coca destinada a la producción de cocaína. En la década de 1960, estaban bien extendidos las siembras de café y de cacao, que por aquel entonces eran apreciados en el mercado internacional, lo que atrajo a varios campesinos que ocuparon esas tierras para dedicarse a esos cultivos. Este ambiente propició el desarrollo de esta

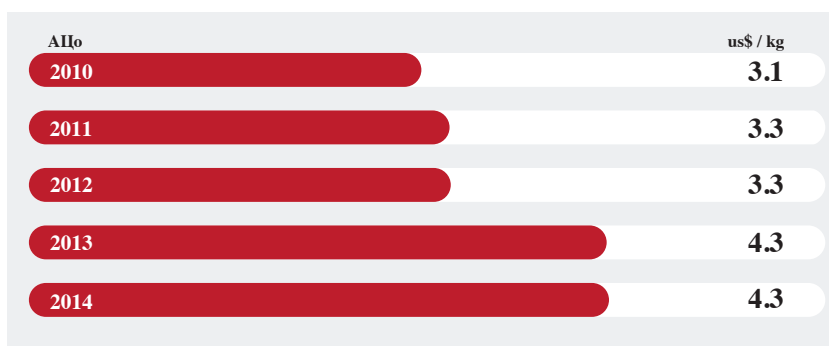


zona, a través del establecimiento de servicios agropecuarios, así como financistas. No obstante, el accionar de Sendero Luminoso espantó del lugar a los comerciantes, productores y financiadores (O'Brien, 2008, pág. 33).

Ante este panorama y ante el poco apoyo del Estado, los cultivos de café y de cacao perdieron fuerzas, siendo suplantados masivamente por los de hoja de coca, con el sostén de los narcotraficantes que operaban en el lugar. Por ese motivo, gran parte de los ingresos registrados vienen de la hoja de coca, generando gran dependencia en la vida económica del VRAEM, situación que se mantiene hasta nuestros días.

Sin embargo, aunque la comercialización de la cocaína es una actividad lucrativa, esos beneficios económicos no son percibidos por los campesinos, pues son retenidos por los narcotraficantes. En este sentido, mientras que en el 2014 el precio de la hoja de coca era de US\$ 4,3 por kilo, el precio de la pasta básica de cocaína se erigió en US\$ 843 por kilo. Esta proporción se muestra constante desde 2010, tal como lo reflejan las siguientes figuras:

Gráfico 1: Precio promedio de la hoja de coca, 2010-2014 (US\$/kg)



Fuente: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015



Gráfico 2: Precio promedio de pasta básica de cocaína, 2010-2014 (US\$/kg)



Fuente: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015

Gráfico 3: Precio promedio de clorhidrato de cocaína, 2010-2014 (US\$/kg)



Fuente: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015

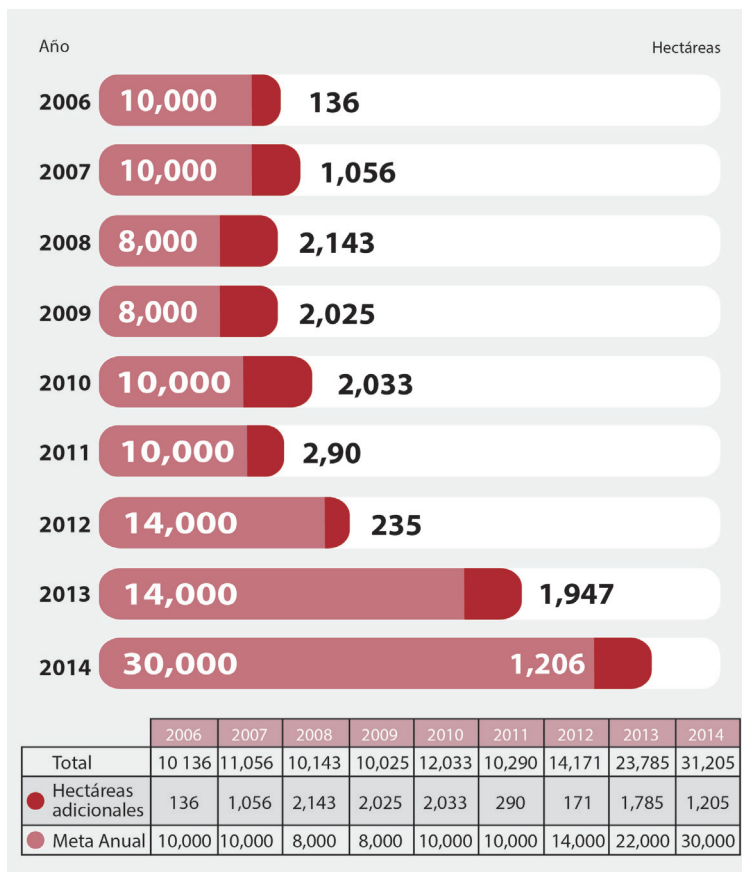
Estas figuras demuestran la relación asimétrica entre los precios de la hoja de coca y sus derivados industriales. En el primer caso, los beneficiarios son los campesinos que cultivan la hoja de coca, por lo que reciben un exiguo pago, mientras que los productores y/o comercializadores, tanto de la pasta básica de cocaína como del clorhidrato de cocaína, se adjudican un pago mayor y es dominio del narcotráfico.

Frente al problema que representa el cultivo ilegal de hoja de coca, la política



del gobierno peruano está centrada en la erradicación del cultivo de aquellas hectáreas que están destinadas a servir de materia prima para la elaboración del clorhidrato de cocaína. La siguiente figura muestra la evolución de esta política.

Gráfico 4: Cultivo de coca erradicados en Perú, 2006 - 2014 (ha)



Fuente: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2015

Esta figura muestra la creciente preocupación del gobierno peruano por erradicar la mayor cantidad de hectáreas posibles. Para entender esta política, vale recordar que el artículo 31 del Decreto Ley n.º 22.095, relativo a la Represión del



Tráfico Ilícito de Drogas, prescribe la prohibición del cultivo de coca en nuevas áreas del territorio peruano. Es decir, el cultivo de coca restringido a aquellas áreas que, ancestralmente, han cultivado la coca para su uso tradicional, registradas en la Empresa Nacional de Comercialización de la Coca, en adelante ENACO. Por ello, la política de la erradicación se centra en áreas que violan esta ley, intentando regular la extensión de hectáreas dedicadas a su cultivo.

Asimismo, el Estado peruano, dentro de su Estrategia Nacional de lucha contra las Drogas, delinea un Programa de Desarrollo Alternativo, como uno de sus ejes principales el fomento de cultivos alternativos. Entre estos cabe resaltar el café, cacao (los cuales ya eran cultivados antes), palma aceitera y otros, que cuenten con una fuerte demanda, tanto interna como externa. Para ello, es necesario brindar asistencia técnica a las comunidades campesinas “en las etapas de instalación, producción, cosecha y post cosecha” (Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas, 2012, pág. 46).

No obstante, como se verá más adelante, estas políticas no llegaron a buen puerto debido a la presencia de las facciones terroristas de Sendero Luminoso, el cual se ha aliado a las huestes de los narcotraficantes, ofrece protección para continuar con este ilícito negocio.

El siguiente apartado se centra en el problema que constituye el terrorismo, así como la alianza hecha con el narcotráfico en la zona del VRAEM.

2. El terrorismo en el Perú

En primer lugar, se debe tener en claro qué es el terrorismo. La denominación de terrorismo constituye un problema, debido a la variedad de opiniones sobre este problema. Algunas de estas definiciones pueden ignorar las amenazas, otras enfocarse en los atentados contra la vida o todavía intentar definir quién es no combatiente (Forst, 2008, pág. 4). De esta forma, a nivel internacional, organizaciones como la Liga de las Naciones y su sucesora, las Naciones Unidas, tienen dificultad



para llegar a un acuerdo sobre la definición de terrorismo, lo que no sucede en las organizaciones regionales que adoptaron una denominación más genérica (Saul, 2006, pág. 99)¹. En el intento de superar este obstáculo, en el 2005, Kofi Annan indicó que: “debía entenderse por terrorismo aquel acto destinado a causar la muerte o herir gravemente a los civiles” (Forst, 2008, pág. 4).

Sin embargo, algunos países árabes sugirieron adicionar una excepción en esta definición dado que, con el problema palestino, no podía aplicarse a los casos de resistencia frente a la ocupación extranjera (Forst, 2008, pág. 4).

Debido a la dificultad de llegar a un acuerdo, el uso de la palabra “terrorismo” no está exento de polémica, siendo utilizado de forma peyorativa para describir una causa como ilegal, en vez de describir una conducta (Crenshaw, 2000, pág. 406).

Para Crenshaw, terrorismo consiste en: “una violencia deliberada y sistemática, realizada por pequeños grupos, cuyo objetivo es intimidar una audiencia, con fines políticos y simbólicos” (Crenshaw, 2000, pág. 406). Además, “el terrorismo es una guerra asimétrica entre un Estado y un actor no-estatal” (Ganor, 2009, pág. 15).

Otra definición más amplia considera que:

Terrorismo envuelve objetivos políticos y metas. Se basa en la violencia o en la amenaza de violencia. Es utilizado para generar miedo en un público objetivo y para expandir el miedo más allá de las víctimas de esa violencia. La violencia implica una organización y no individuos aislados. El terrorismo envuelve un actor o actores no estatales como los perpetradores de la violencia, las víctimas o ambos. Finalmente, el terrorismo es la violencia creada para generar poder en situaciones en que el poder ha sido previamente deteriorado (por ejemplo, la violencia intenta mejorar la base de poder de la organización

¹ La Unión Europea, por ejemplo, define terrorismo como cualquier acción cuyo objetivo sea causar la muerte o herir gravemente a civiles o no combatientes con el propósito de intimidar a la población o forzara algún o bien o a hacer o abstenerse de realizar algún acto (Kessler, 2007, pág. 25).



que ejecuta la acción) (Lutz; Lutz, 2005, pág. 7).

De esta descripción se puede resaltar que la violencia con fines políticos es el elemento característico del terrorismo. Otros elementos son: uso o amenaza de violencia, público objetivo y generar miedo en la sociedad. El público objetivo puede ser cualquiera, desde políticos, militares, oficiales del gobierno, hasta sus opositores, grupos étnicos o religiosos (Lutz; Lutz, 2005, pág. 8). Además, para que el terrorismo sea efectivo, la población tiene que ser consciente de los ataques, caso contrario no se obtendría la audiencia necesaria para alcanzar sus objetivos.

A nivel mundial, el terrorismo cobró importancia después de los atentados terroristas contra las Torres Gemelas, en Estados Unidos, el 11 de setiembre del 2001. Debido a ello, fueron celebrados convenios internacionales que tratan el problema, destacando en el ámbito americano, la Convención Interamericana contra el Terrorismo de la Organización de los Estados Americanos, en adelante OEA, firmada el 3 de junio del 2002. El objetivo de la Convención es prevenir, castigar y eliminarlo. Para alcanzar este objetivo, se basa en diez instrumentos jurídicos internacionales².

La mencionada Convención pide la adhesión de los Estados a los instrumentos jurídicos internacionales en la definición del terrorismo (artículo 2), además de adoptar las medidas necesarias para adecuar sus legislaciones internas a

² Convención para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (1970); Convención para a Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (1971); Convención sobre la Prevención y Castigo de Crímenes contra Personas que Gozan de Protección Internacional, Inclusive Agentes Diplomáticos (1973); Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (1979); Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares (1980); Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Presten Servicios a la Aviación Civil Internacional, complementaria a la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (1988); Convención para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Navegación Marítima (1988); Protocolo para la Supresión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas Situadas en la Plataforma Continental (1988); Convención Internacional para la Supresión de Atentados Terroristas con Bomba (1997) y; Convención Internacional para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo (1999) [CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA EL TERRORISMO, 2002, art. 2 (1)].



las disposiciones de los mencionados tratados.

Dado que el presente artículo se enfoca en la realidad peruana, se acogerá a la definición que la ley peruana da sobre el terrorismo. Para ello, se remonta al Decreto Ley n.º 25475, de 1992, el cual afirma que:

El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado...(artículo. 2)

Es importante resaltar que, este Decreto Ley fue dado en el primer gobierno de Alberto Fujimori, poco tiempo después del autogolpe de Estado propinado por el citado presidente. Sin embargo, gobiernos democráticos posteriores ratificaron el tenor de este Decreto Ley, pues se ajusta a la realidad peruana.

Del citado Decreto Ley, se pueden extraer los elementos centrales utilizados para la definición de terrorismo. En primer lugar, yace el elemento político, pues el objetivo del terrorismo es afectar las relaciones existentes dentro de la sociedad o las relaciones internacionales entabladas por los Estados. En segundo lugar, está el uso o amenaza de violencia, debido a que el terrorismo está destinado a crear o mantener un estado de miedo en la población afectada. Este estado de miedo puede ser alcanzado a través de acciones concretas o por amenazas realizadas contra la población civil o los elementos de las fuerzas armadas. Por último, están los blancos de los ataques terroristas, los cuales pueden ser tanto propiedades privadas como públicas.



El inicio de la violencia terrorista conforme a la Comisión de la Verdad y Reconciliación puede ser fechado el 17 de mayo de 1980, cuando Sendero Luminoso quemó públicamente las ánforas electorales de las elecciones generales en el distrito de Chuschi, en Ayacucho (2003, pág. 60).

Luego, en 1982, dirigirá su lucha contra las Fuerzas Armadas, desencadenando el asesinato sistemático sea contra comuneros, policiales, miembros de las fuerzas armadas y de todo aquel que deseaba oponérsele. Estos ataques tenían la intención de generar repercusión en los medios de comunicación, así como dar un matiz de conflicto interno armado.

Cabe resaltar que, los medios de los que se valía Sendero Luminoso eran extremadamente violentos, procurando generar el mayor terror posible dentro de la población, sin guardar respeto a normas básicas sobre la guerra y los derechos humanos (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2003, pág. 54).

Sin embargo, la relación del terrorismo con el narcotráfico no se haría patente de inmediato, sino recién en 1983, cuando la policía antinarcóticos sufrió ataques con explosivos (Rubio, 2004, pág. 2). A partir de ese momento, el entonces presidente peruano, Fernando Belaúnde Terry, acuñó el término narcoterrorismo a las acciones ligadas tanto al narcotráfico como al terrorismo.

En este sentido, se puede afirmar que el terrorismo y el narcotráfico no se encuentran separados ya que “la estructura del mercado negro internacional donde se abastecen las organizaciones terroristas resulta muy difícil hacerse cliente de los traficantes de armas sin terminar siéndolo de los narcotraficantes” (Reinares, 2001, pág. 45).

De la misma manera se pronuncia la Administración para el Control de Drogas, en adelante DEA, por sus siglas en inglés, que afirma:

Los vínculos entre las organizaciones terroristas y los narcotraficantes son de varias formas, desde la facilitación, protección, transporte y tributación,



hasta el tráfico directo conducido por la organización terrorista para financiar sus actividades. Los narcotraficantes y los terroristas tienen necesidades logísticas similares, ya sea en material o el tráfico de bienes, personas o de dinero (2002, traducción libre).

De esta forma, el narcotráfico y el terrorismo mantienen una estrecha relación, podría decirse que es casi una simbiosis delictiva, en la que los más afectados son los campesinos que se dedican al sembrío de la hoja de coca, dado que no son beneficiados del rédito obtenido por el tráfico ilícito de drogas.

En este apartado, es importante resaltar que tanto el narcotráfico como el terrorismo no surgen de la nada, sino que tienen de tras, un contexto político, económico y social del cual emergen. En ese entendimiento, se puede encontrar la desigual distribución de renta que afecta al país principalmente, a la población de más bajos recursos, que vive en la sierra central o el llamado Perú profundo³. A ello, se le suma una relativa ausencia del Estado, arrastrada desde el virreinato y que continúa en la época republicana, además de los pocos recursos destinados al despliegue de las fuerzas armadas en esa zona. Estos elementos, favorecen la aparición y diseminación de grupos que operan fuera de la ley, que aprovechan el vacío dejado por el Estado para imponer su voluntad sobre la población local.

Asimismo, los efectos del narcotráfico no se restringen a la explotación que recae sobre los campesinos, sino que también se traduce en otras actividades ilícitas, “tales como el tráfico de armas, el lavado de dinero, la prostitución, los juegos de azar y permite la difusión de esas prácticas a nuevos mercados” (Amaya & Silva, 2003, pág. 19).

De esta forma, se corrompe paulatinamente a la sociedad generando un círculo

³ Se entiende por Perú profundo a aquella región de la sierra, generalmente sierra central, que está abandonada por el Estado peruano, o que muestra pocos vestigios de la presencia estatal. Esta ausencia del Estado se traduce en falta de servicios básicos, falta de educación escolar, desnutrición y problemas de alcoholismo. Asimismo, la mayoría de la población es quechua hablante, lo que dificulta, aún más, el acceso a la información en esta región olvidada.



vicioso donde es gestada. Los campesinos gastan su salario en las “diversiones” disponibles en su poblado, por lo que se ven en la necesidad de seguir cultivando la coca para pagar sus deudas, así como por la coacción que sufren por parte de los narcoterroristas.

Por ello, es importante que la actuación del Estado sea firme y coherente con la realidad vivida por los campesinos en el día a día. No se puede tratar de imponer una política planificada desde la capital, sin comprender que las necesidades que se tienen que suplir en el campo son diferentes de las necesidades de la ciudad.

Conclusión

La lucha contra el terrorismo es una gran tarea que todos los gobiernos están obligados a atender. Si bien es cierto que la captura, en 1992, de Abimael Guzmán, líder de Sendero Luminoso, así como la Operación Chavín de Huántar llevada a cabo en 1997, le restó fuerza al terrorismo, se debe comprender que éste todavía no ha muerto. Ahora el propósito de su lucha cambió, debido a que encontraron nuevas formas de financiamiento. De esta forma, ha mutado hasta convertirse en un narcoterrorismo.

El VRAEM es una región donde la presencia del Estado es poca o nula, incapaz de imponer su imperio, por lo que los terroristas de Sendero Luminoso se asociaron a los narcotraficantes o asumieron ese papel. Por consiguiente, los narcoterroristas son capaces de operar sin control, sustituyendo el vacío dejado por el Estado. Además, el cultivo de hoja de coca se presenta como la única alternativa económica para el campesinado, por lo que no existe otro modelo de desarrollo para ellos, sino colaborar con los narcoterroristas, sea de forma voluntaria o forzada.

Por consiguiente, las políticas del Estado peruano tienen que estar dirigidas en dos direcciones: en primer lugar, la erradicación total de los grupos antisubversivos que pretenden desestabilizar las instituciones del Estado. En segundo lugar, incentivar los cultivos alternativos, tales como el café o el cacao, que ya mostraron



su efectividad en décadas pasadas.

Así mismo, a nivel regional, la lucha contra el narcoterrorismo no será resuelta sólo por el Estado de origen. Es necesario contar con la ayuda de los demás países de la región, ya que estos problemas se pueden expandir más allá de las fronteras nacionales, convirtiéndose de esta forma, en un problema que amenace la seguridad regional. Es por ello que urge la cooperación entre los Estados de la región para elaborar respuestas conjuntas, con el objetivo de parar su diseminación.

Referencias

- Amaya, A. y Silva, D. (2003). Terrorismo y narcoterrorismo: el caso de Colombia. *Fronteira*, 2 (4), 7-27.
- Comisión de la Verdad y Reconciliación (2003). Informe Final. Recuperado de: <http://cverdad.org.pe/ifinal/>. Perú.
- Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (2012). Estrategia Nacional de lucha contra las Drogas 2012-2016. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8FE34E42B623D47805257CAF00528280/\\$FILE/Estrategia_Nacional_Lucha_ContraDrogas_2012_2016.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8FE34E42B623D47805257CAF00528280/$FILE/Estrategia_Nacional_Lucha_ContraDrogas_2012_2016.pdf)
- Crenshaw, M. (2000). The Psychology of Terrorism: An agenda for the 21st Century. *Political Psychology*, 21(2), 405-420.
- Organización de los Estados Americanos. (2002). Convención Interamericana contra El Terrorismo. Recuperado de: http://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/docs_esp/agres1840_02.htm
- Decreto Ley n.º 25475. Diario Oficial *El Peruano*, Lima, Perú, 6 de mayo de 1992.
- Decreto Ley n.º 22095, Diario Oficial *El Peruano*, Lima, Perú, 21 de febrero de 1978.
- Drug Enforcement Administration. (2002). Narco-Terror: the worldwide connection



between drugs and terror. Recuperado de: <http://2001-2009.state.gov/p/inl/rls/rm/8743.htm>

Forst, B. (2008). *Terrorism, Crime and Public Policy*, Cambridge University Press.

Ganor, B. (2009). Terrorism in the Twenty-first Century. En ShmuelShapira, (Ed.), *Essentials of Terror Medicine*(pp. 13-26). Nueva York: Springer-Verlag.

Lutz, J. y Lutz, B. (2005). *Terrorism: Origins and Evolution*, Palgrave Macmillan.

O'Brien, P. (abril-junio de 2008). Coca y violencia en la historia y el presente del VRAE. *Quehacer*, (170), pp. 30-44.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2015). Perú: Monitoreo de Cultivos de Coca 2014. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/crop-monitoring/Peru/Peru_Informe_monitoreo_coca_2014_web.pdf.

Reinares, F. (2001). *Patriotas de la muerte. Quienes han militado en ETA y porqué*. Madrid: Taurus.

Rubio, M. (2004). Narcoterrorismohispano: ETA, drogas y guerrillas latinoamericanas, *Instituto Universitario De Investigación Sobre Seguridad Interior*, 1-12.

Saul, B. (2006). The legal response of the League of Nations to Terrorism, *Journal of International Criminal Justice*, 4 (1), 78-102.





Artículo de revisión

La esclavitud del siglo XXI en Paraguay, con referencia al derecho penal de España

The 21st Century version of slavery in Paraguay, with reference to Spanish criminal law

Tembiguái reko Siglo XXIpe Paraguáype, oñembohovake España pegua derecho penalndi

*Leticia Rossana Casaccia Ocampos**

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

*María Eusebia Segovia Cabrera Viedma***

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

Recibido: 03.03.17- Aceptado: 03.08.17

Resumen

El nombre más apropiado para lo que significa la trata de personas es esclavitud del siglo XXI, que fue conocida y abordada en sus inicios como un problema de prostitución, de carácter más bien moral que legal. Por siglos, este hecho no fue

Investigación basada en el *Trabajo monográfico Tráfico y trata de personas: la esclavitud del Siglo XXI en la República del Paraguay*, con una referencia al derecho español, presentado a la Universidad de Salamanca, España, en el XXXVII Curso de Especialización en Derecho Penal por la Abg. Leticia Rossana Casaccia Ocampos.

* Leticia Rossana Casaccia Ocampos. Jefa de Departamento, Dirección de Asesoría Jurídica. Ministerio Público. Asunción, Paraguay. Email: leticiacasaccia95@hotmail.com

Egresada de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Notaria y Escribana Pública por la misma universidad. Docente Universitaria. Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay. Realizó estudios de postgrado a nivel nacional e internacional, entre ellos: Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires – UBA, Argentina y el Sistema Penal “Crímenes transnacionales y corrupción”, Universidad de Salamanca, España.

** María Eusebia Segovia Cabrera V. Jefa de Departamento, Dirección del Programa de Protección a Testigos. Ministerio Público. Asunción, Paraguay. Email: astreaxxi@hotmail.com.

Egresada de Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Magíster en Planificación y Conducción Estratégica Nacional, Instituto de Altos Estudios Estratégicos, Paraguay. Docente universitaria. Realizó estudios de postgrado a nivel nacional e internacional en Derecho Penal, Derechos Humanos, Inteligencia Estratégica, Administración de Justicia y Gestión Pública, con estancia de estudios en Colombia y China Taiwán. Integrante del plantel de Investigadores del CEMP.



relevante para el derecho penal hasta el momento que se rompen los paradigmas con la influencia de los derechos humanos, y se transversaliza toda actuación del Estado. En la presente investigación se desarrollan los puntos más resaltantes de la tipificación de trata de personas en Paraguay, su complejidad como parte del crimen organizado y la definición universal de este hecho punible, imprescindibles al momento de la investigación, así como su contraste con el derecho español y en la armonización legislativa internacional lograda gracias al Protocolo de Palermo.

Abstract

The most accurate definition for human trafficking is “the 21st Century version of slavery”. This felony was known and approached, at the beginning, as a problem of prostitution, of a rather moral than legal nature. Over centuries, this felony offense was not important for criminal law, until the moment when paradigms change, with the influence of human rights, and the intervention of the State becomes transversal. The present research develops the highlights of the criminal classification of human trafficking in Paraguay, its complexity as a part of organized crime and the universal definition of this felony offense - which is essential when prosecuting it- and its contrast to Spanish law, as well as the international legal alignment, achieved due to the Palermo Protocol.

Ñembyapu’a

Oñemoĩta ramo peteĩ téra ho’a porãvéva pe tapicha jegueraha rehe ikatu ja’e “tembiguái reko siglo XXI pegua”, kóva yma ñeepyryrãme noñemomba’e guasúi vaekue, oje’ente hese ha’e tapicha reko vaíva rembiapo, ha ojehecha ichupe teko



marârõnte ndopokóiva hese léi. Yma iterei guive ko mba'e ndojehecháiva voínte tuicha mba'eha derecho penalpe guarã, ko'ãga rupi aénte ojehecha ambuevéma ramo yvypóra derecho ojehechakuaáma avei ko'ã mba'eta ha'eha avei Estado rembiapo. Ko investigaciõnpe ojehechauka umi mba'e tekotevêvéva ojehechakuaa mba'éichapa hína upe tapicha jegueraha oje'eha, Paraguáype, ha'eha peteĩ apañuãi tuicha ha oñemohatáva ohóvo ha ojekuaauka porã kóva ha'eha peteĩ tembiapo vai tekovêva léi ocastiga, umi mba'e oñekotevêva oñeinvestiga haguã ha avei ombojovake hína mba'épa he'i derecho España mba'éva ha avei oheka ha omoirũ lei internacional kuérandi Protocolo de Palermo rupive.

Palabras clave: trata de personas, esclavitud del siglo XXI, Protocolo de Palermo, revictimización, tipo penal, Paraguay, España.

Keys word: human trafficking, 21st Century version of slavery, Palermo Protocol, re victimization, criminal classification, Paraguay, Spain

Ñe'ẽ apytere: yvypóra jegueraha, tembiguái reko siglo XXI pegua, Protocolo de Palermo, jehasavairasy jey, tipo penal, Paraguay, España.

Introducción

El abordaje de la problemática de la trata de personas toma importancia con la influencia de los derechos humanos que cambiaron el paradigma a nivel universal al resaltar la dignidad humana; y su necesidad de protección estatal en todos los niveles y de toda forma de violencia y discriminación.

Durante siglos, la trata de personas estaba invisibilizada detrás de un problema moral que preocupaba a la entonces sociedad tradicional y conservadora, que castigaba socialmente la prostitución pero, no se preocupaba de indagar el



comercio cada vez más creciente de la explotación sexual.

El vocabulario que, por su contenido significativo, es el más apropiado para definir a la trata de personas la esclavitud del siglo XXI, porque aun tratándose de un ser humano libre, gracias a la proscripción de la esclavitud por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no puede ejercer materialmente esa libertad por estar bajo dominio absoluto de otro ser humano que, aprovechándose de cualquier circunstancia, lo explota sexual o laboralmente.

La definición jurídica de la trata de personas es fundamental para la interpretación de todos aquellos que aplicarán la norma, sea esta penal, civil o de carácter administrativo, es importante unificar los conceptos de manera que las acciones sean uniformes, coordinadas para una cooperación jurídica que facilite el resultado esperado: rescatar a las víctimas, sancionar a los autores, cómplices e instigadores y decomisar el activo fruto de este hecho punible.

La tipificación de cada una de las formas que puede darse a la trata de personas se corresponde al Principio de Legalidad, punto inicial para una persecución penal eficaz por parte del Ministerio Público de la República del Paraguay como titular de la acción penal pública, conforme al mandato constitucional y legal.

Si bien se sostiene que el derecho penal debe ser la última respuesta del Estado ante determinadas conductas, en la trata de personas – clasificado, como crimen organizado – cada una de las conductas y situaciones deben ser sancionadas, incluso la tentativa, por ello se hace, en el presente trabajo, una mención especial a la Ley n.º 4788/2012 Integral contra la Trata de Personas de la República del Paraguay.

Este hecho punible es muy complejo, por lo que, en esta investigación se citan y señalan, de manera general, los elementos constitutivos de los tipos penales de la trata de personas sancionados en el ordenamiento jurídico penal paraguayo, para analizarlo y relacionarlo con las normativas internacionales como el Protocolo de Palermo.



Como punto de referencia de la Unión Europea se hace una breve mención al derecho penal español sancionado en el año 2015, así como a las acciones que el Reino de España ha tomado para abordar la problemática a partir del trabajo interinstitucional y la cooperación internacional.

Finalmente, se pretende interpretar con un enfoque integrador el fenómeno criminológico de la trata de personas, a partir de los datos estadísticos, la conceptualización, el análisis en general de los tipos penales, sin dejar de resaltar el nuevo paradigma de la atención y protección a las víctimas de trata de personas.

Antecedentes

A mediados del siglo XX, la Organización de las Naciones Unidas fue la primera que reconoció y se preocupó por el hecho de la trata de blancas, con un enfoque eminentemente relacionado con la explotación sexual (A. Bautista Bravo. 2015), por el impacto internacional que este reconocimiento y preocupación representan, se vuelve irreversible el compromiso de los Estados partes en iniciar las reformas de las políticas de persecución penal de este fenómeno.

Este punto inicial de abordaje de la problemática abarcó únicamente el traslado de personas fuera de las fronteras nacionales, es decir, se enfocó la punibilidad para el tráfico internacional de la llamada trata de blancas con fines de explotación sexual. Posteriormente, desde el año 1910, se visibilizó la posibilidad de referirse a la trata de blancas también dentro de las fronteras de cada país e inclusive ir un poco más allá estableciendo el trabajo forzoso, cuya condición se evidenció en el Convenio del año 1930 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT n.º 29.

Desde el principio, se percibió una estrecha relación entre los conceptos: tráfico, internacional, prostitución y esclavitud. La conceptualización de la trata de mujeres desde el punto de vista de la prostitución se consolidó en el año 1949, con la aprobación del Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, de la Organización de las Naciones Unidas.



Este precedente legal para la regulación internacional de la trata de personas originó muchas dificultades para la opinión jurídica y social, por la confusión en el tratamiento indistinto de la trata y de la prostitución, sin embargo, no se puede desconocer que fue favorable a la protección de las víctimas.

Definición Universal de la trata de personas

Según el Protocolo de Palermo de las Naciones Unidas – ONU (ratificado por Ley n.º 2396/2004), en su artículo 6 a) se entiende por trata de personas:

La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud sus prácticas análogas, la servidumbre o la extracción de órganos.

Al tomar conciencia acerca del impacto del hecho punible de trata de personas, los Estados, a través de este instrumento de las Naciones Unidas, ratificado por más de 149 países, han consensuado y se han adherido al concepto – ya universal – de trata de personas, incluyendo como una de sus formas la explotación sexual.

A partir de la tipificación universal de la trata de personas se inicia todo un proceso de reforma legal a fin de que los Estados ajusten sus políticas a los lineamientos de la ONU. Definir lo que comprende este hecho punible, advierte la complejidad tanto en las conductas como en las modalidades que pudieran presentarse, punto central para iniciar una lucha integral contra la denominada esclavitud del siglo XXI.

Es importante acotar, que así como la uniformidad en la conceptualización del hecho punible de trata es de relevancia, inmediatamente después de esta se halla



la definición de víctima, que es independiente de la individualización de los autores, cómplices o instigadores y a la presunción de inocencia que los rige durante el proceso penal; consensuada con las Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos, de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos – AIAMP, del año 2008, Capítulo I Tratamiento de las víctimas, al señalar:

Los sistemas jurídicos y las estructuras en las que actúa el Ministerio Público no pueden conformarse con asumir un concepto restringido de víctima que se limite a contemplar como tal al sujeto pasivo de una conducta delictiva. La realidad del delito genera la existencia de víctimas directas e indirectas, pasando a serlo cualquier afectado por su comisión. En definitiva, víctima es cualquier persona que ha sufrido menoscabo en sus derechos como consecuencia de un delito.

A partir de esta definición de víctima se desprenden las acciones para su atención y protección, al tiempo de guiar el actuar del órgano encargado de la persecución penal, el Ministerio Público; pues es un consenso internacional que aparte de la promoción y ejercicio de la acción penal para sancionar el hecho punible de trata de personas, corresponde a dicha institución la atención y protección de la víctima.

El fenómeno de la esclavitud del siglo XXI

Del Protocolo de Palermo y del Manual de intervención en la trata de personas se infiere como opera este tipo penal desde la captación, momento del contacto de la red de tráfico con la víctima; el transporte, la movilización de la víctima – dentro o fuera del territorio de un Estado – hasta el lugar de destino; para finalmente, llegar a la acogida y recepción, es decir, el momento de la llegada de la víctima al lugar donde será explotada.

Cada una de las fases opera de forma interdependiente, una está supeditada a la otra, aunque cada una se realiza de forma autónoma y separada de la etapa



antecedente o subsiguiente. Es una verdadera empresa de tráfico, la diferencia está en que no se trata de objetos, sino de seres humanos, que incluso pueden abandonar su lugar de origen bajo el ropaje legal, pues compran sus pasajes, realizan los trámites migratorios, etc.

Si se recurriera a la *conditio sine qua non* para explicar el ciclo de este fenómeno, se llegará a develar la realidad: si no existieran demandantes o clientes que pagan por determinado servicio, no existirían los explotadores; si no existieran los explotadores, no existirían los que transportan y sin estos, no existirían los captadores y viceversa, hasta llegar a los explotadores, relación de “oferta – demanda”.

De ahí la complejidad de la lucha, donde la penalización de las conductas no es la única vía para combatirla, si no va acompañada de cambios en los valores de la sociedad (sensibilización y concienciación) y en el decomiso de los activos obtenidos por los explotadores o miembros de la red de tratantes.

Además de lo expresado, los traficantes hacen uso de ciertas modalidades para realizar las conductas mencionadas en el Protocolo de Palermo, tales como la amenaza (dirigida contra ella o sus seres queridos), el uso de la fuerza (violencia física, psicológica y emocional) u otras formas de coacción, rapto, secuestro, fraude, engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, pagar o beneficiar para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otro (padres con relación a sus hijos o tutores en relación a sus pupilos o curadores en relación al incapaz bajo su cuidado o líderes de comunidades de pueblos originarios con respecto a los miembros de su comunidad).

Al desarrollarse la estructura estilo empresarial utilizada por la red de tratantes y sumado a las distintas modalidades, terminan por anular a la víctima, todo recurso o medio que le permita al traficante seguir explotando a la víctima por un tiempo indefinido, es el secreto que lo vuelve altamente lucrativo, detrás de la venta de armas y del narcotráfico (<http://www.bogotahumana.gov.co>, 2017, Trata de



personas) es la pura cosificación del ser humano; al usarlo sin desgastarse, genera ganancias, lo vuelve esclavo, que es el peor atentado contra la dignidad humana.

Al ser rescatada la víctima, la medida de protección más eficaz es preservar su identidad y evitar su exposición a los medios de comunicación masiva. Para ello, es imperativo que el investigador arbitre inmediatamente los medios a su alcance para impedir que se tomen fotografías o que por cualquier otro medio se capte la imagen de la víctima, se graben sus voces o cualquier otra forma que permita individualizarla. Esta protección obedece al reconocimiento de la víctima como sujeto de derecho y no solo como objeto de prueba.

En caso de que sea imprescindible la exposición de la víctima, para su participación en actos o diligencias, el agente fiscal podrá arbitrar las medidas necesarias para evitar la identificación física, así como el uso de paneles, biombos, la caracterización¹ u otras medidas procesales como la prueba anticipada o la excepción al Principio de Oralidad al momento de realizarse el juicio oral y público, a fin de garantizar su seguridad así como el acceso efectivo a la justicia, evitando la revictimización².

Obligación del Estado paraguayo

La República del Paraguay asume su primera cuota de responsabilidad, que es legislar, ante un compromiso internacional al cual no puede estar ajeno, pues constituiría una violación a los derechos humanos por omisión. Así, el país fue observado en varios informes y llegó a formar parte de la lista de países bajo

1 La caracterización que consiste en el cambio de imagen momentáneo, de la persona, a través del maquillaje, peluquería, implantes y vestuario, con el fin de que la persona no pueda ser reconocida por su aspecto. Se utiliza como medida de protección a fin de proteger la imagen de la persona y que la misma pueda acudir a la sede fiscal o a los Tribunales o transitar libremente; así como distorsionador de voz en la audiencia o comunicación, etc.

2 Ley Orgánica del Ministerio Público de la República del Paraguay: Arts. 10 “protección”, 45 “acceso a la justicia”; Ley 4788/12 “Integral contra la trata de persona”: Art. 39 “Del acceso a la justicia de víctimas de la trata de personas”; Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, Sección 4º, Reglas 34 “Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia” y 37 “Anticipo jurisdiccional de Prueba”.



vigilancia especial de los Estados Unidos (<https://www.oas.org/atip>, La Trata de personas en Paraguay, 2004)

El Código Penal, sancionado en el año 1997, esbozó las primeras conductas relacionadas a la trata de personas (Art. 129), cuyos tipos penales fueron ampliados por Ley n.º 3440/2008, bajo influencia del Protocolo de Palermo. Bien se afirma que existe un antes y un después en la tipificación y abordaje de la trata de personas en Paraguay a partir del año 2004, año de ratificación de este instrumento internacional.

Todo el proceso de sensibilización y de discusión en mesas interinstitucionales llegó a su culminación cuando el Congreso de la República del Paraguay sancionó la Ley n.º 4788/2012 “Integral contra la trata de personas”, que en su artículo 1º menciona:

La presente ley tiene por objeto prevenir y sancionar la trata de personas en cualquiera de sus manifestaciones, perpetrada en el territorio nacional y en el extranjero. Es también su objeto el proteger y asistir a las víctimas, fortaleciendo la acción estatal contra este hecho punible.

Con esta normativa, se establecen las políticas públicas con relación a la prevención, investigación, sanción del tipo penal de trata de personas, al tiempo de diseñar un modelo de atención y protección a las víctimas, como una respuesta integral del Estado paraguayo, en fiel cumplimiento de su obligación como garante de los derechos humanos.

La ley establece lineamientos claros y precisos para la persecución penal de la trata de personas, se señala como una de las novedades la confidencialidad de la información con respecto a las víctimas; incluso se estableció una sanción en caso de que un funcionario público incumpla esta disposición. También se estipuló la protección integral tanto física como psíquica de las víctimas, familiares, testigos, peritos, investigadores, entre otros, dentro del Programa de Protección a Testigos (creado por ley n.º 4083/2011)



La evolución en la lucha contra la trata de personas como forma de crimen organizado transnacional en el Paraguay queda plasmado en el enfoque multifueros de la ley, previendo incluso la indemnización civil emergente para la víctima, tipificando todas las conductas penalmente relevantes³, se citan a continuación las principales:

- Tipificación de la trata de personas (Art. 5): con la descripción de todas las conductas previstas en el Protocolo de Palermo y ampliándolas.
- Circunstancias agravantes (Art.6): referente a las modalidades empleadas por los tratantes al realizar cualquiera de las conductas tipificadas.
- Circunstancias agravantes especiales (Art. 7): cuando exista concurso de agravantes, cuando del hecho participara un familiar de la víctima, cuando se trate de una red con las características del crimen organizado e incluso cuando el autor actúe comercialmente.

Análisis de subsunción de los tipos penales

El análisis de subsunción será desarrollado de manera general de los principales tipos penales citados en el apartado anterior, a efectos ilustrativos, señalando el cumplimiento de cada presupuesto de la punibilidad y resaltando algunos artículos de la Ley Integral, a partir del cual surge la obligación del Ministerio Público de iniciar la persecución penal⁴.

Como lo establece Roxin (2000), al primer nivel de análisis, se encuentra la tipicidad, que a su vez se desprende en:

- a) Tipo Objetivo: son los elementos que se encuentran en el mundo exterior y

³ Igualmente, se han tipificado los siguientes hechos punibles: Artículo 8°.- Obtención de beneficios por la trata; Artículo 9°.- Negación de documentación personal; Artículo 10.- Ocultamiento de paradero; Artículo 11.- Intervención indirecta; Artículo 12.- Lavado de dinero; Artículo 13.- Revelación de identidad y el Artículo 15.- Concurso de hechos punibles.

⁴ Código Procesal Penal paraguayo Art. 18 y Ley Orgánica del Ministerio Público, Art. 5.



son ajenos al autor, los cuales se citan a continuación:

Objeto: es aquello sobre lo que recae la conducta (ser humano, propiamente su cuerpo atentando contra los bienes jurídicos: integridad física, libertad, la autonomía sexual, entre otros)

Resultado: el cambio ocurrido en el mundo exterior como consecuencia de la conducta. Como se desprende del artículo 5 de la Ley Integral, en las conductas de captación, transporte o traslado e incluso hasta la recepción o acogida aún no se produce el resultado (explotación sexual, laboral o extracción ilícita de órganos o tejidos) por ello se los considera conductas de mera actividad, punibles por su sola realización.

Nexo Causal: relación entre el objeto y el resultado. En este punto, conviene resaltar que, al estar ante un hecho punible de mera actividad, no existe resultado y, por tanto, no requiere del análisis del nexo causal, puesto que la sanción de la conducta es independiente a la ocurrencia o no del resultado “explotación”.

La modalidad de la conducta: es la forma en que se desarrolla la conducta. En el tipo base, no requiere la modalidad para su configuración, la cual si es requerida para la sanción en los términos del Art. 6 como un tipo penal agravado.

Otras circunstancias exteriores al hecho: son elementos particulares externos que se dan en algunos tipos penales (en los tipos penales de trata de personas no se requiere).

Elementos objetivos requeridos en el autor: es la cualidad especial que debe reunir el autor del hecho en aquellos tipos penales en los que la ley penal lo exige. En el tipo penal base de trata de personas no se exige una cualidad especial en el sujeto activo, por lo que puede ser cualquiera.

Ahora bien, si el sujeto activo reúne la calidad de familiar de la víctima,



dicha circunstancia constituye un tipo penal agravado por esta cualidad, previsto como tipo penal agravado especial, en el Art. 7.

b) Tipo Subjetivo: es el elemento interno que se halla en el sujeto activo (autor, cómplice o instigador). Para dicho tipo, deben ser analizados los siguientes aspectos:

Dolo: saber y querer realizar los elementos objetivos del tipo.

Aspecto cognoscitivo: conocer todos elementos objetivos del tipo (preguntarse si se representaba cada uno de ellos y si se representaba como seguro o como posible).

Aspecto volitivo: anhelaba o no anhelaba.

La trata de personas es un hecho punible doloso, que puede verse plasmado al inicio de la descripción de la conducta: el que con el propósito de someter a otro a (...), por lo que debe reunirse en el sujeto activo ambos aspectos: cognoscitivo y el volitivo, independientemente ante qué grado de dolo se esté. La demostración del propósito o la finalidad corresponde al campo eminentemente procesal, por ello no se admite la conducta culposa en los tipos penales de trata de personas.

También pueden valorarse otros elementos, tales como:

Elementos subjetivos adicionales: son otras circunstancias internas del autor, que deben ser analizadas, además del dolo, como por ejemplo actuar comercialmente es considerado una conducta agravante especial y se sanciona con un marco penal elevado, en el Art. 7.

Al segundo nivel de análisis y luego de verificar la ausencia del error de tipo⁵, se pasa al estudio de la antijuridicidad. Aunque un hecho sea típico, el mismo

⁵ Art. 17 del Código Penal paraguayo Error sobre circunstancias del tipo legal: 1º No actúa con dolo el que al realizar el hecho obrara por error o desconocimiento de un elemento constitutivo del tipo legal. Esto no excluye la punibilidad en virtud de una ley que sanciona la conducta culposa (...)



puede no ser antijurídico, para ello el ordenamiento jurídico establece permisos legales, que se denominan en doctrina causas de justificación⁶.

En un tercer nivel de análisis, se halla la reprochabilidad⁷. Una conducta que sea típica y antijurídica solo puede ser castigada cuando la persona tenga la capacidad de comprender el hecho que realiza y toma la decisión de cometerlo.

La reprochabilidad tiene dos aspectos:

a- Aspecto cognoscitivo: El hecho es típico, antijurídico, pero el autor no es reprochable, si al realizar el hecho, desconoce la antijuridicidad de su conducta⁸.

b- Aspecto volitivo: La persona que ha cometido un hecho típico, antijurídico, conoce la antijuridicidad del hecho, pero no tiene la capacidad de motivarse conforme a ese conocimiento.

El último y cuarto nivel de análisis es la punibilidad. La trata de personas es punible, cuyo marco penal dispone como pena principal la pena privativa de libertad, no se admite la pena de multa. Sin embargo, se admiten las penas de carácter patrimonial e incluso el comiso, así como la privación de beneficios.

La tentativa en la trata de personas es punible, puesto que el marco penal lo clasifica como crimen al superar la pena del tipo base los cinco años de pena privativa de libertad, bajo los términos del Código Penal, Parte General que regulan la punibilidad de la tentativa inacabada y acabada, así como las reglas para el desistimiento.

La existencia de los presupuestos de la punibilidad no significa necesariamente que se aplicará una pena o medida, porque el Código Penal (que rige en términos generales para esta ley especial en todo lo que esta no disponga algo distinto)

6 Art. 14 del Código Penal paraguayo, inciso 1º, numeral 4 Hecho antijurídico: La conducta que cumpla con los presupuestos del tipo legal y no esté amparada por una causa de justificación (...)

7 Art. 14 del Código Penal paraguayo, inc. 1º, num. 5 Reprochabilidad: Reprobación basada en la capacidad del autor de conocer la antijuridicidad del hecho realizado y de determinarse conforme a ese conocimiento (...)

8 Art. 22 del Código Penal paraguayo Error de prohibición: No es reprochable el que al realizar el echo desconozca su antijuridicidad, cuando el error le era inevitable (...)



reconoce situaciones en las cuales por una decisión del legislador se decide que la conducta no será sancionada o que se exime de pena y medida, tal situación está presente también en la Ley n.º 4788/12:

No punibilidad (Art. 14): Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificare.

Interpretar este artículo, en sentido amplio, es de una relevancia penal singular, puesto que, como se ha expuesto al inicio, las víctimas de trata de personas luego de ser rescatadas eran sometidas a un proceso penal por ejercer la prostitución o producción de documentos no auténticos o entrada ilegal a un país, o por estar indocumentada.

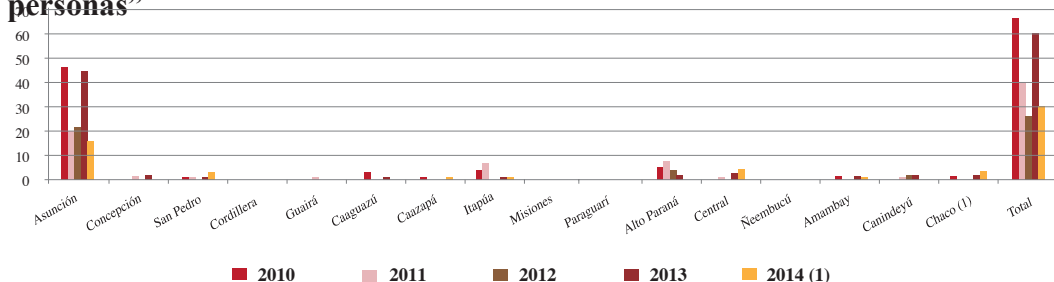
Esto significaba una doble victimización y representaba un retroceso en la lucha contra la trata de personas, porque si bien se ha avanzado en la tipificación de la trata, se ha comprobado que las víctimas no realizan las conductas en libertad, conocimiento, consentimiento ni voluntad, sino que existen vicios en la libertad (engaño, amenaza, coacción en la voluntad o aprovechamiento del estado de vulnerabilidad).



Datos estadísticos

De manera a contar con un panorama criminológico de este tipo penal en paralelo con la vigencia de la Ley Integral, se observan los siguientes cuadros:

Gráfico 1. Cantidad de causas ingresadas por el hecho punible de “Trata de personas”



Fuente: Departamento de Estadística. Dirección de Planificación. Año 2015.

(1) Los datos corresponden hasta el mes de octubre de 2014.

Los años 2010 al 2014, desde el punto de vista de ingreso de causas penales al Ministerio Público son de relevancia para esta investigación por abarcar el tiempo antes (dos años) y después de la vigencia de la Ley Integral (tres años). Demostrando el comportamiento numérico una inestabilidad por cuanto no se muestran tendencias lógicas, de aumento o de disminución.

Asunción, capital del país encabeza el listado de mayor concentración de causas penales, seguida de los departamentos de Itapúa y Alto Paraná. El fenómeno que se observa entre estos lugares es el fácil acceso fronterizo para el movimiento migratorio, así como por los medios de transporte que disponen para el tránsito.

Según el estudio criminológico realizado por el Ministerio Público, la concentración de los hechos punibles de trata de personas se aprecia en las zonas fronterizas (datos estadísticos de los años 2009 - 2013) de Canindeyú, Alto Paraná, Asunción y notablemente de Caaguazú, que, si bien no es una zona fronteriza, por su posición estratégica se encuentra entre los dos departamentos de mayor índice de



ingreso de causas penales.

El mismo fenómeno se observa en los departamentos de Itapúa y Presidente Hayes, que ocupan el segundo lugar del grupo de departamentos con mayor concentración de causas penales de trata de personas.

Con respecto al año 2015, de los datos estadísticos de la Unidad Especializada de Lucha contra la Trata de Personas y Explotación Sexual Infantil, se observa que el hecho punible de trata de personas pasó a ocupar el segundo lugar en cuanto a la cantidad de causas penales ingresadas, superado ampliamente por el hecho punible de pornografía infantil

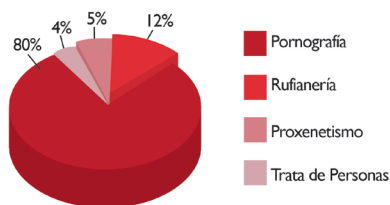
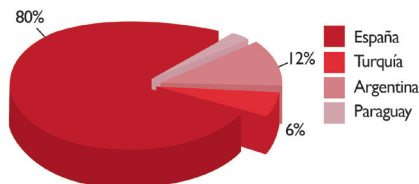
Ilustración 1. En cuanto a las víctimas rescatadas del tráfico internacional, España encabeza el listado.



Fuente: Atlas Criminológico del Ministerio Público. Año 2013.



Se observa que el 80% de las víctimas rescatadas a nivel nacional, son a consecuencia de la trata de personas.

Gráfico 2**HECHOS PUNIBLES MÁS DENUNCIADOS****Gráfico 3**

Fuente: Informe de Gestión del Ministerio Público 2015

Según los datos del año 2016, los hechos punibles de pornografía infantil resaltan por sobre los demás hechos punibles de competencia de la Unidad Especializada. De ahí surge el convenio con la organización internacional Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados (NC MEC), atendiendo la característica transnacional de los hechos punibles cometidos a través de internet, como la pornografía infantil.

Este hecho punible devela el aumento de la explotación sexual infantil y del abuso sexual infantil, realidad alarmante que merece un estudio criminológico para explicarlo.



Tabla 1

CANTIDAD DE VÍCTIMAS MENORES, SEGÚN HECHO PUNIBLE			
Hecho punible	Niñas	Niños	Total
Trata de personas	6	1	7
Proxenetismo	16	3	19
Pornografía	12	2	14
Total	34	6	40

Fuente: Informe de Gestión del Ministerio Público 2016

Según los datos de la Unidad Especializada, de las 82 víctimas atendidas, 40 corresponden a niños de 14 años para abajo y de estos, 34 son niñas.

Derecho comparado: España

La facilidad que la Unión Europea ofrece para Sudamérica es una tentación aprovechada por los captadores de trata, quienes conocen a la perfección la desburocratización en los trámites administrativos que hace el movimiento dinámico, fácil y rápido de los migrantes y se ha tornado en un problema no sólo de España sino de toda Europa (L. Arroyo Zapatero. 1998) Esta realidad provocó en España una reacción, cual es la vuelta a un control migratorio rígido para prevenir la trata de personas y disuadir a los tratantes de considerarla un país de destino, a la par de ejecutar campañas para la atención y protección de las víctimas de trata de personas.

En cuanto a los datos estadísticos, en toda la Unión Europea se ha contabilizado 23.632 víctimas, de las cuales la mayor cantidad son mujeres con vistas a una explotación sexual (62 %), aunque existan otras formas de explotación, como el trabajo forzado (25 %), el resto de las víctimas (13 %) lo son de otras formas de explotación como puede ser el tráfico de órganos (G. Bachoué Pedrouzo, 2015)



El estatus de víctima es otorgado por el Reino de España y representa a su vez un problema de interpretación e interpela el accionar de las autoridades encargadas de valorar el hecho para el otorgamiento de este Estado.

En España y en otros países (Suecia, Reino Unido o EE.UU.), ese status jurídico o de hecho solo se reconoce a mujeres y niñas que han sido forzadas a prostituirse, privando o limitando al resto de beneficiarse de las medidas de asistencia... la indiferencia social es el principal obstáculo en la detección de casos de trata, debido a la aceptación de cualquier actividad vinculada al proxenetismo en general que ignora las verdaderas circunstancias en que se desarrolla este hipócritamente llamado oficio más antiguo del mundo (Pobreza, desinformación, discriminación, drogadicción, desesperación). (Machado, 2014, Pag. 75)

Sin embargo, España se ha posicionado frente a la Comunidad Europea como modelo y referencia en la lucha contra la trata de personas, ha conformado La Red Española contra la Trata de Personas que está integrada por representantes de instituciones nacionales e internacionales.

Esta red fue creada a partir de la necesidad de poner en común los conocimientos, las buenas prácticas y las lecciones aprendidas; analizar la situación y trabajar conjuntamente para mejorar la asistencia y la protección de las víctimas y de esta manera luchar contra la trata desde los distintos ámbitos de trabajo; aunar esfuerzos, coordinar actuaciones para incidir en las políticas nacionales. (www.redcontralatrata.org, 2015, Red Española contra la Trata de Personas)

Así se produce la reforma penal con la Ley Orgánica n.º 1/2015, que modifica la Ley Orgánica n.º 10/1995 “Código Penal del Reino de España”, que integra los nuevos conceptos e institutos penales de la trata de personas en armonización legislativa con el Protocolo de Palermo, al igual que en Paraguay, incluyendo la captación, el traslado o transporte, la recepción o acogida, así como sancionando el lavado de activos, diseñando para ello a través de la Policía Judicial un esquema de



investigación patrimonial eficiente.

Conclusión

La comunidad internacional se ha dado cuenta de la complejidad del fenómeno de la trata de personas, por ello, se llega a la conclusión de que este hecho punible trasciende las fronteras de un país, requiriéndose la cooperación internacional en cuanto al intercambio de información y al enfoque en la atención, a través de la armonización legislativa.

Se resalta como fortaleza la tipificación penal del hecho punible de trata, que está presente en el ordenamiento jurídico paraguayo con la promulgación de la Ley n.º 4788/2012 Integral contra la Trata de Personas.

Se reconoce el avance normativo penal de la República del Paraguay al tipificar el hecho punible de trata y establecer cada tipo penal, además de las circunstancias relacionadas al lavado de activos y a la no punibilidad de la víctima de trata (doble victimización) así el nuevo paradigma de la atención y protección a la víctima como sujeto de derechos humanos ante el Estado.

Sin embargo, como debilidad no puede desconocerse que no se han decomisado activos significativos, ni se han iniciado conjuntamente investigaciones de lavado de activos cuyo hecho punible precedente sea la trata de personas. Incluso, varias víctimas son utilizadas para comercializar drogas y sustancias estupefacientes, de ahí la importancia de fortalecer la coordinación institucional de las unidades fiscales para una persecución penal desde todos los ámbitos.

La trata de personas en el Paraguay constituye un fenómeno invisibilizado, limitado a la prostitución, que también puede revestir formas de criadazgo, culturalmente aceptado. Por ello es necesario iniciar campañas de sensibilización y concienciación en todos los niveles educativos y a los operadores del sistema de justicia sobre esta situación, así como de la pornografía infantil.



Por último, el modelo de la Red Española de lucha contra la trata de personas, tomado por la Comunidad Europea, ha dado sus frutos en la persecución penal de este hecho punible, cuyas buenas prácticas pueden adoptarse para superar las debilidades señaladas.

Referencias

- Arroyo Zapatero, Luis. Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos. Trabajo realizado y publicado a convocatoria de Klaus Tiedemann para abordar los problemas de la armonización del Derecho penal europeo y la elaboración de un catálogo de “eurodelitos”. Castilla - España.1998.
- Atlas Criminológico del Ministerio Público. Realizado por el Departamento de Estadística de la Dirección de Planificación y publicado por la Dirección de Comunicación y Prensa. Asunción - Paraguay. 2013.
- Bachoué Pedrouzo, Géraldine. La acción de la Unión Europea en materia de lucha contra la trata de seres humanos. Diario La ley n.º 1629. Salamanca - España. 2015.
- Bravo, Alliet Bautista. *La trata de personas: esclavitud del Siglo XXI*. Recuperado de <http://www.feminamericas.net/es/tematicas/pres-allietbautista- traite-e.pdf>
- Código Penal de la República del Paraguay.
- Código Penal del Reino de España.
- Código Procesal Penal de la República del Paraguay.
- Constitución de la República del Paraguay.
- Convención N°29 de 1930, de la Organización Internacional del Trabajo - OIT.
- Convención de las Naciones Unidas para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 1949.



Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 2000.

Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos, de 2008.

Ley Orgánica del Ministerio Público de la República del Paraguay, de 2000.

Machado Ruiz, Prof. Dra. María Dolores. Desmontando el discurso oficial sobre la trata de seres humanos. Foro FICP – tribuna y boletín de la FICP n° 1. 2014.

Manual de Intervención en la Trata de personas. Coordinación general: Lic. Graciela Zelaya. Secretaría de la Mujer de la Presidencia de la República. Elaboración y validación del manual: Abg. Lourdes Margarita Barboza y Abg. María Teresa Martínez. Centro de Estudios en Niñez y Juventud. Colaboración: Bernardo Puente Olivera. Diseño y diagramación: Comunicación Visual SRL. Corrección: Diego Brom. Primera edición. Asunción, Paraguay. 2006.

Ministerio Público de la República del Paraguay. Informe de Gestión. Publicación propia. Años 2015 y 2016.

Organización Internacional del Migrante – OIM. *La Trata de personas en Paraguay*. Recuperado de: <https://www.oas.org/atip>

Protocolo de Palermo, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. 2004.

Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, de las Naciones Unidas. 2006.

Roxin, Claus. Derecho penal, parte general. Tomo I. fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducido al español la segunda edición por Diego Manuel Luzón Peña Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Editorial Civitas, Madrid, España. Primera edición, 1997. Reimpresión 2000.

Trata de personas, tercer delito más lucrativo después de la venta de armas y narcotráfico. Recuperado de <http://www.bogotahumana.gov.co>.





Artículo original

Importancia de la recuperación de activos en la lucha contra el crimen organizado

The importance of asset recovery in the fight against organized crime

Tekotevẽ ojepe'a jey mba'evai apoháragui imba'erepy ombyatyva'ekue

*Sara Mariel Sosa Villalba**

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

Remitido: 11.06.17 Aprobado: 11.08.17

Resumen

La presente investigación trata del hecho punible de lavado de dinero, una problemática que afecta la economía y el desarrollo de los países en un contexto internacional, razón por la cual los Estados y las principales organizaciones internacionales centran su atención y esfuerzo para establecer herramientas y mecanismos efectivos que permitan su prevención, así como la persecución de los casos que se registran. Esto al considerar que dichos activos provienen de actividades ilícitas asociadas al crimen organizado y este hecho a su vez se encuentra relacionado con la corrupción. Una de las estrategias para luchar contra el lavado de dinero es la recuperación de los activos producidos tras el ilícito, cuando los ingresos

* Directora de Análisis y Evaluación Curricular del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público (CEMP). Asunción, Paraguay. Email: sara-sosav@hotmail.com

Abogada. Master en Migración, Refugio y Relaciones Intercomunitarias, por la Universidad Autónoma de Madrid. Posgrados en: Las Relaciones Internacionales en el siglo XXI, Sociedad de Altos Estudios Internacionales. Madrid, España. Derecho Contencioso Administrativo, especialidad: derecho de Extranjería. Colegio de Abogados de Madrid y la Universidad Carlos III, Madrid, España. Especialista en Didáctica Universitaria y en Inteligencia Estratégica, Instituto de Altos Estudios Estratégicos – IAE, del Ministerio de Defensa. Asunción, Paraguay. Integrante del plantel de Investigadores del CEMP.



económicos de la persona no se justifican con una procedencia legal, ya que es una manera de debilitar a la organización criminal y además reforzar la pena privativa de libertad. Por lo tanto, con las herramientas legales vigentes se debe proceder a la recuperación en favor del Estado. La técnica utilizada para el estudio son las fuentes bibliográficas y documentales, a partir de normativas, doctrinas y jurisprudencias de carácter nacional e internacional. El objetivo general es analizar la importancia de la recuperación de activos como estrategia para combatir el crimen organizado en el Paraguay. Con ese fin, se estudia la relación existente entre el desarrollo de un país y la corrupción.

Abstract

The present paper deals with money laundering, a problem that affects economy and development of the countries in an international context, for this reason, the States and the main international organizations focus their attention and efforts on setting tools and effective mechanisms that enable its prevention, as well as on the prosecution of the cases involving money laundering. This is, considering the fact that those assets come from illegal activities related to organized crime, and this, in turn, to corruption. One of the strategies to fight against money laundering is through the recovery of assets generated after illicit facts -when someone's incomes are not from legal origin-, since that is a way to weaken criminal organizations and also to strengthen terms of imprisonment. Therefore, with the current legal instruments it is possible to conduct the recovery of assets in favor of the State. The methodology used for this study, is the bibliographical and documental research of norms, doctrines and jurisprudence both national and international. The main objective is to analyse the importance of asset recovery as an strategy to fight organized crime in Paraguay. To achieve this, the relationship between a country's development and corruption is studied.



Nembyapu'a

Ko investigaciónpe oñeñe'ẽ mba'e apovai hérava viru ñemopotĩ rehe, kóva peteĩ apañuái guasu oipy'apýva heta tetãme opoko mbarete rupi iñekonomíare ha ndohejaíva oñakãrapu'ã tetã nguéra. Upévore oñomoirũ Estadokuéra ha avei oĩháichagua atyguasu oĩva ambue tetãpyre ojuhu haguã pe pojoapy ha tembiapo tee ikatu haguãicha ojhapejoko ko mba'evai ha upéicha avei ohapykuere reka umi tapicha oikéva ko mba'e apovaípe.

Ojehechakuaávo opa mba'e repyeta ouha mba'e apovai rapykuéri ha oñomoirũva voi mba'evairã, ko mba'e ojuaju avei pokarẽ /corrupción rehe. Peteĩ tape ojejuhu va'ekue ojhapejoko haguã ko mba'evai ningo ojepe'apa mba'evairereko repyre osẽ va'ekue mba'evai'apo rupive, kóva ojehechakuaa upe tapicha ndaikatúi ramo ohechauka imba'erepyeta mamóguipa oguenohẽ, ojepe'áramo ichugui imba'erepy mante ikatúta oñemokangy ko'ã mba'evai apoha, ha upéva ári taimbarete hendive kuéra léi ani haguã ojepoi rei jeýnte ichugui kuéra. Upévore, ojeporu kuaáramo umi pojoapy léipegua ikatúntema ojepe'a mba'erepyeta ha toñembohasa Estadope. Umi técnica ojeporu va'ekue ojejapo haguã ko tembiapokuaa aty ningo ojehechapaite umi ojehaíva ojejapo va'ekue guive ko mba'evai rehe ojehechapaite umi normativa, doctrina ha jurisprudencia oĩva ñane retãpyre ha ambue tetãme avei. Pe ojehupytyseva ningo toñehesa'ĩjo tekotevẽha ojepe'a jey umi mba'erepyeta, upeícharõ mante ojhapejokóta mba'evai apoharépe ko Paraguay retãme.

Upevarã ningo oñehesa'ỹijo mba'échapa oho oñondive tetã akãrapu'arã peteĩ ha ambue tetãme.

Palabras clave: recuperación de activos, lavado de dinero, crimen organizado, corrupción, estrategia.

Key words: asset recovery, money laundering, organized crime, corruption, strategy.

Ñe'ẽ rapotee: ojepe'apa mba'evairereko repyr, viru ñemopotĩ, mba'e vai apoha joaju, corrupción, tembiapor átee.



Introducción

La recuperación de activos es una estrategia prevista y aplicada por los Estados para la restitución de los bienes cuyas procedencias no son justificadas según el ingreso o posibilidad económica de las personas físicas y/o jurídicas. Es una de las formas de combatir el crimen organizado, tales como: el financiamiento del terrorismo, el lavado de dinero, la trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, el contrabando, el tráfico de armas y otros que debilitan la seguridad nacional e internacional, así como, las recaudaciones que deben ingresar a las carteras del Estado.

El rescate de los bienes provenientes de las actividades ilícitas es una tendencia considerada y valorada positivamente ya que además de atacar la economía de las mafias es más efectiva que la privación de la libertad, tal como fue la experiencia de países que sufrieron fuertes represiones de bandas criminales conocidas a nivel internacional como: Italia, Colombia y los EE.UU. entre otros que optaron por aplicar medidas adicionales, además de la privativa de libertad para debilitar a esas organizaciones.

Con ese fin, esta investigación tiene como objetivo general: Analizar la importancia de la recuperación de activos como estrategia para combatir el crimen organizado, a los efectos de tener un acercamiento a la problemática a nivel mundial para contextualizar la situación actual. De la misma manera, se enfatiza a la coyuntura nacional.

La implicancia del crimen organizado por ser alto porcentaje de los activos provienen de dicha actividad, así como de la corrupción que se registra en cada país, considerada otra de las problemáticas que suscita una preocupación desde las más altas organizaciones a nivel global pues, su ejercicio en muchos países, en especial, en el de las naciones en vía de desarrollo, son los que registran las más altas consecuencias. Conforme al análisis de las diferentes informaciones emitidas por los organismos nacionales e internacionales, gubernamentales y no gubernamentales,



se puede observar que esta nebulosa, también afecta a los países emergentes y las de economías desarrolladas, aunque a éstas debilita menos al contar con habilidades y tecnologías innovadoras, eficientes y un mejor nivel de educación.

En ese orden de ideas, Paraguay muestra su interés en el inicio de la implementación, de esta causa como una prioridad, ya que si bien es cierto que como país se ha logrado mejorar la evaluación y la imagen internacional en lo que refiere a la voluntad puesta por el Estado, que se observa a través de la actualización de sus normativas y la creación de instancias gubernamentales para el trabajo de inteligencia y control del lavado de dinero, como es la Secretaria de Prevención del Lavado de Dinero o Bienes - SEPRELAD, la Unidad Especializada de Delitos Económicos y Anticorrupción, así como la Unidad Especializada contra el Lavado de Dinero, dependiente del Ministerio Público, normas de carácter internacional, la composición de importantes grupos de trabajo y otras redes que significan una integración y aplicación de trabajos a partir de la cooperación internacional, que en la actualidad constituye una herramienta de alta importancia para recibir e intercambiar información de diferentes niveles que aportan, en tiempo real, conocimientos que el decisor precisa para la toma de una decisión.

Contextualización de la problemática global

Es importante resaltar que el lavado de dinero es un hecho delictivo que tiene como fin engañar al Estado acerca de la procedencia de los bienes producto de actividades ilícitas existe desde tiempos remotos, pero sin contar con todas las normativas con las que actualmente se registra tanto en el ámbito nacional como internacional.

En ese sentido, las Naciones Unidas como organismo internacional trabaja con fuerza sobre esta problemática y con ese fin, realiza diferentes actividades para promover herramientas que puedan ser de utilidad contra esta práctica.

En el marco de la suscripción y firma de la Convención de la Naciones



Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) conocida como la Convención de Palermo, que constituye uno de los instrumentos más significativos para la lucha y control del crimen organizado transnacional al que llegaron los Estados, convencidos de la importancia de un trabajo coordinado y de la fortaleza que puede ofrecer la cooperación internacional que permita potenciar las fuerzas para combatir este crimen que supone una amenaza para la seguridad, garantía, desarrollo económico y social de los países.

En esa línea, La Oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, a través de la Convención de las Naciones Unidad contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos en el Prefacio se resalta cuanto sigue:

(...) la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas (2004).

Es indudable que la voluntad de los Estados y las organizaciones internacionales del ámbito universal, regional y en algunos casos bilateral, se centran en crear mecanismos que permitan un trabajo más efectivo con la implementación, uso de herramientas y nuevas tecnologías con el objetivo de combatir esta problemática actual que afecta a la población mundial.

La libre circulación y libertad para fijar residencia en cualquier punto del



mundo que pregona tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las distintas Cartas Magnas vigentes, las convenciones y los tratados internacionales, hacen cada vez más visible la necesidad que sienten las personas de formar parte de un mundo globalizado. Esta necesidad genera movimientos migratorios significativos que exponen a la vulnerabilidad a muchos sectores de la sociedad. Una de las situaciones más sensible es el caso de la trata de personas para la explotación sexual y laboral, considerada como una forma de esclavitud moderna y a la que están expuestas, de manera especial, las mujeres, niñas, niños y en los últimos tiempos resultaron víctimas varones, no solo para una explotación con fines laborales, sino para servicio sexual forzoso.

También muchos países registran casos de tráfico de personas con fines de sustracción de órganos que indudablemente representa una forma rápida y fácil de generar dinero ya que muchas veces resulta menos sospechoso que las otras actividades del crimen organizado como lo son el tráfico de armas, drogas, cigarrillos y el contrabando en general.

En ese sentido, es importante preguntarse qué relación guardan estos crímenes con el lavado de dinero y la recuperación de activos que puedan provenir de estas actividades. Es clara la vinculación, puesto que son algunas de las principales fuentes de activos con las que cuentan los criminales. Otros países enfrentan actos terroristas con frecuencia, situación que les coarta la libertad y les impide llevar una vida digna. Pues, los grupos delictivos no perdieron el tiempo para sacar partido de la economía mundial actual, así como de la tecnología sofisticada que la acompaña. En contrapartida, el esfuerzo por combatirlos es hasta ahora muy fragmentario y con las armas casi obsoletas.

En esa línea y con el fin de trabajar la seguridad y goce de los Derechos Humanos de los sectores vulnerables se realizó la Cumbre del Milenio, en la que



se identificaron necesidades fundamentales urgentes para lograr una sociedad más inclusiva y con una forma de vida más humana.

De esta actividad surgen “Los Objetivos para el Desarrollo del Milenio”, en los que se fijaron diferentes metas a nivel mundial a cumplirse en un plazo determinado. Al considerar la importancia y el nivel del desafío que implican las acciones, se realizó una reorganización de prioridades la cual se denominó La Declaración del Milenio y entre uno de sus principios se indica: “Los hombres y las mujeres tienen derecho a vivir su vida y a criar a sus hijos con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia”.

En la Cumbre del Milenio los dirigentes de todo el mundo proclamaron que: La liberación del temor y de la miseria era uno de los valores esenciales del siglo XXI.

No obstante, en todo el mundo hay millones de personas a quienes todavía se niega el derecho a vivir con dignidad y liberados del temor y de la miseria. Se niega ese derecho al niño que trabaja bajo contrato de cumplimiento forzoso, sometido a explotación, al padre que tiene que dar soborno para conseguir atención médica para su hijo o hija, a la mujer condenada a una vida de prostitución forzosa (2000).

Regulación y funcionamiento en el Paraguay

La Carta Magna vigente tiene un carácter protector y garantista ya que se diseñó después de varios años de dictadura, por el que se tuvo especial interés en velar por estos principios. Entre las declaraciones fundamentales, enfatiza que se constituye en Estado social de derecho. De la misma manera, en su art. 2 establece: “la soberanía reside en el pueblo que la ejerce, conforme con lo dispuesto en esta Constitución”. En su art. 6, refiere a la calidad de vida que deben tener los habitantes de la República y responsabiliza al Estado de su garantía y cumplimiento.

Estos principios básicos, de carácter general, son de suma importancia ya



que le confía aspectos fundamentales para el desarrollo armónico de sus habitantes, en condiciones dignas con derechos y circunstancias que implican la creación de políticas y estrategias para combatir, por ejemplo, una de las debilidades que afecta a la población que es la pobreza extrema. Son de público conocimiento el interés y las acciones que el gobierno realiza para paliarla, sin embargo, no resulta fácil erradicarla de una vez, ni en el plazo que fijó las Naciones Unidas en el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

Es allí donde radica una de las importancias de la lucha para la recuperación de activos, pues estos provienen de actividades ilícitas que perjudican significativamente el desarrollo de la economía. Cuando existe una evasión de impuestos, se afecta al fondo que debía emplearse para la creación de infraestructuras viales, hospitales, escuelas, espacios de ocio, seguridad interna, desarrollo de la cultura, etc. Esta situación crea una marcada desigualdad entre clases sociales exponiéndolas a discriminaciones y vulneraciones.

En ese sentido, Paraguay cuenta con varias normativas a nivel nacional y otras normativas internacionales como es el caso de la Ley n.º 4100/10, que aprueba el Memorando de Entendimiento entre los gobiernos de los Estados del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos (GAFISUD).

Así mismo, la Ley n.º 3783/ 09, que modifica varios artículos de la Ley n.º 10157/1996, que previene y reprime los activos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes, es una herramienta importante que en su art. 1º establece el ámbito de aplicación en los siguientes términos:

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.

En su art. 13, prevé acerca de los sujetos obligados y el art. 19, hace mención de la 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...”. Por otro lado, el art. 27, establece que 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...”.

Análisis sobre la percepción de la corrupción a partir de encuestas realizadas por Transparencia Internacional

Es importante destacar que la mayor encuesta de opinión pública sobre corrupción a nivel mundial, elaborada por la organización Transparencia Internacional en el año 2013, revela que más de uno de cada cuatro entrevistados pagó un soborno en los últimos doce meses. Otra de ellas se realizó en la ciudad de Berlín, en fecha 9 de julio de 2013, donde se pudo observar la percepción que se tiene sobre el tema, cuyo resultado arrojó que una de cada dos personas cree que la corrupción se ha agravado en los dos últimos años. Sin embargo, las que fueron encuestadas también están convencidas de que ellos pueden contribuir al cambio y tienen la disposición de actuar para combatir este fenómeno.

En otra investigación realizada por dicha organización, denominada Barómetro Global de la Corrupción 2013, la cual se basa en una encuesta realizada a 114.000 personas, en 107 países, muestra que la corrupción es un fenómeno extendido, no constituye un hecho aislado ni mucho menos un hecho del que se deba desviar la atención. Se pudo observar que el 27% de los entrevistados pagó un soborno al acceder a servicios públicos e instituciones durante los últimos 12 meses,



situación que revela escasa mejora respecto de encuestas anteriores.

Sin embargo, nueve de cada diez personas encuestadas señalaron que estarían dispuestas a actuar contra la corrupción y dos tercios de aquellos a quienes se les pidió el pago de un soborno se habían negado a hacerlo, lo que sugiere que los gobiernos, la sociedad civil y el sector empresarial deben intensificar sus esfuerzos para conseguir que las personas contribuyan a revertir la corrupción. Estos datos son muy significativos, pues hacen notar la trascendencia de la corrupción, de qué manera se alimenta y por, sobre todo deja observar que este hecho existe porque hay personas que lo practican. En este rol entran los sujetos activos y pasivos, quienes ofrecen una dádiva y, por otra parte, actores que reciben e incluso la solicitan para realizar una acción o para omitirla.

Así mismo, el Barómetro Global de la Corrupción 2013, también pone de manifiesto: “que en demasiados países las personas no tienen confianza en las instituciones encargadas de combatir la corrupción y otros delitos”.

En treinta y seis países se señaló a la policía como el sector más corrupto y en esos mismos países, en promedio, la policía había pedido al 53% de las personas que pagaran un soborno. En veinte países, el Poder Judicial es percibido como el más corrupto y en esos países, en promedio, al 30% de las personas que habían tenido contacto con el sistema judicial se les había pedido el pago de sobornos.

Por otro lado, se presenta la tabla que registra el comportamiento y movimiento de los países del grupo BRICS (denomina de esta manera por las iniciales de los países que lo integran: Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) para estudiar a países en mejores condiciones económicas.



Tabla 1. Índice de la percepción de la corrupción en los países del grupo BRICS. Año 2015.

Posición País	Posición regional	País/Territorio	Puntuación del IPC 2015	Encuestas utilizadas	Desviación estándar	Intervalo de confianza del 90%		Rango mínimo/máximo	
						Mín.	Máx.	Inferior	Superior
76	1	Brasil	38	7	5,29	25	62	29	47
76	1	India	38	8	3,14	25	54	33	43
61	3	Sudáfrica	44	7	2,61	34	54	40	48
83	4	China	37	8	2,34	28	49	33	41
119	5	Rusia	29	8	2,52	21	38	25	33

Fuente: Transparencia Internacional. Año 2015.

El grupo promotor de los BRICS a los que las organizaciones internacionales del ámbito económico y monetario considera ocuparán la posición de potencia mundial en el año 2050, dejando atrás a potencias actuales como los Estados Unidos y la zona Euro, se le observa afectada por los actos de corrupción con puntuaciones bastante bajas con relación al nivel de expectativas que se genera en torno a su crecimiento y desarrollo económico.

En esa línea, se presenta una tabla donde se puede observar que los países del Bloque G20 reciben una percepción muy variada, de los cuales Canadá es el país que se posiciona con el mejor índice, lo que le sitúa como el país menos corrupto de su bloque seguido por Alemania, Reino Unido, Australia y Estados Unidos, entre los cinco mejores.

Se enfatiza la situación de los Estados Unidos conforme a este estudio, que le sitúa a nivel mundial en el puesto n.º 16 y a nivel regional, en el n.º 5, con una puntuación de 76 de 100. Este resultado refleja que los actos de corrupción no son un fenómeno aislado y que constituyen hechos complejos a los que se debe enfrentar con seriedad. Hace reflexionar, si los países desarrollados no pueden controlar plenamente estas acciones, los países emergentes o en vía de desarrollo están aún



más alejado, pues se encuentra sistematizada en la estructura de las instituciones y hasta en el pensamiento de los habitantes.

Tabla 2. Índice de la percepción de la corrupción entre los países del G20. Año 2015.

Posición país	Posición Regional	País/Territorio	Puntuación del IPC 2015	Encuestas utilizadas	Desviación estándar	Intervalo de confianza del 90%		Rango mínimo/máximo	
						Min.	Máx.	Inferior	Superior
9	1	Canadá	77	7	1,63	79	89	80	85
10	2	Alemania	81	7	2,5	72	89	77	85
10	2	Reino Unido	81	7	2,4	73	89	77	85
13	4	Australia	79	8	1,5	71	83	77	81
16	5	Estados Unidos	76	8	3,48	59	89	70	82
18	6	Japón	75	8	2,96	57	84	70	80
23	7	Francia	70	7	2,49	57	79	66	74
37	8	Corea del Sur	56	9	3,09	46	73	51	61
48	9	Arabia Saudita	52	5	7,03	36	77	40	64
61	10	Italia	44	7	2,51	35	54	40	48
61	10	Sudáfrica	44	7	2,61	34	54	40	48
66	12	Turquía	42	8	2,02	33	53	39	45
76	13	Brasil	38	7	5,29	25	62	29	47
76	13	India	38	8	3,14	25	54	33	43
83	15	China	37	8	2,34	28	49	33	41
88	16	Indonesia	36	8	3,39	17	50	30	42
95	17	México	35	8	6,01	20	73	25	45
107	18	Argentina	32	7	1,84	25	38	29	35
119	19	Rusia	29	8	2,52	21	38	25	33

Fuente: Transparencia Internacional. Año 2015.

Después de observar estas situaciones, es importante analizar las recomendaciones que se pueden articular se resalta la necesidad de que los gobernantes tomen medidas para recuperar la confianza, ya que muestra la existencia de una crisis de confianza en la política y serias dudas respecto de la capacidad de las instituciones responsables de llevar a quienes delinquen ante la justicia.

Se observa a la corrupción como una de las problemáticas que afecta a muchos países de todos los continentes. Esta situación es otros de los factores que dificulta



combatir con fuerza al crimen organizado y atenta contra el crecimiento económico y social del país. Pues, cuando existe fuga de capitales, evasión de impuestos, mal versación de fondos públicos, direccionamiento de divisas al extranjero sin la debida diligencia, hace que los Estados pierdan ingresos en sus arcas.

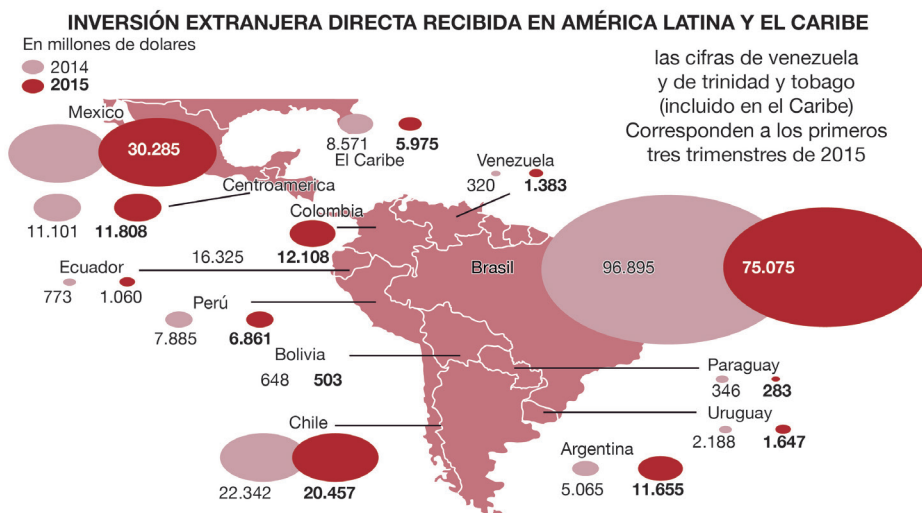
Sin duda, una evasión impositiva perjudica fuertemente a la economía, ya que no constituye un hecho aislado, sino una práctica que realizan muchos usuarios y potenciales contribuyentes y hace que el país se resienta económicamente. De lo contrario, cuando los ciudadanos actúan de una forma responsable y efectúan el pago de sus obligaciones tributarias, el beneficio se aprovecha para el fin que dio origen a su creación.

Aunque la solución de este importante problema resulta complicada, una forma de frenarla radica en impulsar firmemente la transparencia, que constituye indudablemente el mejor antídoto contra la corrupción. Cuanto mayor es la información que se genera y se divulga por parte de las instituciones y cargos públicos, menos margen hay para la corrupción. En esta cultura de la transparencia resulta fundamental la educación de los ciudadanos, para que desde niños puedan aprender a valorar adecuadamente la importancia de la transparencia social y lo perverso de la corrupción. En esto todos tienen un importante papel los docentes y maestros (en colegios, institutos y universidades), padres, así como las organizaciones de la sociedad civil.

En definitiva, aumentar el nivel de transparencia social y combatir decididamente la corrupción es una importante asignatura pendiente y sin duda, uno de los más trascendentales desafíos para esta sociedad del siglo XXI. Para lograrlo es necesario comprender la importancia de una educación. También, es esencial una educación financiera de manera a armonizar equilibradamente la cultura del ahorro y una vida económicamente programada.



Gráfico 1.



Fuente: Diario El País, España, con datos de la CEPAL.

Este gráfico representa las inversiones que reciben los países latinoamericanos en el periodo 2015 a 2016. Se puede observar dos líneas de resultado, por un lado, países con un crecimiento leve, otros más significativos como lo es el caso de Argentina, México y, por último, países que registran una desaceleración con relación al año 2015.

A Paraguay se le observa como uno de los que registra un comportamiento menor, aunque no muy significativo, ya que actualmente es uno de los países que invita a una prometedora inversión extranjera.

Para abordar el hecho punible de lavado de dinero es importante considerar que esta práctica es considerada un fenómeno global que afecta a la comunidad internacional, con mayor frecuencia a los países en vía de desarrollo y emergentes, en ocasiones también afecta a los más desarrollados, al precisar que muchas de



estas actividades provienen del crimen organizado como la trata de personas para la explotación sexual, laboral y el tráfico de órganos, armas, estupefacientes y otros.

Esta situación también se encuentra vinculada a los hechos de corrupción que registra un Estado, pues, para producirse actos contrarios a las normativas vigentes que en cierta forma burlen los controles de la estructura gubernamental, es indudable que se precisa de una colaboración interna que permita materializarla. Es allí donde surgen los casos de sobornos.

Según los estudios realizados por la organización Transparencia Internacional el pago de sobornos en el mundo es muy alto, pero los ciudadanos están dispuestos a hacer algo contra esta práctica.

El lavado de dinero en el contexto internacional

Gonzalo Hernández y otros, en el estudio titulado: El lavado de dinero en el siglo XXI, refieren:

Los estragos del lavado de dinero y los diversos ilícitos de los que surge son enormes; su producto sirve para financiar otras actividades ilícitas que vulneran los derechos humanos, como el tráfico y trata de personas y nuevas formas de esclavitud, etc.; daña la economía de los países, porque se evade los pagos de impuestos y se afectan los mercados por la competencia desleal (pág. 15. 2015).

Esta apreciación engloba plenamente la realidad y las áreas reprimidas por el lavado de dinero y la manera en que afecta el funcionamiento, desarrollo e innovación de la estructura del Estado, cuando el sistema es vulnerado y recibe pérdidas económicas en la distribución presupuesta destinada al cumplimiento de la misión de las distintas carteras. Estas situaciones impiden el desarrollo de los Derechos Humanos, que mínimamente deben ser garantizados.

La forma en que se desenvuelve el crimen organizado trasnacional afecta la dignidad humana de una manera cruel, en especial en aquellos países en los que



el Estado presenta una debilidad o es considerada un Estado fallido, incapaz de brindar protección a sus connacionales. De igual manera sucede con el tráfico de drogas y otros estupefacientes, que cada día se llevan vidas y deja otras en estado de salud crítica, con dificultad para recuperar su normalidad, ya que su consumo descontrolado produce secuelas impensables.

En ese sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros convenios, tratados, convenciones y reglas internacionales vigentes, no pudieron brindar una protección real y eficiente.

Cuando se habla de perjuicios económicos, no es menos nocivo el hecho de la evasión de impuestos, la desviación y ocultamiento de bienes del Estado, cuando se analiza que estos en verdad están destinados a dar cumplimiento y seguridad a la forma de vida de los habitantes, en especial al sector vulnerable. Es allí donde radica la importancia de estos hechos, pues como consecuencia crea marcadas brechas, estado de pobreza extrema y sin las garantías de una salud y atención médica universal adecuada.

Por otro lado, crea competencia desleal entre los comerciantes que cumplen con sus obligaciones tributarias y los limita y expone a una crisis en el mercado.

Línea de Acción

Las iniciativas internacionales que hicieron frente al fenómeno criminal del lavado de activos trazan una línea de acción que está orientada a privar a los delincuentes en el uso y disfrute de las inmensas ganancias originadas en la actividad delictiva, como una forma de desincentivar esos comportamientos.

A fin de cumplir con ese objetivo de política criminal, las recomendaciones procuran la penalización de las conductas de lavado de activos, la incautación y decomiso de bienes, la asistencia judicial internacional, desarrollo de modelos de investigación penal con capacidad de tratamiento de casos complejos, establecimiento de un régimen de prevención y sanciones administrativas a actividades comerciales



y financieras susceptibles de ser utilizadas y el desarrollo de mecanismos de control y supervisión a escala internacional, esta tendencia hace que los estados conformen grupos de trabajos con acciones y resultados más eficientes.

Incautación y decomiso de bienes

La incautación, para fines de posterior decomiso de los bienes que tienen su origen en actividades ilícitas, constituye un objetivo de primera importancia en la estrategia para combatir la delincuencia organizada transnacional.

La Organización Internacional de Policía Criminal, en adelante INTERPOL, jugó un rol de fundamental importancia en el esfuerzo para enfrentar el lavado de activos a escala internacional, a través de la cooperación y asistencia judicial internacional.

El Grupo de Acción Financiera de Sudamérica, en adelante GAFISUD, es un grupo regional latinoamericano que surge en Cartagena de Indias, Colombia, en diciembre del año 2000, ante la amenaza que representa para la estabilidad económica, política y social de la región, la indebida utilización del sistema financiero por parte de organizaciones criminales transnacionales. Este grupo cuenta con tres órganos rectores: el Consejo de Autoridades, que es el órgano supremo; el Pleno de Representantes, que está compuesto por los delegados de cada Estado miembro y la Secretaría que tiene su sede en Buenos Aires y está a cargo de las funciones técnicas y administrativas. Procura enfrentar el fenómeno del lavado de activos desde la óptica represiva y preventiva.

En esa misma línea, la Convención de Viena de 1988, en el preámbulo se afirma lo siguiente:

Conscientes de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales, invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la



sociedad a todos sus niveles.

Con estas herramientas se pretende privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad, De manera que la identificación, rastreo y ubicación de los bienes que tienen su origen en las actividades delictivas graves, sin importar el lugar donde se encuentren, constituye un objetivo primordial en la política criminal en la materia como un mecanismo de debilitamiento de las organizaciones criminales delictivas que operan a nivel internacional.

A fin de no afectar el comercio jurídico de los bienes y en consecuencia, a los terceros que de buena fe hayan efectuado transacciones con ellos, las legislaciones sobre el tema, en consonancia con las recomendaciones internacionales, previó el comiso sustitutivo, cuando sea imposible el decomiso de un bien debido a una acción u omisión del procesado.

Parte del Prefacio de la Convención de Viena de 1988:

Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas.

En ese sentido, la Convención de Viena en su art. 1º establece que su finalidad “es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”. En ese entendimiento, en su art. 3, determina las características que deben reunirse para la configuración del crimen organizado:

El delito será de carácter transnacional si: a) Se comete en más de un Estado;



b) Se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado”.

Sensibilización a la ciudadanía sobre la problemática

Es necesario entonces, el desarrollo de una verdadera política criminal de prevención y el castigo del lavado de dinero. En ocasiones, el Estado tiene información suficiente sobre eventuales hechos ilícitos, pero que sólo produce efectos cuando las diferentes fuentes son analizadas en conjunto, para el debido cruzamiento, situación que precisa de un trabajo de inteligencia que permita una adecuada coordinación.

Muchas veces, los hechos que son evaluados por los controles administrativos no son otra cosa que ilícitos de gran impacto social y llegan a conocimiento del organismo adecuado luego de un tiempo excesivo, por burocracias o normas que se superponen, lo que hace que la información obtenida no sea la que se requiere para la imputación y acusación fiscal.

El Grupo de Acción Financiera Internacional, en adelante GAFI, no puede tomar decisiones ejecutivas, pero sus recomendaciones tienen una fuerza práctica muy trascendente. En el marco de las primeras 40 recomendaciones se ocupó de los sistemas legislativos, de la cooperación multilateral y del papel del sistema financiero con relación a los delitos originarios, etc.

Por otro lado, es de destacar el denominado Grupo Egmont que reúne a las diversas Unidades de Información Financiera, en adelante UIF a través de un foro que articula vínculos de cooperación para el intercambio de información



confidencial, así como en materias relativas a la capacitación, infraestructura, prevención, etc., con las UIF de todo el mundo. Asimismo, debe resaltarse el trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de los Estados Americanos, en adelante CICAD/OEA. Los grupos de expertos de la CICAD formulan recomendaciones a los Estados miembros a los efectos de mejorar su capacidad en el control de estas conductas.

Contexto nacional a cerca del lavado de dinero, corrupción y la recuperación de activos

Con el fin de ejercer el control, el Estado crea órganos encargados de esas áreas de funcionamiento. Un grupo conforma la parte operativa y administrativa que realiza funciones de vigilancia y prevención, cuando este detecta algún incumplimiento que burla la estructura y normas, y da lugar a la acción de otras instancias encargadas de la investigación y represión jurídica.

En el primer grupo de los mencionados en el párrafo anterior se encuentran: Contraloría General de la República, Ministerio de Hacienda, Superintendencia de Bancos, Secretaría de Prevención del Lavado de Dinero o Bienes (SEPRELAD), Dirección Nacional de Aduanas, Secretaría Nacional Antidroga (SENAD), Policía Nacional y Procuraduría General del Estado. En el segundo grupo se encuentran el Ministerio Público y el Poder Judicial, como órganos de la estructura judicial, para la investigación y actuación.

Una vez identificadas y presentadas las principales instituciones que están abocadas por mandato constitucional a la prevención, control, investigación y represión es importante realizar una observación acerca de los datos de evaluación que realiza la organización no gubernamental Transparencia Internacional desde el año 2007 al 2015.



Tabla 3

PAÍSES	2015		2014		2013		2012		2011		2010		2009		2008		2007	
	Puntuación	Posición	Puntuación	Posición	Puntuación	Posición	Puntuación	Posición	Puntuación	Posición	Puntuación	Posición	Puntuación	Posición	Puntuación	Posición	Puntuación	Posición
Papúa Nueva Guinea	25	139	25	145	25	144	25	152	2,2	154	2,1	154	2,1	154	2	151	2	162
Paraguay	27	130	24	150	24	150	25	152	2,2	154	2,2	146	2,1	154	2,4	138	2,4	138
Perú	36	88	38	85	38	83	38	84	3,4	80	3,5	78	3,7	75	3,6	72	3,5	72
Polonia	62	30	61	35	60	38	58	42	5,5	41	5,3	41	5	49	4,6	58	4,2	61
Portugal	63	28	63	31	62	33	63	33	6,1	32	6,0	32	5,8	35	6,1	32	6,5	28
Puerto Rico			63	31	62	33	63	33	5,6	39	5,8	33	5,8	35	5,8	36		
Qatar	71	22	69	26	68	28	68	27	7,2	22	7,7	19	7	22	6,5	28	6	32
Reino Unido	81	10	78	14	76	14	74	17	7,8	16	7,6	20	7,7	17	7,7	16	8,4	12
República Centroafricana	24	145	24	150	25	144	26	145	2,2	154	2,1	154	2	158	2	151	2	162
República Checa	56	37	51	53	48	57	49	55	4,4	57	4,6	53	4,9	52	5,2	45	5,2	41
República Dominicana	33	103	32	115	29	123	32	119	2,6	129	3,0	101	3	99	3	102	3	99
Ruanda	54	44	49	55	53	49	53	51	5,0	49	4,0	66	3,3	89	3	102	2,8	111
Rumania	46	58	43	69	43	69	44	67	3,6	75	3,7	69	3,8	71	3,8	70	3,7	69
Rusia	29	119	27	136	28	127	28	134	2,4	143	2,1	154	2,2	146	2,1	147	2,3	143

Fuente: Transparencia Internacional.

Conforme a estos datos, el país registra una leve mejoría. Sin embargo, sigue considerado como uno de los países en el que predomina la corrupción y circula el lavado de activos. En esa línea, con el fin de mejorar el ámbito de la justicia y potenciar el decomiso y la incautación de bienes provenientes de las actividades ilícitas se trabajó en principio con el Proyecto para la administración de Bienes Incautados y Decomisados en América Latina, BIDAL, por sus siglas, con el respaldo y asesoramiento de la OEA. Este proyecto contó con el apoyo de muchas instituciones que trabajaron para adecuarlo a la realidad y necesidad del país.

En ese contexto, por Decreto n.º 7850/17, se creó la Secretaría Nacional de Administración de Bienes Incautados y Comisados (SENABICO), dependiente del Poder Ejecutivo que tiene como finalidad principal, conservar y mantener la productividad o valor de los bienes sometidos al régimen establecido por la Ley.

Se resalta la Ley n.º 5189/14, que establece la obligatoriedad de la provisión de información en el uso de los recursos públicos sobre remuneraciones y otras retribuciones asignadas al servidor público de la República del Paraguay.



Conclusión

Se puede afirmar que el activo proveniente de las actividades ilícitas, cuyas procedencias no son justificadas por la persona, tiene una alta probabilidad de que provenga de movimientos ilegítimos, producto del crimen organizado o de otras actividades, tales como la evasión de impuestos, el contrabando y la competencia desleal.

Estos activos guardan una estrecha relación con la corrupción, pues, para materializar dichos activos necesariamente debieron ingresar y circular por las vías correspondientes. Para ese fin, es muy probable que hubiera un soborno.

Cuando se habla del hecho punible de lavado de dinero y su circulación, se habla también de dinero y bienes que fueron desviados de las arcas del Estado, cuya procedencia fue encubierta y que tiene una consecuencia económica fuerte en el presupuesto del país, ya que con esa inacción u omisión se dejó de aportar a la economía, al progreso y a la garantía del cumplimiento de los Derechos Humanos para el desarrollo de los habitantes.

Se considera de vital importancia el fortalecimiento de políticas eficientes para el cumplimiento de las obligaciones tributarias, ampliación de las expectativas de pena de estos hechos punibles y fomento de la aplicación de la incautación y decomiso de los bienes como una forma de desalentar la práctica. Por ese motivo, se resalta la importancia de la recuperación de activos como una forma de desalentar el crimen organizado y mejorar así la economía nacional.



Bibliografía

Constitución Nacional de Paraguay.

Ley n.º 4503/11, de la inmovilización de fondos o activos financieros

Ley n.º 4024/10, castiga los hechos punibles de terrorismo, asociación terrorista y financiamiento del terrorismo.

Ley n.º 4100/10, que aprueba el Memorando de Entendimiento entre los gobiernos de los Estados del Grupo de Acción Financiera de Sudamérica contra el Lavado de Activos.

Ley n.º 37837 09, que modifica varios artículos de la Ley n.º 10157/ 1996, que previene y reprime los activos ilícitos destinados a la legitimación de dinero o bienes.

La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Firmada en la ciudad de Palermo – Italia en el año 2000.

La Convención sobre blanqueo, detección, (GAFISUD, 2012)

Las recomendaciones del GAFI - Estandares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. 2012.

Gonzalo A. Hernandez y otros (2015). *El lavado de dinero en el siglo XXI. Una visión desde los instrumentos jurídicos internacionales, la doctrina y las leyes en América Latina y España* (2015 ed.). México: Unijuris.



Artículo de revisión

Ejercicio abusivo del derecho recursivo

Abusive exercise of legal challenges

Derecho recursivo rehe jejepohýi

*José Ángel dos Santos Melgarejo**

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

Recibido: 11.07.17 - Aprobado: 19.07.17

Resumen

A través del presente trabajo se busca identificar cuáles serían las herramientas procesales que puede utilizar el Ministerio Público para erradicar las conductas procesales dilatorias, especialmente las que se refieren al ejercicio abusivo en la interposición de recursos. Para ello, primeramente, se analiza en qué consiste el abuso del derecho en forma general y luego se estudia lo que es el abuso del derecho procesal, y el abuso del derecho recursivo. Asimismo, se describen algunos elementos objetivos que se pueden utilizar para poder identificar cuándo la parte contraria realiza actos procesales al sólo efecto de entorpecer el normal desarrollo del proceso.

Abstract

This paper intends to identify the procedural tools that the Public Ministry

* Agente Fiscal Unidad Especializada de Delitos Económicos. Ministerio Público. Asunción, Paraguay. Email: jose2santos@hotmail.com.

Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (2002). Notario y Escribano, graduado de la U.N.A. (2003). Magister en Derecho Privado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario – Argentina (2010). Integrante del plantel de Investigadores del CEMP.



can use to suppress dilatory tactics, especially those related to the abusive exercise of lodgement of legal challenges and remedies. In that sense, this paper firstly analyses the meaning of abuse of rights in general terms, and then the abuse of procedural rights and the abusive exercise of legal challenges and remedies. Furthermore, it describes some objective elements that can be used to identify when a counter part conducts procedural acts for the sole purpose of obstructing the normal process development.

Nembyapu'a

Ko tembiapo rupive ojehechaukase mba'e mba'épa umi tembiporueta mbohapeha tekotevêva oiporu Ministerio Público ikatu haguãicha ohapo'o umi tapicha ombopuku reisénteva proceso, ko'ýte voi oñe'êva hína péicha umi tembiapopy oiporu vaíva ko recurso. Upévarã tenonderãite voi ohesa'ýjo mba'épa he'ise derecho procesal rehe jejepohýi ha mba'éichapa avei ojejepohýi derecho recursivo rehe. Upéicha avei omombe'u porãiterei mba'e mba'épa hína ojeporu va'erã ojehechakuaa pya'e haguã upe ombohováiva ojapórõ umi acto procesal ombopukuve rei haguãnte upe derecho ñembohape.

Palabras clave: Abuso del derecho, mala fe procesal, abuso procesal, daño procesal, resoluciones irrecurribles, uso irregular del derecho recursivo, recurso ad infinitum.

Key word: Abuse of rights, procedural bad faith, procedural abuso, procedural damage, unappealable resolution, irregular use of legal challenges, everlasting appeal.

Ñe'ẽ apytere: deré chore jejepohýi, mala fe procesal, proceso rehe jejepohýi, resoluciones irrecurribles, derecho recursivo jeporu hekópe'ý, recurso ad infinitum.



Introducción

En ocasiones, en el desarrollo del proceso penal, las defensas de los procesados impugnan resoluciones judiciales irrecurribles, interponen recursos inadmisibles o lo hacen de manera manifiestamente infundada. De una u otra forma, la interposición de este tipo de recursos tiene una consecuencia ineludible: la dilación innecesaria del proceso.

Ante esta situación, los representantes del Ministerio Público deben buscar las herramientas disponibles para combatir las estrategias de las defensas que utilizan irregularmente el derecho recursivo, a sabiendas de que no están amparados legalmente para hacerlo y buscan alargar la duración del procedimiento para así burlar el fin del proceso penal.

En este artículo se busca identificar en qué casos las partes utilizan de manera inadecuada el derecho recursivo y cuáles podrían ser las medidas que tendría posibilidad de asumir el Ministerio Público para evitar que las defensas de los procesados utilicen los recursos procesales al solo efecto de obstruir el procedimiento.

Nociones generales del abuso del derecho

En el marco de un proceso penal, las partes tienen el derecho de impugnar las resoluciones que le son desfavorables, aunque ese derecho no es ilimitado. Tan es así, que el Código Procesal Penal establece reglas generales como la dispuesta en el artículo 449 del Código Procesal Penal, en adelante CPP, que dice: “... Las resoluciones judiciales serán recurribles sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos, siempre que causen agravio al recurrente...”.

Mediante este trabajo se analiza si la parte que no respeta las reglas que establece el sistema recursivo estaría o no abusando de su derecho a impugnar las resoluciones judiciales.

A tal efecto, lo primero que se debe hacer es adentrarse al estudio del abuso



del derecho en general para posteriormente ingresar al campo del abuso del derecho procesal en particular.

Ival Rocca (2007) señala que la palabra Abuso proviene del latín *abusus* (ab: contra, y usus: uso). Su interpretación literal es mal uso o uso contrario, y su acepción jurídica, una actividad aparentemente lícita pero que excede los límites impuestos por la justicia, la equidad, la razón y a veces la finalidad. Se trataría de un obrar excesivo o anormal.

En términos parecidos, Weingarten y Gherzi (2011) indican que la palabra abuso significa uso irregular y alude a un acto que, excediendo los límites de la normalidad o regularidad, contraría la finalidad tenida en cuenta por la ley para reconocerlo.

Cuando se habla de abuso del derecho, se tiene que una persona ejerce un derecho que aparece formalmente legítimo pero que no persigue la finalidad del propio derecho otorgado; es decir, no busca proteger el interés jurídico que el derecho ejercido realmente resguarda.

En ese mismo sentido lo indica Hugo Allen:

El acto abusivo es aquel acto que se cumple apoyado en un derecho pero que se lo ejecuta de forma tal, que su ejercicio contradice los fines que la ley tuvo en mira al reconocer o conceder ese mismo derecho en el cual aparentemente se sustenta. (1997, pág. 441)

En idéntico parecer, Alterini y López Cabana sostienen que "... el acto abusivo es el acto contrario al objetivo de la institución, a su espíritu, a su finalidad..." (1990, pág. 1191).

Hay que tener en cuenta que los derechos subjetivos han sido reconocidos a las personas como medios indispensables para la satisfacción de fines humanos dentro del marco de la conducta social compartida; en consecuencia, cuando el titular los ejerce en forma opuesta a ese propósito, desaparecen los motivos que



justificaban su existencia y pasan a ser actos contra ius (Allen, 1997).

De todo lo antedicho, se puede colegir que una conducta que se excede de los parámetros, que se desvía, que no persigue los fines del derecho otorgado; es una conducta antifuncional, antinormativa y, por ende, ilícita. Entonces, cuando el titular de un derecho lo ejerce fuera de sus límites, está usando anormalmente su derecho.

De por sí, este tipo de actos no puede estar protegido por la ley. El Código Civil paraguayo, acorde con el derecho actual, desalienta el abuso del derecho a través del artículo 372 que establece:

Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar, aunque sea sin ventaja propia o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que, por su naturaleza o en virtud de la ley, pueden ejercerse discrecionalmente.

Es necesario hacer notar que siempre que se deba analizar si se ha abusado o no de un derecho, hay que considerar cuál es el derecho supuestamente abusado, qué fines persigue y qué interés jurídico protege.

Evidentemente, no es tarea fácil definir cuándo se está ante un abuso del derecho, puesto que, si bien podrían existir casos evidentes, también cabrían casuísticas en las cuales se estaría en una zona gris, donde el límite entre el uso y mal uso estaría separado por una línea muy delgada. Por ello, se debe tener en cuenta algún parámetro para determinar si una conducta es o no abusiva.

En ese sentido, se puede decir que la manera más sencilla de identificar un abuso es precisar si existe concordancia entre el objetivo buscado por quien utiliza el derecho y el fin que quiere proteger el derecho utilizado. Obviamente, si existe concordancia, se está ante el uso debido del derecho; ahora bien, si no hay relación



entre la finalidad perseguida por quien utiliza el derecho y el objetivo que la ley o el principio tuvo en mira para reconocerlo, habría mal uso o abuso.

De una u otra manera, siempre se debe interpretar el derecho subjetivo y las facultades que otorga. Jorge Kielmanovich es claro al decir:

Debo conocer el sistema en el cual me desenvuelvo, debo saber cuáles son las reglas del juego, pues en conformidad con ellas, en definitiva, voy a poder calificar con mayor precisión cuándo una conducta puede calificarse, en este caso, de abusiva. (2012, pág. 1208)

El mismo autor realiza una analogía con un partido de fútbol y dice que hay que saber cuáles son las reglas del deporte. Aplicado al caso que nos ocupa en el presente trabajo, lo que se tendrá que conocer e interpretar es el régimen del derecho recursivo dentro del proceso penal.

El abuso del derecho procesal y el daño procesal

Sabido es que el abuso del derecho es una figura del derecho civil, pero puede ser trasladado al ámbito procesal desde el punto de vista general y, también, puede ser transportado al derecho procesal penal de manera especial. Cuanto esto ocurre se puede hablar del denominado abuso procesal. En estas circunstancias, el abuso del derecho es el género y el abuso del derecho procesal es la especie.

En la práctica, en el ámbito del proceso es donde con mayor facilidad se pueden detectar conductas abusivas, dado que en dicho ámbito abundan las actuaciones procesales que, en la jerga tribunalicia, se denominan “chicanas”.

En efecto, a pesar de que el Código Procesal Penal busca erradicar el obrar abusivo, ya que en su artículo 112 establece: “... Buena fe. Las partes deberán litigar con buena fe, evitando los planteos dilatorios y cualquier abuso de las facultades que este código les concede...”; en numerosas ocasiones los profesionales del derecho utilizan los derechos procesales y sus herramientas a los efectos de distorsionar el proceso y dilatarlo hasta el hartazgo.



Tal como lo indica Manuel Cachón:

En los casos de abuso procesal, se lleva a cabo una actuación procesal que, si bien aparece formalmente amparada en un derecho (o facultad) previsto en una determinada norma, va dirigida, en realidad, a conseguir un resultado opuesto al que persigue dicha norma al otorgar el derecho o facultad de que se trate (2005, pág. 25).

La determinación de la conducta abusiva en el proceso exige la presencia de contradicción entre la pretensión de tutela jurídica ejercitada y la auténtica finalidad perseguida por la parte litigante y, además, requiere la constatación efectiva de un daño o perjuicio producto de la agravación innecesaria de las condiciones normales del proceso (Maurino, 2001).

En primer término, como lo advierte Adrián Oscar Morea, para que exista abuso procesal es necesario que la conducta procesal no se ajuste a la finalidad técnica que el sistema jurídico le otorga al derecho procesal ejercido. Es decir, al acto concreto de ejercicio de la facultad procesal debe faltarle —en el contexto procesal— la virtualidad suficiente para satisfacer la finalidad técnica que el ordenamiento jurídico le asigna a dicha facultad. (s.f.)

En segundo lugar, se requiere que, quien ejerza el derecho procesal persiga una finalidad distinta a la que verdaderamente otorga el derecho utilizado (conducta antifuncional).

Por último, es necesario que se produzca un daño procesal, el cual generalmente se traduce en la injustificada dilación temporal del proceso.

De por sí, en la mayoría de los casos, lo que las partes buscan a través del ejercicio anormal del derecho procesal es alargar la duración del procedimiento a los efectos de que la decisión del juzgador sea diferida para un momento ulterior (generalmente lejano).

Lo preocupante es que el daño procesal en sí mismo no es palpable y, en la



mayoría de los casos, en forma directa no tiene como víctima a una persona física, por ende, no siempre se lo valora debidamente; pero en realidad es un daño muy relevante dado que finalmente lo que ocurre es que el sistema procesal se desgasta y la credibilidad del Poder Judicial se ve afectada:

Jorge Peyrano es claro cuando se refiere al daño procesal al decir: Se produce una injustificada demora en la prestación del servicio de justicia a raíz del proceder de un litigante, lo que conspira contra la meta del goce de una jurisdicción oportuna. Repárese en que dicha tardanza constituye per se un daño procesal que no requiere otro tipo de acreditación (2016, “El daño procesal”).

Con relación a la prueba del daño procesal, Peyrano aclara que el daño procesal surge de los hechos y que no requiere, como regla, prueba acerca de su existencia; ya que el daño se produce por la simple tardanza del proceso (2016). Paralelamente, Morea alega que la carga de la prueba pesa sobre quien sostiene que la conducta procesal se desvía de la finalidad inherente al derecho (s.f.)

En ocasiones, al abuso procesal también puede producir directamente un daño a las partes y en este caso pasa a ser un daño de índole civil, como por ejemplo cuando se solicita la aplicación de una medida cautelar excesiva y el juez la otorga; pero dicho tipo de daño se debe analizar en el ámbito del derecho de daños, lo cual excede el objetivo de este trabajo.

Cabe destacar, que en materia procesal existen innumerables opciones para quienes actúan con mala fe procesal; no obstante, es en el ámbito de las recusaciones y de los recursos donde se utiliza con más frecuencia este tipo de conductas.

Abuso del derecho recursivo

En términos procesales, Pandolfi define al recurso como:

aquel acto procesal mediante el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial pide en el mismo proceso, su reforma o anulación total



o parcial, sea ante el mismo juez o tribunal que la dictó, sea a un juez o tribunal jerárquicamente superior (2001, pág. 529).

Según Ossorio, recurso es “(...)todo medio que concede la ley procesal para la impugnación de las resoluciones judiciales, a los efectos de subsanar los errores de fondo o los vicios de forma en que se haya incurrido al dictarlas(...)” (2000, pág. 843).

El derecho de recurrir lo posee la parte que se encuentra agraviada o lesionada por una resolución judicial. En el marco del proceso penal, quien recurre una resolución se dirige al mismo juez que lo dictó (ej. recurso de reposición), ante un Tribunal de Apelaciones (ej. recurso de apelación general o especial) o ante la Corte Suprema de Justicia (ej. Recurso de Casación o de Revisión).

En principio, quien recurre una resolución judicial busca la reforma o la revocación del fallo impugnado. Ahora bien, en ciertas oportunidades ello no ocurre dado que el recurrente interpone recursos procesales sin buscar la consecución de los efectos que le son propios y es allí cuando se traslada el abuso del derecho procesal al ámbito del derecho de los recursos.

Para Mothe, el abuso recursivo “(...) se trata de aquellos casos en que alguna de las partes ejerce su poder recursivo con el solo propósito de dilatar la tramitación de la causa y, de tal manera, perjudicar a su contraparte(...)” (2015, Abuso Procesal).

Generalmente, el abuso procesal recursivo se traduce en la interposición de recursos para demorar y entorpecer el normal desarrollo del proceso; es decir, en puridad, el recurrente no busca que se revise la decisión impugnada, sino que su objetivo es postergar la decisión final del juzgador.

A fin de determinar si una de las partes ha ejercido abusivamente el derecho recursivo, primeramente, se debe averiguar cuál fue la finalidad del recurrente. Si este realmente no buscó la revisión del fallo recurrido es porque su objetivo no estuvo dirigido a buscar la concreción de la finalidad técnica del derecho recursivo. En tal caso se puede decir, sin temor a equívocos, que el impugnante ha ejercido



abusivamente su derecho recursivo.

Ahora bien, de por sí, salvo en casos manifiestos, no es tan sencillo identificar la finalidad real del impugnante. Por ello, a los efectos de saber si una parte ejerció en forma abusiva de su derecho a recurrir hay que corroborar si existen elementos objetivos que denoten tal conducta.

En tal sentido, en primer lugar, se debe acudir a las reglas del sistema recursivo en el ámbito del derecho procesal penal; y en segundo lugar, analizar en qué condiciones se interpuso el recurso.

Entonces, ante todo, se debe estudiar si la parte recurrente goza de derecho impugnatorio, para lo cual es necesario que la norma procesal otorgue la posibilidad de recurrir una resolución judicial, esto es, el sujeto procesal debe estar legitimado para impugnar por tener un interés jurídico en hacerlo y debe tener capacidad legal para recurrir (impugnación subjetiva). A más de ello, obviamente, la resolución debe ser recurrible (impugnación objetiva).

Posteriormente, hay que analizar cuáles son los requisitos formales de modo, tiempo y lugar que exige la normativa a los efectos de la presentación del recurso. Por último, se debe verificar en qué condiciones se interpuso el recurso el sujeto procesal.

Con respecto al derecho impugnatorio, se puede decir que es el poder jurígeno otorgado a un sujeto procesal para interponer un recurso. Ello supone dos presupuestos básicos: a) que la resolución sea recurrible (a través del medio elegido para impugnar) y; b) que el recurrente tenga un interés jurídico y capacidad para hacerlo.

En cuanto a la recurribilidad de las resoluciones judiciales, en principio, nuestra legislación procesal penal establece que las resoluciones judiciales serán recurribles solo por los medios y en los casos expresamente establecidos, siempre que causen un agravio al recurrente (art. 449 C.P.P.).

Asimismo, el citado artículo, en cuanto al derecho de recurrir, dispone que



corresponda tan solo a quien le sea expresamente acordado y que cuando la ley no distinga entre las partes, el recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de ellas.

Del artículo 449 del C.P.P. se desprende que la ley establece condiciones para la interposición de los recursos procesales. En principio, no todas las resoluciones son recurribles y las que son impugnables no pueden recurrirse por cualquier medio recursivo.

Así, la ley establece cuáles son las resoluciones objeto de recurso y cuál es el medio que se debe utilizar para impugnarlas. Por ejemplo, el artículo 461 del Código Procesal Penal dispone: “(...)El recurso de apelación procederá contra las siguientes resoluciones: 1. El sobreseimiento provisional o definitivo; 2. La que decide la suspensión condicional del procedimiento(...)”.

Paralelamente, en ocasiones, la norma dispone expresamente cuáles son las resoluciones irrecurribles, como por ejemplo cuando el art. 20 del C.P.P. señala: “(...) Si la sentencia no satisface las expectativas por las cuales se suspendió el ejercicio de la acción penal pública, el juez podrá reanudar su trámite. Esta decisión será irrecurrible(...)”. Asimismo, cuando el art. 461 del mismo código indica: “(...)No será recurrible el auto de apertura a juicio(...)”.

En otros casos, la irrecurribilidad surge de manera implícita cuando, por ejemplo, la norma advierte que ciertas resoluciones son recurribles mediante un determinado medio recursivo; por ende, a través de una interpretación contraria, se desprende que todas las resoluciones que no se encuentran en el listado son irrecurribles.

Como ejemplo se puede citar el artículo 477 del Código Procesal Penal que reza:

Objeto. Sólo podrá deducirse el recurso extraordinario de casación contra las sentencias definitivas del Tribunal de Apelaciones o contra aquellas decisiones de ese tribunal que pongan fin al procedimiento, extingan la acción o la pena, o denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena.



Del citado precepto legal surge que las resoluciones del Tribunal de Apelaciones que no son objeto de casación son: a) las que ordenan el reenvío a un nuevo Tribunal de Sentencia para la reposición del juicio oral y público; b) las que confirman la desestimación; c) las que confirman la apertura del juicio oral y público; d) las que revocan la suspensión condicional del procedimiento; e) las que revocan la aplicación de un procedimiento abreviado, etc. En todos estos casos, las resoluciones del Tribunal de Apelaciones son irrecurribles mediante el recurso de casación.

Por otro lado, está la taxatividad subjetiva, lo cual significa que la ley determina qué sujetos procesales tienen la capacidad para ejercer el derecho recursivo. Cabe decir, que en el caso de que el Código Procesal Penal no distinga entre las partes, cualquiera de ellas puede interponer el debido recurso.

Otro de los presupuestos a ser considerados al momento de interponer un recurso es el interés del impugnante. De esta manera, entra a regir el axioma que dice “el interés es la medida del recurso”. Si la parte no tiene interés en la modificación del fallo recurrido, de por sí la mera interposición de un recurso no tendría razón de ser.

Se tiene entonces, que la ley establece condiciones y límites para la interposición de recursos procesales. Estas condiciones deben ser respetadas por las mismas puesto que los recursos deben ser interpuestos cumpliendo los parámetros establecidos por la norma.

Luego de todo lo antedicho, se puede decir que para poder concluir que existen elementos objetivos que denoten la presencia de una conducta procesal abusiva, se debe recurrir primero al estudio de las reglas recursivas y luego a la verificación del cumplimiento de las mismas por parte de los recurrentes.

En tal sentido, cuando la ley establece –directa o indirectamente– que una resolución es irrecurrible o que no es objeto de recurso mediante una vía



determinada y, de todas formas, una de las partes interpone un recurso en contra de las citadas resoluciones se desprende que, en realidad, el recurrente no tiene la verdadera intención de que la resolución se modifique o se revoque.

Es decir, si la parte impugnante en forma manifiesta no cumple con las reglas recursivas impuestas por la norma procesal, surge de manera objetiva que en puridad su finalidad no es la de conseguir la revisión del supuesto error judicial, sino más bien lo que pretende es dilatar innecesariamente el proceso y distorsionar el verdadero sentido del derecho procesal quebrantado.

Como ejemplos se pueden citar los siguientes casos: a) cuando las defensas interponen un recurso de apelación general contra el auto de apertura a juicio oral y público; b) cuando el imputado interpone un recurso extraordinario de casación contra la resolución del Tribunal de Apelaciones que reenvía la causa a un nuevo juicio oral y público (dado que dicha resolución no pone fin al proceso); c) cuando se interpone un recurso de apelación general contra la resolución del juez que reanuda el trámite del proceso al no satisfacerse las expectativas del criterio de oportunidad decretado con anterioridad, etc.

Cuando se está ante una de estas situaciones, objetivamente se puede concluir que existe un ejercicio abusivo del derecho recursivo dado que la interposición del recurso se da sin tener un interés en la revisión del fallo impugnado.

Ahora bien, se debe acotar que en ocasiones, las partes recurren a una pluralidad de actos procesales que en principio parecen no poseer una entidad obstructivista; por ejemplo, cuando se interpone un recurso de reposición contra una providencia de mero trámite, que no causa agravio alguno; cuando sin fundamento serio se interpone un recurso de reposición y apelación en subsidio contra la providencia que fija el día y hora en el que se debería realizar la audiencia preliminar; cuando se interpone recurso de reposición contra la providencia que fijó la audiencia preliminar debido a que el juez del caso es interino; cuando al momento de la interposición no se indica cuál sería el error judicial; entre otros.



En estos casos, los recursos son utilizados de manera estratégica para entorpecer el normal desarrollo del proceso, pero si se observan separadamente las conductas será dificultoso percibir la finalidad buscada por el impugnante.

Es por ello que los jueces siempre deben realizar un estudio integral de la conducta procesal de la parte recurrente y analizar si no se está ante un caso de abuso procesal contextual o por reiteración o de una situación de recurso ad infinitum (tal como lo denomina Peyrano), lo cual se da cuando una de las partes interpone en forma sucesiva varios recursos notoriamente improcedentes.

En breve síntesis, al analizar si una conducta procesal quebranta el derecho recursivo hay que ponderar cuidadosamente las circunstancias del caso estudiado para poder llegar a una conclusión. En ciertas ocasiones, el abuso recursivo es manifiesto y patente, pero existen casos en que se revela de una manera tan sutil que recién puede ser captado si se analiza únicamente el contexto del recurso interpuesto, es decir, hay que analizar en forma global las conductas procesales anteriores y la conducta recursiva en sí misma.

Por demás está decir que, en cualquiera de los casos, la consecuencia inmediata del ejercicio abusivo del derecho recursivo es el daño procesal, traducido en la injustificada dilación temporal del proceso.

Herramientas del Ministerio Público para erradicar el abuso del derecho recursivo

En primer lugar, el Ministerio Público podría invocar el artículo 114 del Código Procesal Penal y solicitar la aplicación de la sanción de multa a la parte que ejerce abusivamente el derecho recursivo alegando mala fe procesal. En este punto, es dable indicar que conforme al artículo 112 del citado cuerpo legal, las partes deberán litigar con buena fe evitando los planteos dilatorios y cualquier abuso de las facultades que le concede el Código de forma. A contrario sensu, quien abusa de su derecho procesal y realiza planteos dilatorios obra de mala fe, por ende, es pasible



de la sanción establecida en el artículo 114 del Código Procesal Penal.

En segundo lugar, cuando se interpone un recurso contra un fallo irrecurrible, el Ministerio Público debería requerir que se declare la inadmisibilidad del recurso deducido alegando que el fallo no es objeto de recurso alguno. La misma solución se debe dar cuando el recurso es manifiestamente infundado, puesto que en dicha circunstancia no se podría entrar al estudio de la procedencia del recurso interpuesto.

Por último, el Ministerio Público debería de solicitar la aplicación de las costas procesales conforme a lo indicado en el artículo 269 del Código Procesal Penal.

Conclusión

Las partes procesales que obran en forma maliciosa con el único fin de entorpecer el normal desarrollo del proceso penal tienden a utilizar toda su imaginación para cumplir con su objetivo obstruccionista. Lo peor de todo es que casi siempre cumplen su finalidad y sus conductas no solo son reiteradas, sino que son imitadas.

En la práctica procesal, ciertos profesionales del derecho creen que en el proceso penal son válidas todo tipo de conductas y por ello utilizan el derecho recursivo al solo efecto de dilatar el proceso en forma indeterminada.

El Ministerio Público debe buscar la manera de desalentar las estrategias procesales de las defensas que sólo pretenden hacer lento y engorroso el proceso. Para ello, sus agentes deberían solicitar la sanción procesal correspondiente cuando observan que su contraparte ejerce el derecho procesal contradiciendo los fines que la ley tuvo en cuenta al momento de reconocerlo.

Importa resaltar que si no se sanciona a quienes abusan del derecho procesal se desalienta a quienes actúan debidamente, a quienes debaten lealmente. Asimismo, de manera sutil se produce una desigualdad procesal, ya que quien actúa de buena



fe actúa con herramientas distintas a las que cuenta quien obra con mala fe procesal.

Referencias

- Alterini, A y López Cabana, R. (1990). *El abuso del derecho. Estudio de Derecho Comparado*: Revista Jurídica La Ley Argentina.
- Allen, H (1997). *La responsabilidad civil*. Asunción. Revista Jurídica La Ley Paraguaya.
- Cachón, M. (2005) *La buena fe en el proceso civil. Justicia*: Revista de Derecho Procesal. Recuperado de <http://vlex.com/vid/buena-proceso-civil-283876>.
- Gherzi, C. y Weingarten, C. (2011). *Manual de usuarios y consumidores*. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- Kielmanovich, J. (2012). *Abuso del derecho en las medidas cautelares*. Buenos Aires: Revista Jurídica La Ley Argentina, 2012 E.
- Maurino, A. (2001). *Abuso del derecho en el proceso*. Buenos Aires: Revista Jurídica La Ley Argentina, 2001-E.
- Morea, A. (s.f.) *La doctrina del abuso procesal en el Derecho Argentino*. Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ) - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación de la República Argentina. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar>.
- Mothe, A. (2015). *Abuso Procesal*. Buenos Aires: Revista Jurídica La Ley Córdoba.
- Ossorio, M. (2000). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Pandolfi, O. (2001). *Recurso de Casación Penal*. Buenos Aires: La Rocca.
- Peyrano, J. (2016). *El daño procesal*. Buenos Aires: La Ley Argentina.
- Peyrano, J. (2006). *El abuso procesal recursivo o situación de recurso ad infinitum*.



Revista Ius et Veritas. Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12350/12914>

Rocca, I (2007). *Abuso del derecho. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales* Tomo II: La Ley Argentina.





Artículo original

Procedimiento especial aplicable cuando una mujer es sometida a un proceso penal

Special procedure applicable to women submitted to a criminal process

Tembiaporã tee ojejapo va'erã peteĩ kuña ho'áramo proceso penalpe

*Rodolfo Fabián Centurión Ortiz**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA. Asunción, Paraguay.

Recibido: 11.07.17 – Aprobado: 25.07.17

Resumen

En el derecho procesal penal comparado han surgido, en estas últimas décadas, en los sistemas de enjuiciamiento en América Latina diferentes mecanismos para dar mayor dinamismo al proceso penal, mediante la implementación de un sistema acusatorio dirigido a garantizar la igualdad de oportunidades procesales y fundamentalmente, el acceso a la justicia, incluyendo figuras procesales para evadir la morosidad judicial y dar mayor celeridad al sistema judicial. En los sistemas penales, a pesar de su reciente reforma, se han puesto en evidencia, de que manera se producen las vulneraciones de derechos de mujeres sometidas a proceso penal y con mayor intensidad, aquellas privadas de su libertad mientras que dura éste; y de que forma la estructura del Poder Judicial y también la penitenciaria, se constituyen

* Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Asunción, Paraguay. Email: fa.centurion@hotmail.com.

Egresado de la Facultad de Derecho UNA. (1997). Analista normativo (1999) INECIP-Argentina, Proyecto Par 017/97 Primera etapa de ejecución del proyecto: "Diagnostico del Ministerio Público". Autor de textos jurídicos. Docente Asistente de Cátedra de la Facultad de Derecho Filial Quiindy de la UNA desde el año 2007 en la cátedra de Derecho Procesal Penal.



en instancias donde se pasan por alto o no se observan las desigualdades y refuerzan los patrones ya fuertemente arraigados en la sociedad paraguaya, prosiguiendo con los mismos modelos, a pesar de los profundos cambios legislativos. Por este motivo se considera que a estas alturas debería instalarse una discusión seria y global, que abarque el campo del análisis jurídico o de la investigación en la cual se incluya también al legislativo, dirigida a la identificación y puesta en vigencia de principios inherentes al régimen penal aplicable a mujeres que hayan cometido algún ilícito penal.

Abstract

Over the last decades, within the comparative criminal procedure law, in latinamerican prosecution systems, several mechanisms have emerged, with the aim of giving penal procedure a greater dynamism, through the implementation of an accusatory system, addressed to ensure equal procedural opportunities, fundamentally access to justice, by including procedural figures to grant criminal justice system promptness, in order to avoid delays. In spite of the recent reforms of penal systems, it became evident how rights violations of women submitted to a criminal process take place, specially of those women with pretrial detention, and how the judiciary and penitentiary are stages where disparities remain unobserved, increasing the existing deeply-ingrained patterns in paraguayan society, and pursuing the same old model, despite legislative changes. For this reason, it is considered that at this point, a thoughtful and global discussion needs to be set, by approaching the fields of legal analysis and investigation that also includes the legislative, in order to identify and fully enforce the inherent principles of the penal system applicable to women that commit an unlawful act.



Nembyapu'a

Pe hérava derecho procesal comparado ojuhu ko'ága rupi, ko 10 ary ohasa ramóvape, umi sistema judicial ojezapóva América Latinape ojeporuha heta hendáicha ojeguerahávo pe proceso penal, Ojejapo rupi peteĩ sistema acusatorio ome'éséva tekojoja maymave yvypórape ipeteĩcha memete haguã umi proceso ha ogehupyty haguã upe tekojoja, kóvape oike hína umi proceso kuéra ojezapóva máva okañýva justiciagui ha ombopya'e avei pe sistema judicial.

Umi sistema penal kuéra, oñemyatyrõ ramoite ramo jepe ojehecha gueteri hese ndojejapóicha hekoitépe péicha kuña oikéramo pe proceso penalpe, ko'ýte voi ndojejapo porãi umi kuña oĩmava voi cárcelpa ndive iproceso oñemboguata aja; kóva oike avei hína Poder Judicial ha penitenciaria rembiaporãme, Ko'ã henda rupi heta jey ndojejapóinte, téra katu ndojehecha kuaái naipeteĩchaiha kuña ha kuimba'e ha péichape omombareteve teko joavy are guivéma oñembohapóva ñane retãpýpe; oiporu jeýnte umi modelo tuijaite oĩma ramo jepe heta mba'e iñambuéva léi ryepýpe. Upévare, ojechakuaa ko'ágarupi tekotevẽha oñemoĩ peteĩ pa'ũ oñeñomongeta haguã ko'ã mba'ére tuichaháicha voi, toikepaite upépe oñehesa'ỹijo haguã léi kuéra ha avei umi investigación ojezapóva toipyso avei legislativope, ikatu haguãicha oñemboguata añetetehápe umi pyenda, principios, tekotevẽ ojeporu kuña nguéra ojapórõ tembiapo vai ha oikérõ proceso penalpe.

Palabras clave: Mujer, garantías, discriminación, dignidad, igualdad.

Key words: women, guarantees, discrimination, dignity, equality.

Ñe'ẽ apytere: kuña, garantía kuéra, ñeporomboyke, tekotee, tekojoja.



Introducción

El segundo decenio de implementación de los actuales Código Penal y Procesal Penal, y el acompañamiento de numerosas disposiciones en salvaguarda de los derechos de la mujer, con la Ley n.º 1600/2000 Contra la violencia doméstica, ha establecido el alcance y bienes protegidos por la misma y las normas de protección para toda persona que sufra lesiones, maltratos físicos, psíquicos o sexuales por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar y como un último avance se cuenta con la Ley n.º 5777/16 - De protección integral a las mujeres contra toda forma de violencia-, que tiene por objeto el establecimiento de políticas y estrategias de prevención de la violencia hacia la mujer, mecanismos de atención y medidas de protección, sanción y reparación integral, tanto en el ámbito público como en el privado; constituyen un avance en los esfuerzos de dar mayor dinamismo al proceso. Corresponde entonces introducir, esta vez, mecanismos garantizadores para el supuesto en que una mujer sea sometida a un procedimiento penal.

Asiste a este trabajo el propósito claro de formular una propuesta que pueda aportar pautas congruentes con los derechos y reconocimientos efectuados a favor de la mujer, a fin de dar mayor certidumbre al sistema judicial penal y tornarse de esta forma en un instrumento hábil en la incesante lucha contra la desigualdad en el trato de la mujer, aún existente en la sociedad, siendo que el objetivo de otorgar mayores garantías al sistema y de descomprimir la ingente cantidad de causas que ingresan a diario al sistema judicial, no ha sido del todo cumplido, a pesar de los avances efectuados, quedando todavía una serie de situaciones que demandan ajustes.

En esta hipótesis de trabajo, se tratan las numerosas interrogantes al operador del sistema, se determina que a pesar de los notables avances del Código Procesal Penal, Ley n.º 1286/98, en el campo del respeto a los derechos humanos de los imputados, los procedimientos especiales implementados a favor de adolescentes infractores y de integrantes de pueblos originarios (Procedimiento especial para



los pueblos indígenas), se han omitido importantes convenciones internacionales acerca de la situación de discriminación contra la Mujer, específicamente la Ley n.º 1215/86, -Que aprueba la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer-, cuyo texto fuera aprobado por la ley General de las Naciones Unidas y abierto a la firma de los Estados miembros de la citada organización el 18 de diciembre de 1979.

Esto significó, sin lugar a dudas, el inicio de la adopción de medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíben toda discriminación contra la mujer, para el establecimiento de mecanismos legales de protección jurídica de los derechos de éstas sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación, que tienen clara incidencia en orden al derecho penal, el derecho procesal penal, así como el de ejecución penal; el cual será objetivo en este trabajo mediante el establecimiento de un espacio de análisis en los distintos capítulos, en la búsqueda de criterios orientadores que incluso podrían ser de utilidad para eventuales modificaciones legislativas.

Como otra hipótesis de análisis, se produce la disfunción en el campo de la práctica y de los hechos que los operadores del sistema, entiéndase el sistema judicial, Ministerio Público, así como el sistema de la Policía Nacional y el penitenciario, deben cumplir con disposiciones penales que precisan de ciertos ajustes conforme a la situación de la mujer y el trato que corresponde a su condición especial.

Entonces, la finalidad de este trabajo de investigación y de exposición, consiste en hacer notar la necesidad de un estudio serio acerca de perfeccionar un procedimiento especial cuando una mujer resulte enjuiciada en sede penal, en consonancia con la Constitución Nacional, los tratados y convenciones internacionales firmados y ratificados por el Paraguay, con relación a la protección de la mujer.

Se busca analizar todo lo referente a los derechos de la mujer en el proceso



penal paraguayo, identificar las instituciones del derecho procesal que precisan ajustes a fin de cumplir con el propósito de brindar protección jurídica en materia de derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

De igual modo, entre los objetivos específicos, se presenta un análisis doctrinario actual que permitan aclarar los conceptos enunciados, principalmente a la luz de los principios constitucionales, con incidencia en la garantía del juicio previo, la garantía de la defensa en juicio y la dignidad de la mujer.

En este sentido, se analiza las posibles críticas existentes a partir de estudios realizados por diferentes instituciones y estamentos, entre ellos, el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.

Se estudia las deficiencias surgidas en torno a este periodo de casi dos decenios de implementación y a partir de ahí enfoca una solución de manera tal a que el justiciable y el sistema judicial cuenten con algunos parámetros para elaborar un marco procesal adecuado para el ejercicio de sus derechos, y que los operadores del sistema, por otro lado, cuenten con una redacción que establezca criterios claros dentro del Código Penal, más acorde con la realidad y con el programa constitucional fijado en la carga magna.

Importancia de un proceso penal enfocado en un estudio sobre la situación de la mujer

Históricamente, el derecho en general ha tenido una dimensión favorable al género masculino, trasladándose como natural consecuencia esta posición igualmente al ámbito del poder sancionador.

Esta tendencia en las legislaciones, de la cual tampoco escapó la legislación paraguaya, promovió una suerte de tratamiento diferenciado del sistema de justicia en relación a la mujer, principalmente bajo concepciones, en primer lugar, tuitivas



aunque en una dimensión patriarcal, basados en prejuicios sociales, como el hecho de la honestidad sexual exigida a la mujer¹, para los casos de hechos punibles contra la autonomía de la mujer, en donde por ejemplo el tratamiento dispensado a la mujer casada como víctima, se centra desde un propósito o eje distinto de la víctima propiamente, sino antes bien, el honor del cónyuge masculino; así como cierta expectativa vedada de sometimiento de la mujer hacia el cónyuge al no regular formas de sanción en casos de violencia doméstica.

Estas disfunciones, ciertamente no congruentes con las reformas constitucionales que postulan la igualdad de género, han motivado la atención de juristas que, preocupados por esta dispar posición ante el orden jurídico, se ocuparon de producir los debates en procura de modificar las estructuras ideológicas y paradigmas, los cuales fueron a su vez el eje de modificaciones legales, que han venido ganando considerable terreno en estos últimos años.

Acerca del derogado Código Penal del año 1914, Esther Prieto, explica:

Nuestro Código Penal refleja ciertas prácticas y conceptos tradicionales discriminatorios que consagran la subordinación de la mujer en la sociedad. Estos conceptos constituyen parte de la ley sustantiva, se expresan también en varios artículos del Código de Procedimientos Penales en los que se utilizan las leyes de fondo para juzgar la racionalidad de una acción delictiva o medir

¹ Así, Esther PRIETO reseña: La castidad, sinónimo de honestidad, exigida a la mujer, frente a la libertad sexual casi total del hombre, también forma parte de las reglas sociales sustentadas por el Código Penal. El artículo 319 condena: al que por medio de manejos o artificios fraudulentos induce en error a una mujer casada y aprovechándose del sustituye en el lecho a su marido.

El artículo 320 condena: “al que simulando un casamiento válido o abusando de facilidades ocasionales o familiares o por medio de maquinaciones dolosas, capaces de sorprender la buena fe, tuviere acceso carnal fuera del matrimonio, con una mujer menor de 16 años.

A primera vista, estos artículos parecen un intento de hacer frente a la anarquía sexual de los hombres. Sin embargo, ambas; la mujer casada y la mujer menor de edad, en el contexto del código no actúan por sí mismas. La mujer casada tiene esposo, y debe ser protegida, la mujer de 16 años supuestamente virgen, tiene un padre, también merece protección. Es casi obvio que el Código protege a través de ellas, el honor del *varón*”.



el grado de ofensa cometida. Ellos son discriminatorios, ya que dificultan la aplicación de una justicia plena para la mujer ofendida, por un lado, y para la mujer acusada de delito, por el otro.

Una lectura general del Código Penal pareciera indicar que el mismo es un documento neutral en cuanto al género. Los delitos en su gran mayoría se definen en términos que omiten cualquier preferencia al género del acusado o de la víctima. Sin embargo, los ejemplos de una discriminación patente y explícita contra la mujer no son pocos, y más aún, el Código Penal está redactado en el marco de una mentalidad patriarcal, y los diferentes roles atribuidos a los hombres y las mujeres y sus respectivas valoraciones, fueron recopilados sin disimulos en el mismo (Prieto, 1994, pág. 17).

Tan es así que concepciones que fueron producto de una sociedad con valores conservadores, ligadas a una filosofía que tutelaba el honor, se extiende su injerencia incluso en la protección de bienes jurídicos. De esta manera, se refleja no solo una dimensión ideológica, ligada al temor por el escándalo; antes bien, un propósito tuitivo en cuanto a una dimensión distorsionada del rol femenino en la sociedad, así como una percepción del deber de fidelidad para el sexo femenino, que en un pasado reciente permitió, en muchos países, la penalización del adulterio.

Cecilia Sánchez Romero considera que:

El aporte decisivo en este cuestionamiento lo constituyen las investigaciones y análisis del nuevo feminismo de los años sesenta, que surge en Estados Unidos y Europa y van cobrando fuerza en otros países de América, Oriente y África en los setentas. Las mujeres que conforman este movimiento reflexionan sobre el origen de la opresión femenina, analizando la relación entre capitalismo y dominación patriarcal, para descartar la supuesta naturalidad de la subordinación femenina. La arbitrariedad de la llamada división natural del trabajo ha sido también puesta en evidencia, así como el hecho de que la mujer se integra al proceso de producción en condiciones de desventaja que



evidencian una rígida división sexual del trabajo (1997, pág. 404).

Explica igualmente Sánchez Romero, que:

Desde el punto de vista del Derecho Penal la profunda relación entre moral cristiana tradicional y derecho es un factor que contribuyó en gran medida a la penalización de todas aquellas conductas de connotación sexual; se llegó a relacionar la transgresión penal y la función reproductora de la mujer. En las Siete Partidas se distinguieron modalidades de adulterio masculino, llegándose prácticamente a legitimar el concubinato del hombre casado cuando era realizado fuera del domicilio conyugal (1997, pág. 407).

Frente a estos datos históricos, los proyectistas se preocuparon en enfocar una legislación penal respetuosa de las cuestiones de género. En efecto, el Código Penal que regía antes de la vigencia del nuevo ordenamiento penal ignoraba la perspectiva de género, que busca la protección de la dignidad de la mujer, ciñéndose a criterios que ya no se encontraban en consonancia con el pensamiento de este siglo.

El concepto de la dignidad esencial de la mujer y de la necesidad de superar viejos moldes arcaicos que reservaban al hombre una serie de privilegios ha influido también en la legislación penal².

Resulta claro que los actuales Códigos Penal y Procesal Penal, constituyen la expresión de las modernas tendencias de la doctrina y de la legislación penal, que ha procurado igualmente recoger las aspiraciones de diversos sectores de la sociedad nacional.

² Es así como los antecedentes del proyecto del Código Penal, señalan que, a sugerencia de entidades que nuclean a mujeres paraguayas que trabajan a favor de los derechos de la mujer, entre las que cabe destacar al Servicio de Formación y Estudios de la Mujer (SEFEM), el proyecto final acogió artículos que traducen la llamada *perspectiva de género*, y apuntan a restituir a la mujer su dignidad esencial. De ahí que el proyecto haya incluido normas contra el acoso sexual (art. 136), violación de las reglas de adopción (art. 227), tráfico de menores (art. 228), violencia familiar y (art. 234) abuso sexual de niños (art. 138). La intervención del SEFEM también fue notoria en el capítulo intitulado *Hechos Punibles contra la Autonomía Sexual*, dentro del cual se encuentra el tipo penal de coacción sexual, conocido tradicionalmente como *violación*, que por cierto ha vuelto a ser incluido hace ya unos años.



Los sistemas penales y penitenciarios han puesto en evidencia de que manera se producen las vulneraciones de derechos de mujeres sometidas, al proceso penal y con mayor intensidad, aquellas privadas de su libertad mientras dura el proceso; así como la manera en que la estructura del poder judicial y la penitenciaria, se constituyen en instancias donde se pasan por alto o no se observan las desigualdades y refuerzan los patrones ya fuertemente arraigados en la idiosincrasia paraguaya.

Como un modo de equilibrar esta situación, corresponde llevar no solamente al campo del análisis jurídico o de la investigación, sino también al legislativo, la identificación y puesta en vigencia de principios inherentes al régimen penal aplicable a mujeres que hayan cometido algún ilícito penal. En tal sentido, la aplicación se centraría en cuestiones de procedimiento penal, sin que sea necesario crear distinciones en el campo del derecho penal, como se realiza en el caso de adolescentes infractores.

La estructuración de un procedimiento especial para la mujer que pudiere resultar autora o partícipe de un hecho punible parecería hoy en día un despropósito, por lo que no sería adecuado para el logro de la igualdad para las mujeres. Podría alegarse incluso, que hasta pudiera resultar inadecuado o hasta innecesario para obtener la meta prevista de alcanzar conforme al principio constitucional del derecho a la igualdad, previsto en el art. 46 de la Constitución Nacional de 1992 de la igualdad de las personas, que dice:

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.

Se considera además la ratificación del país de tantos instrumentos, sumado ello a la modificación del Código Penal y Procesal Penal.



De igual modo, debe tenerse en cuenta el art 48, de la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, de la Constitución que reza:

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

Sin embargo, la realidad se presenta con otro rostro, en el Paraguay a pesar de los avances en el campo normativo, persisten prácticas tendientes al desconocimiento de derechos básicos de la mujer, basta con ver la situación de las mujeres indígenas y las mujeres de las zonas rurales, por lo que resulta pertinente establecer un marco de protección especial que puedan ser sometida a un proceso penal, a fin de poder atenuar las desigualdades que se suscita en los hechos.

Para comprender mejor esta posición, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, en el marco de su 32º período de sesiones, realizados del 10 a 28 de enero de 2005, en sus Observaciones Finales: Paraguay, punto 20, señala:

El Comité expresó preocupación de que, si bien en la Constitución se reconocía la igualdad entre mujeres y hombres en los artículos 47 y 48, no había una definición de discriminación conforme al artículo 1 de la Convención ni una prohibición de esa discriminación ni en la Constitución ni en otra legislación nacional. El Comité manifestó también la inquietud de que, aunque la Convención formaba parte de la legislación nacional y podía invocarse ante los tribunales, no había causas en las que se hubiera invocado esas disposiciones. Al Comité le preocupaba igualmente la falta de programas de difusión de conocimientos jurídicos básicos para la mujer.

En este punto, conviene recordar a una destacada jurista nacional, la Dra.



Serafina Dávalos, que señaló el otro rostro de la historia contrastando con la realidad social del país en el año 1907 en su tesis doctoral, en los siguientes términos:

Al fin, la Revolución Francesa proclamó la libertad del hombre; pero se olvidó de la libertad de la mujer; y, ¿Por qué?: porque la ilustración media de las sociedades civilizadas no ha llegado todavía a penetrarse de suficiente luz para ver que la mitad del género humano yace aún en la más vergonzosa esclavitud; sencillamente porque aún ignora la unidad de esencia de la humanidad, y si alguna vez tal verdad enuncia, la hace por la vía de adorno literario, como una idea abstracta, muy bella, sí; pero de imposible realización.

Y para darse cuenta de la verdad de este aserto, no hay más que recordar el hecho mismo de la Revolución Francesa, que en su delirio por la libertad llegó a imponer el tratamiento de ciudadanos y ciudadanas a todos los varones y mujeres de Francia, como único lenguaje que guardara correspondencia con el ambiente de libertad que respiraban con singular cariño y repetían con alborozo, como el hombre amado de un bien cuya posesión tanto tiempo suspiraban; más era imposible que la humanidad tuviese la envidiable dicha de pasar de la miseria extrema a la extrema felicidad.

Desde entonces el derecho positivo coloca pomposas inscripciones en sus primeras páginas, insertando como bases de sus disposiciones los principios de libertad, igualdad de todos los habitantes de la República: pero luego, borrando con el codo lo que escribió con la mano, comienza con una interminable lista de derechos que solo algunos habitantes puede ejercer y otros no y, lo que es más, en sus disciplinas particulares, coloca la personalidad y la libertad de una parte de los habitantes, en manos de los otros habitantes: reproducción exacta del antiguo orden de las cosas; la igualdad siempre un mito: la libertad privilegio de la fuerza; la mujer esclava como siempre, semi-persona en quien los hechos reflexivos se festejan como chistosas ocurrencias de un chiquillo (Dávalos, 2007, pág. 22).



Diseño y pautas reguladoras

En el modo de pergeñar este procedimiento especial, su aplicación debería dirigirse cuando una persona del sexo femenino cometa una infracción que la legislación ordinaria castigue con una sanción penal.

Este procedimiento no debería, en principio, establecer rebajas en la pena, ni ningún otro tratamiento distinto que le corresponde establecer a la legislación penal; sin embargo, pretende en cierto modo armonizar los derechos de la mujer que pudiera resultar sujeta a una persecución penal, en salvaguarda siempre de la efectiva vigencia de las garantías procesales, como el de la presunción de inocencia, el derecho a contar con una defensa efectiva, aspectos importantes que representan elementos fundamentales de todo juicio imparcial y justo.

El proyecto tutela el derecho a la protección de la intimidad de la mujer, ya que es sabido el efecto devastador que la publicidad puede operar frente a una exposición frente a los medios de prensa.

Con la finalidad de establecer una respuesta punitiva más justa, correspondería el cumplimiento en todos los casos de un perfil psicológico a los efectos de que las autoridades encargadas del juzgamiento de la autora del hecho reputado delictuoso estén debidamente enteradas de los antecedentes familiares, su grado de alfabetización, etc., para lo cual se considera menester implementar un sistema de cesura del juicio dictando primero interlocutorio de reprochabilidad y postergando el dictado de la sentencia para una etapa posterior, tras un periodo de observación sobre el desarrollo de la personalidad de la mujer y fundamentalmente el impacto de una sanción penal.

En cuanto al sistema penal, el Ministerio Público y la Corte Suprema han de arbitrar recursos tendientes a los efectos de contar con los profesionales que puedan dar cumplimiento a esta exigencia de relevancia procesal.

En cuanto a las medidas de coerción, se establecen antes que limitaciones,



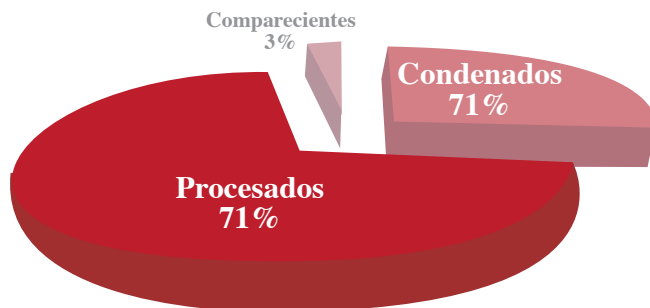
contornos más definidos retornando al juez el poder de evaluar el mérito de la prisión preventiva cuando la accionada penalmente resultare madre cabeza de familia, de hijo menor de trece años o que éste sufiere incapacidad mental permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado.

En un informe publicado en medios electrónicos por la Corte Suprema de Justicia sobre la Situación de personas privadas de libertad, a partir de un relevamiento de datos de la: Correccional de Mujeres Casa del Buen Pastor, elaborado sobre la base de una población penitenciaria total de 396 (al 16 de mayo de 2013) señala:

De una población total de 396 mujeres, 107 poseen condena firme, 289 se encuentran procesadas y 10 son comparecientes. El hecho de que el 71% de la población del correccional estén aun sujetas a un proceso no necesariamente implica que se estén cumpliendo con las etapas procesales previstas en la ley. Esto se debe a que en su mayoría, aunque no se registran datos estadísticos concretos, las internas no cuentan con una condena porque desconocen el estado de sus causas; sea por falta de abogados/as defensores/as o por abandono por parte de los mismos/as, falta de impulso procesal o retardo de justicia Corte Suprema de Justicia, 2016).

Gráfico 1.

Población total: 396 (16/05/2013)



Fuente: Gráfico extraído del informe Situación de personas privadas de libertad elaborado por la Corte Suprema de Justicia.



En este sentido, estos indicadores de población penitenciaria en el penal de mujeres, proporcionan datos que permiten inferir que los ajustes que puedan realizarse en el procedimiento penal no constituirían una pesada carga para el sistema de administración de justicia penal, dada la escasa cantidad de mujeres privadas de libertad en el sistema penitenciario nacional, que contrasta con la población masculina; más aún si se considera que de acuerdo a datos estadísticos de fuentes periodísticas serias, las cifras de reclusas con condenas en el Buen Pastor, sería en realidad, mayor que los casos expuestos en los demás centros penitenciarios.

Este punto se advierte en una investigación del diario La Nación, de fecha 4 de marzo de 2016, titulado: Buen Pastor rebasada y con el 63% de internas sin condena, se reseña:

Del total de reclusas apenas el 37% (166) tiene condena. No obstante, esta cifra está muy por encima del promedio que se mantiene en las demás penitenciarías paraguayas, que llega al 22%. Debido a la superpoblación en este penal, el Ministerio de Justicia decidió clausurarlo en junio del 2015 para evitar que más internas sigan ingresando y que el hacinamiento sea mayor. Al igual que Tacumbú para los hombres, Buen Pastor es el principal centro de reclusión para mujeres en Paraguay (Diario La Nación, 2016).

Rasgos esenciales del procedimiento especial

a) Derecho al debido proceso.

Cuando una persona del sexo femenino sea sometida a proceso penal y más aún cuando se trate de una adolescente infractora, tiene derecho a que se le apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentre involucrada.

En toda actuación judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrada en carácter de imputada, tendrá derecho a ser escuchada y sus opiniones deberán ser atendidas.



De igual modo, tienen derecho al debido proceso penal, a las garantías procesales básicas tales como: la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las imputaciones, el derecho de defensa y de contradicción, el derecho al asesoramiento eficaz y minucioso, el derecho a la confrontación con los testigos e interrogar a estos, el derecho a la doble instancia y, en general, las demás garantías consagradas en la Constitución, la ley y los tratados internacionales.

b) Derecho a recibir asistencia específica para no volver a cometer hechos punibles

En los procesos penales que afecten a mujeres se deben igualmente garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.

En el caso de salidas alternativas, se debería potenciar el grado de responsabilidad con relación a la labor de asistencia y representación de quien ejerce la defensa técnica de la imputada o acusada, principalmente en caso de formularse un pedido de procedimiento abreviado, en cuyo caso la defensa de la imputada o acusada, deberá manifestar en su petición, como presupuesto de admisibilidad, el cumplimiento de la exigencia de conferenciar previamente a la audiencia con su defendida, para evaluar el alcance y consecuencia de la aceptación de los hechos, del trámite que se imprimirá al proceso y de la eventual sentencia que podría recaer.

A fin de documentar esta exigencia, cuando el defensor plantee la petición, deberá dar fe en su respectivo escrito, de que su representada ha sido debidamente instruida sobre el sentido y alcances del procedimiento abreviado.

Se busca otorgar las debidas salvaguardas de este acto y que las actuaciones no se limiten al simple refrendo del defensor técnico, de acuerdo con la exigencia prevista en el inc. 3° del art. 420, Admisibilidad, del Código Procesal Penal paraguayo, que en la práctica ha demostrado no constituir una defensa eficaz. Incluso se considera menester que el respectivo escrito tenga el carácter de documento público, tal como lo introdujeron otros códigos procesales de factura técnica un poco más reciente,



como es el hondureño del año 2002, en su procedimiento abreviado, dirigido a jerarquizar el acto y otorgarle la debida solemnidad que las consecuencias de su admisión para la vida del justiciable pueda representar y representará en el futuro.

El Juzgado debería efectuar un mayor control judicial, como una cuestión previa al examen de admisibilidad, verificar el cumplimiento de este presupuesto, para lo cual deberá oír a la imputada o acusada, en su caso, para valorar la voluntariedad del consentimiento prestado por ella.

Si el juez comprueba que el consentimiento no fue dado libremente por la imputada o acusada o que ésta, al prestarlo, no tenía pleno conocimiento de su alcance, o que falta cualquiera de los otros requisitos señalados conforme al procedimiento especial previsto en el Código de Procedimientos Penales, dictará resolución declarando sin lugar el procedimiento abreviado y la continuación del procedimiento común. La admisión de los hechos por parte de la imputada o acusada, no será considerada como una confesión.

c) Derecho a que solo se restrinja su libertad bajo circunstancias excepcionales.

Teniendo en cuenta el art. 19, De la Prisión Preventiva previsto en la Constitución Nacional, el cual establece la aplicación de la prisión preventiva solamente cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio, resalta en consecuencia el carácter restrictivo de esta medida cautelar, encontrándose igualmente previsto en el ámbito de los procesos penales que afecten a mujeres y en particular cuando sean adolescentes infractores, pues es necesario una inclusión de la dimensión de género a la hora de evaluar la aplicación de una medida cautelar a una persona de sexo femenino, razón por la cual la prisión preventiva solamente puede ser aplicada por el órgano jurisdiccional cuando las demás medidas cautelares resulten insuficientes debido a las peculiaridades del caso.

En este sentido, el trabajo identifica las consecuencias que el encierro preventivo acarrea en las mujeres, más aún por el hecho de que la prisión ha sido



muchas veces estudiada dejando en el olvido a las mujeres, o al menos, diluyéndola en la creación de un discurso común para ambos, pasando sin embargo por alto o soslayando la realidad diversa de las reclusiones masculinas y femeninas.

En un importante Informe de Monitoreo n.º 16 del año 2015, realizado por el Mecanismo de Prevención de la Tortura, en adelante MNP en su punto 5.2., titulado Acceso a la justicia. Limitación del uso de la prisión preventiva, señalaba:

Sobre una población total de 477 mujeres privadas de libertad correspondientes al registro del Departamento Judicial del Correccional al 3 de julio de 2015, el 33,7 % (161 mujeres) se encontraba cumpliendo una condena, y el 66 % (316 mujeres) se encontraba en virtud de una orden de prisión preventiva. Es decir, en el Correccional de Mujeres del Buen Pastor, seis de cada diez personas privadas de libertad no tienen condena, aproximándose a la tendencia que se registra en la media del total del sistema penitenciario paraguayo (21,8% con condena; 78,2% sin condena, de acuerdo con el último parte diario del 24 de julio de 2015). Datos del 2012 ubican al Paraguay en el décimo lugar en ese mismo indicador a nivel sudamericano.

La composición de la población según el patrón de criminalización secundaria describe las mismas tendencias que se registran a nivel nacional en el caso de las mujeres adultas. Mayoritariamente, las mujeres se encuentran criminalizadas por situaciones vinculadas a la represión al narcotráfico, al microtráfico, la posesión de sustancias estupefacientes, etc. Un 63,8% (309 mujeres) se encuentra por delitos definidos en la Ley n.º 1340/88 y sus modificaciones. El 17,8% (86 mujeres) se encuentra por hechos punibles contra las personas (homicidio, secuestro, trata de personas, etc.); y, finalmente, un 15,1% (73 mujeres) se encuentra por hechos punibles contra los bienes (principalmente hurtos, robos, reducción, estafa, etc.)

El MNP considera que la situación de hacinamiento de las prisiones se da, entre otros factores causales, por el uso abusivo de la prisión preventiva. Esta



situación es consecuencia de una deliberada política de Estado de encerrar y no considerar alternativas al uso de la prisión. La excesiva demora en la realización de los juicios a personas privadas de libertad, a criterio del M N P constituye un indicador de abuso de la prisión preventiva y una vulneración del derecho de las personas detenidas a ser juzgadas dentro de un plazo razonable o, en su defecto, ser puestas en libertad. Esta política viola sistemáticamente el art. 19 de la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3) y la Convención Americana de Derechos Humanos.

En tal dirección, la propuesta pone a consideración puntos de referencia que deberían ser reconocidos en el régimen de aplicación de medidas cautelares y consecuentemente, para su debida ponderación y evaluación de los jueces y fiscales, acerca de las problemáticas que sufren las mujeres sometidas a prisión preventiva, que en muchos casos difieren en sus alcances y proyección con relación al sexo masculino.

De esta manera, se tiene como un dato de la realidad que en país las mujeres salen a trabajar siendo, en muchos casos, un verdadero sostén o aporte económico para el mantenimiento del hogar, motivo por el que su falta tiene una incidencia negativa en el hogar y en particular con los hijos, lo cual se torna en la práctica en un verdadero castigo adicional.

Con frecuencia los tribunales suelen establecer como uno de los presupuestos para evaluar el peligro de fuga, el arraigo o la falta de este, del o la imputada/o, con arreglo al art. 243, Peligro de fuga del Código Procesal Penal, que dice:

Para decidir acerca del peligro de fuga, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias: 1) la falta de arraigo en el país, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

La vigencia del término arraigo se aplica desde una perspectiva igualitaria



tanto para los hombres como para las mujeres, cuya situación procesal es evaluada en oportunidad de la sustanciación de los pedidos de aplicación de medida cautelar, el cual ciertamente resulta insuficiente para un estudio acabado sobre las consecuencias que el encierro preventivo puede representar para la vida de la mujer y su ámbito familiar.

A mayor ahondamiento, si tan solo se tuviera en cuenta que la mayoría proviene de hogares social y económicamente desaventajados, esta disminución de los ya reducidos ingresos agudiza aún más la precaria situación familiar, ubicando a los demás integrantes, niños o adolescentes, en los lindes de la pobreza y de la indigencia.

También debe considerarse el hecho que el encierro significa profundos cambios para los niños, que son los eslabones más débiles en la familia, quienes ante este cambio brusco deben colaborar en el sostenimiento del hogar y de ellos, para lo cual deben realizar esfuerzos tales como el abandono del estudio, así como la asunción de responsabilidades en la casa, como lo sería el cuidado de sus hermanos menores. Por tal motivo, la propuesta prevé la figura de la sustitución de la detención y la sustitución de la prisión preventiva, con algunos contornos previstos en la legislación comparada, como el Código de Procedimientos Penales de Colombia, Ley n.º 906 del año 2004, que faculta al juez a dictar la sustitución de la detención preventiva en dependencias policiales por la del lugar de residencia, cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será evaluado por el juez al momento de decidir sobre su imposición; cuando la imputada fuere madre cabeza de familia de hijo menor de trece años o que sufre incapacidad mental permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado.



En un importante trabajo de investigación en la Argentina, titulado *Mujeres en Prisión*, los alcances del castigo, enfocado en un estudio sobre género y sistemas penitenciarios, pone en evidencia de qué manera se producen las vulneraciones de derechos de las personas presas y de que forma la estructura penitenciaria se convierte en un mecanismo social más en la construcción de las identidades de género, en su capítulo *Las familias después del encierro*, indica:

En el 73% de los casos, el hecho de que las mujeres encuestadas estén detenidas afectó el mantenimiento o la subsistencia de sus hogares. Por supuesto, la afectación es valorada como negativa, ya sea por las consecuencias económicas acarreadas tras el encierro, como por el daño emocional que conlleva. El impacto que genera en los hogares el encarcelamiento y, en especial, en sus hijos, configura de hecho un castigo adicional a las detenidas que debería ser reconocido legalmente y ponderado por la justicia.

Con relación a la afectación de índole material, el 67,5% de las respuestas hizo referencia al aumento de la vulnerabilidad económica del grupo familiar. Más de la mitad de estas mujeres (51,9%) contestaron que la afectación fue directa, pues ellas eran el principal sostén económico y el 8,3% manifestaron que perdieron o debieron alquilar su casa como consecuencia del encarcelamiento.

Si se tiene en cuenta que la mayoría proviene de hogares social y económicamente desaventajados, esta merma en los ingresos coloca al grupo familiar en situaciones directas de indigencia.

En otro número significativo de casos, el encierro ocasiona situaciones de



exclusión social del grupo familiar, en particular de los niños. Se constata que el 17,6% de las entrevistadas expresó que sus hijos debieron abandonar los estudios y buscar un trabajo tras su detención. Muchas veces, estas situaciones acarrear la necesidad de que niñas o adolescentes asuman responsabilidades de cuidado de sus hermanos más pequeños, responsabilidades que recargan a las niñas y adolescentes con tareas que no son acordes con su desarrollo madurativo e impiden la satisfacción de sus propias necesidades (CELS, 2011, Págs. 161 y 162).³

d) Derecho a comparecer a las audiencias restringidas al público

En materia de publicidad, las audiencias que se surtan en el proceso de responsabilidad penal para mujeres, ante los jueces de control de garantías y ante los tribunales de sentencia, deben ser cerradas al público, limitándose a la intervención de los sujetos procesales.

e) La reserva de las diligencias

En los procesos penales que involucren a mujeres, las actuaciones procesales dirigidas, deben ser restringidas solo a las partes, sus apoderados y los organismos de control. La identidad de la procesada, salvo para las personas mencionadas,

³ En el trabajo de investigación indica además que: “Frente a necesidades tan acuciantes, incluso desde la cárcel las mujeres siguen proveyendo recursos a sus hijos. Así, 4 de cada 10 mujeres declararon que continúan haciendo aportes económicos a sus hogares. Si se tienen en cuenta las dificultades para acceder al trabajo en la prisión, los magros ingresos que perciben por las actividades que desarrollan, y las fuertes necesidades propias que padecen durante su estadía en la cárcel, este porcentaje demuestra que, pese a las dificultades que encuentran, las mujeres quieren y, en la medida de sus posibilidades, continúan ejerciendo sus responsabilidades maternas.

Más allá de la contundencia de la información relativa al perjuicio de índole económico y sus secuelas de exclusión, en las respuestas obtenidas también se advierte que el impacto del encarcelamiento excede ampliamente la atención de las necesidades materiales, e instala la afectación emocional de los niños como motivo de gran preocupación y angustia de las madres. Muchas de ellas hicieron referencia al deterioro de la salud psicológica de *sus hijos como consecuencia de su encarcelamiento. Una de cada 4 mujeres (el 24,1%) mencionó la afectación de la salud de alguno de los integrantes de la familia*”. MUJERES EN PRISIÓN. Los alcances del castigo.



gozará de reserva y a las autoridades judiciales y policiales, vedada la posibilidad de revelar la identidad o imagen que permita la identificación de las personas procesadas.

f) Restricción de acceso de antecedentes

Corresponde establecer una restricción de carácter registral, quedando los registros de antecedentes de procesos previos y condenas realizados en contra de mujeres en condiciones de estricta confidencialidad, por lo que no podrán ser consultados por terceros; restringiendo su uso a las autoridades judiciales intervinientes y competentes para definir las medidas aplicables cuando se trate de establecer la naturaleza y gravedad de las conductas y la proporcionalidad e idoneidad de la pena o medida.

Método

El método seguido para el desarrollo de este trabajo se basó en una serie de indicadores, tales como: Distintos estudios acerca de la situación procesal e informes provenientes del sistema penitenciario referentes al Penal de Mujeres Casa del Buen Pastor, elaborados en distintos estamentos, como lo sería el Informe de Monitoreo n.º 16 del año 2015, proveniente del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Se incluye también una colección de datos, estudios, publicaciones escritas vinculados a los derechos de la mujer, de fuentes autorizadas históricas tomadas del trabajo de Serafina Dávalos y otros provenientes de importantes fuentes periodísticas como el Diario ABC, la Nación, en formato digital referentes a la penitenciaria del Buen Pastor.

Estos trabajos, evaluados en su conjunto, suministran puntos de referencia para sustentar la necesidad de comenzar a realizar un análisis serio acerca de la necesidad de incorporar un procedimiento especial y específico cuando una mujer resulta imputada.

Según la naturaleza de los objetivos en cuanto al nivel de conocimiento que



se desea alcanzar, la investigación es descriptiva siendo que se efectúa para poder describir la situación de las mujeres en prisión, exponiendo en sus componentes principales una realidad que se ha proyectado en forma patente a lo largo de muchos años en nuestro sistema judicial.

El trabajo cuenta con cierto carácter exploratorio, siendo que el tratamiento de un procedimiento especial para el caso de una mujer no ha sido aun suficientemente estudiado y las condiciones existentes no son aún determinantes, precisamente, porque el eje motivador de las reformas en los sistemas penales se ha dirigido a reivindicar los derechos de la mujer en su carácter de víctimas de hechos punibles, pero no cuando son sometidas a persecución penal.

Conclusión

A modo de culminación, solo resta aclarar que las presentes reglas mínimas, están expuestas más bien como puntos de partida para pensar un conjunto de reglas garantizadas del proceso penal aplicable a mujeres que hayan cometido algún ilícito penal, las cuales resultan necesarias en cuestiones de procedimiento penal, sin que esto implique crear distinciones en el campo del derecho penal.

Recomendación

La propuesta que se presenta a partir del análisis de este estudio permite ofrecer un punto de partida para generar debates legislativos, para lo cual podría conformarse un organismo técnico criminológico a instancias del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público, en la búsqueda de crear espacios de diálogo acerca de la realidad del sistema de administración de justicia.

El producto de este organismo consistiría en otorgar un marco normativo en el procedimiento penal paraguayo, que pueda estar en congruencia con los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales que reivindican los derechos de la mujer, en los casos en que la misma resulta sometida a un proceso penal.



También se deben profundizar los puntos relativos a una descripción de un proceso penal para la mujer, buscando mecanismos para la aplicación de las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucradas, en donde tendrán derecho a ser escuchadas y su opiniones deberán ser atendidas, principalmente, al goce y uso eficaz de garantías procesales básicas tales como: la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las imputaciones, el derecho de defensa y de contradicción, el derecho al asesoramiento eficaz y minucioso, y elaborar un material que permita exponer los avances en esa dirección.

Otro punto constituye concienciar a los operadores del Ministerio Público para el cumplimiento de los derechos humanos de la personas privadas de libertad y que el derecho de que se restrinja su libertad bajo circunstancias excepcionales, pues es necesaria una inclusión de la dimensión de género a la hora de evaluar la aplicación de una medida cautelar a una persona de sexo femenino, razón por la cual la prisión preventiva únicamente puede ser aplicada por el órgano jurisdiccional cuando las demás medidas cautelares resulten insuficientes debido a las peculiaridades del caso.

Referencias

- DÁVALOS, Serafina. Año 2007. *“Humanismo”*. Reedición a los 100 años de la tesis de 1907 de Serafina Dávalos. Asunción- Paraguay. Centro de Documentación y Estudios.
- PRIETO, Esther. Año 1994. *“Mujer y Justicia Penal en el Paraguay”*. Asunción-Paraguay Centro de Estudios Humanitarios.
- MUJERES EN PRISIÓN. Año 2011. Los alcances del castigo. Publicación realizada por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) Ministerio de la Defensa Pública de la Nación. Procuración Penitenciaria de la Nación. Edit. Siglo Veintiuno. Editores. Buenos Aires- Argentina.



REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL. Abril de 1997. Obra colectiva:

GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel, y Otros. San José- Costa Rica. Publicación de Abogados de Costa Rica. Asociación de Ciencias Penales.

Situación de Personas privadas de libertad. Recuperado de <http://www.pj.gov.py/contenido/926-situacion-de-personas-privadas-de-libertad/926>.

Buen pastor rebasada y con el 63% de internas sin condenas. Diario La Nación, 2016, Recuperado de <http://www.lanacion.com.py/2016/03/04/buen-pastor-rebasada-y-con-el-63-de-internas-sin-condena/>.

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Asunción, Paraguay. Recuperado de <http://www.mnp.gov.py/index.php/repository/informes-de-monitoreo-y-seguimiento/penitenciarias/penitenciarias/Penal-de-Mujeres-Casa-del-Buen-Pastor/>. Fecha de última revisión: julio de 2017.



Artículo de actualidad

Autoría mediata por aparatos organizados de poder

Indirect perpetration through an organized apparatus of power

Mba'evai apoukáhára pu'aka mbarete rupive

*Mirian Patricia Balbuena Ríos**

Postgrado en Ciencias Penales. Asunción, Paraguay

*Rocío Celeste Benítez Báez***

Poder Judicial. Asunción, Paraguay

*Liz Carla Francisca Escobar Franco****

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

*Mario Fleita*****

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

*Silvina Noemí Ovelar******

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

*Rubén Darío Riquelme******

Poder Judicial. Asunción Paraguay

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

Recibido: 04.06.17 – Aceptado: 16.08.17

* Miriam Balbuena. Abogada litigante, Asunción Paraguay. Email: mipatty.23@gmail.com Abogada Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Ciencias Penales postgrado de la Universidad Nacional de Asunción.

**Rocío Benítez. Asistente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Asunción, Paraguay. Email: celeben3@hotmail.com

*** Liz Carla Escobar. Asistente Fiscal, Docente del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público. Asunción, Paraguay. Email: carlaes89@hotmail.com Abogada Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Ciencias Penales postgrado de la Universidad Nacional de Asunción. Integrante del plantel de Investigadores del CEMP

**** Mario Fleitas. Asistente Fiscal, Ministerio Público. Asunción, Paraguay. Email: mariofelitas02@hotmail.com Abogado Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Ciencias Penales postgrado de la Universidad Nacional de Asunción.

***** Silvina Noemí Ovelar. Coordinadora en el Laboratorio Forense, Ministerio Público. Asunción, Paraguay. - Email: ovesil@hotmail.com Abogada Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Ciencias Penales postgrado de la Universidad Nacional de Asunción.

***** Rubén Darío Riquelme. Juez penal de garantías y control 4to turno de la circunscripción de Capital. Asunción, Paraguay. Abogado Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Ciencias Penales postgrado de la Universidad Nacional de Asunción.



Resumen

El presente artículo indaga la aplicabilidad de la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en el ordenamiento jurídico vigente, desarrollada por el jurista alemán Claus Roxin (1963). La figura surge como una nueva forma de participación criminal, con el objeto de llenar los vacíos legales a consecuencia del concepto restrictivo de autor que imperaba en ese entonces en Alemania. En ese sentido, el Código Penal paraguayo adopta la teoría del dominio del hecho en lo que respecta a la autoría, estableciendo una distinción en las formas del dominio del hecho para ser considerado autor –directa, mediata y coautoría– y acoge el concepto restrictivo de autor por medio a partir de la tripartición de la intervención delictiva. A este respecto, el Código Penal ubica al autor como la figura central en la realización del hecho y a los inductores y cómplices le otorga un papel secundario en la intervención del delito, ya que es lo que corresponde y satisface a la exigencia de un Estado de Derecho, limitándose estas últimas a una mera extensión de la punibilidad. La nueva forma de intervención criminal impulsada por Roxin implica un cambio de concepto en la estructura ontológica de la conducta delictual y por eso se torna necesario analizar con detenimiento sus postulados.

Abstract

The present paper explores the indirect perpetration through an organized apparatus of power's theory, in the current legal system, developed by the german jurist Claus Roxin (1963). The legal concept emerges as a new form of criminal participation, with the aim of filling up the legal vacuum, left by the restrictive concept of perpetrator, valid at that time in Germany. In that sense, the paraguayan Penal Code adopts the theory of control of events, regarding authorship -direct, indirect, and co-authorship- and takes the author's restrictive concept, splitting the criminal participation into three parts. In this respect, the Penal Code sets the author as central figure in the accomplishment of the criminal offense, since this fullfills the rule of law; and grants inductors and accomplices a second role, given the fact that these are punished merely by extension.



The new form of criminal participation proposed by Roxin, implies a change of concept in the criminal behavior's ontological structure, and that is why it turns necessary to analyse his assumptions more closely.

Ñembyapu'a

Ko tembiapo oikuaase ojejapópa hína umi kuaapytee pegua oñe'ëva mba'evai apoukáhára pu'aka mbarete rupive, oíva ko'ãgua lei kuérape, oguerojera va'ekue jurista alemán Claus Roxin (1963). Oñemohendáma mba'evai apoháramo koichagua tembiapopy, ha péicha oñemyenyhẽ kuri upe léipe ymave ndaipóri va'ekue, upérõguare Alemaniap e ojechecha michĩháicha gueteri mba'evai apoharépe. Upeicha rupi, pe código penal paraguái mba'éva, oñekarama pe kuaapytee he'íva tekotevẽha ojekuaa porã mba'evai apohare, tojekuaa porã mávaitépa ra'e mba'evai apoha ha mávapa omoirũ ra'e ichupe hembiapo vaípe, ha ohechakuaa pe mba'evai apoha apytépe ikatukuaaha oíke opaichagua tapicha hembiapo vaíva. Upévale, pe Código Penal ohechakuaa upe mba'evai apohaitépe, ha umi imoirũhára kuéra tembiapovaípe, ndo'apaitévimaí hi'ãri castigorã, kóicha iporã ojejapo ha kóva omyenyhẽte ojepótárõ hekoitépe Estado Derecho, ko'ã oporomoirũ va'ekue ohypýi'ivéma ichupe mba'e vai rehegua castigo. Ipyahu gueteri hína ko Roxin omongu'éva mba'evai apo rehegua jekuaarã, kóicha ojejapótarõ tekotevẽ oñemoambue tembikuaa ojeguerekóva mba'evai apohare rehe, ha upévale tekotevẽ oñehesa'ỹijo oje'éva.

Palabras – clave: autoría, participación, autoría mediata, instrumento, fungibilidad.

Keywords: authorship – participation – indirect perpetration – instrument - fungibility

Ñe'ẽ apytere: Mba'evaiapohare, tembiapo moirũha, tembiapoukapy. Pojuapy, ñembogekuaáva.



Introducción

No se puede desconocer que el creciente aumento de la criminalidad organizada se presenta como una casi perfecta maquinaria ideada para la realización de hechos punibles, en donde existe toda una asociación de personas nucleadas, generalmente, en torno a otros u otras personas que tienen el poder de mando sobre quienes se encuentran subordinadas a aquellas y dispuestas a actuar al margen del derecho.

Esta realidad y otras que presentan las mismas notas esenciales, son las que han puesto nuevamente en boga la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, formulada ya por Claus Roxin en el año 1963 en busca de una respuesta a una problemática que se daba en cuanto al tipo o forma de intervención de la figura, de lo que él llamó “hombre de atrás”. Este es la persona que detenta un poder de mando sobre una organización, perfectamente jerarquizada y que se vale de la misma para la realización de un hecho punible puesto en marcha, a partir de una orden a uno de sus subordinados.

En ese sentido, al hacer un análisis exhaustivo de la realidad empírica esbozada en el párrafo precedente y al contrastarlo con nuestro ordenamiento jurídico penal, ley n.º 1160/97, se advierte un vacío en cuanto a la forma de intervención del denominado hombre de atrás, ya que, atendiendo a la sistemática de dicha normativa, que sigue la teoría del dominio del hecho y teniendo en cuenta que el hombre de atrás no ejecuta de propia mano el hecho, inmediatamente se suscita cómo y en qué carácter se va a juzgar al hombre de atrás dentro de nuestro Código Penal Paraguayo.

Por tanto, el planteamiento que se hace en el presente trabajo de investigación es si resultaría o no conveniente la inclusión del régimen de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, a fin de dar una respuesta, desde nuestro ordenamiento jurídico, a los delitos que normalmente son cometidos por órganos jerarquizados de poder.



Formas de participación criminal en el ordenamiento jurídico paraguayo

Consideraciones generales

Mediante una descripción delimitada del objeto de estudio, resulta propio partir del concepto de la palabra autor. El diccionario de la Real Academia Española contiene varias acepciones de la palabra, desde el punto de vista del derecho penal el autor es “la persona que comete el delito o fuerza o induce directamente a otros a ejecutarlo, o coopera en la ejecución por un acto sin el cual no se habría ejecutado”. En el diccionario de ciencias jurídicas, se define al autor como “sujeto activo del delito”. En ese sentido, autor puede ser inmediato o mediato, según ejecute personalmente el acto delictivo o para su ejecución se valga de otro sujeto que no es autor o no es culpable, o no es imputable (Ossorio, 2010, pág.109).

Como puede observarse, existe una distinción entre autor inmediato y autor mediato, vale decir, el que ejecuta por sí mismo una acción, en este caso delictiva, considerada doctrinariamente como autoría auténtica, del que ejecuta la acción valiéndose de otro a ese efecto, identificada como figura del instrumento.

Así también, la pluralidad de sujetos activos es un elemento esencial para configurar la hipótesis participativa. Ese concurso de varias personas puede ser imprescindible o meramente circunstancial, pues muchas veces existen metas u objetivos que no puedan ser alcanzados individualmente y por ello se impone la necesidad de sumar esfuerzos y dividir el trabajo; mientras que otras veces la unión consiste en una concurrencia fortuita o accidental (Fierro, 1993, pág. 1).

Surgen, en tal sentido, diferencias entre autoría y participación, considerada dogmáticamente la participación como una figura accesoria a la autoría, independientemente a la pena que merezca el partícipe o el autor en el caso concreto, ya que la participación supone siempre la existencia de un autor principal en función del cual se tipifica el hecho cometido. La participación viene a ser un concepto de referencia, suponiendo la existencia de un hecho ajeno (autores o coautores), a cuya



realización el partícipe contribuye (como instigador o cómplice). Esta diferenciación entre autoría y participación supone el motivo por el cual sólo se hace referencia al autor en la descripción típica de la parte especial, incluyendo el marco penal previsto, la dependencia de la participación con respecto a un hecho punible realizado por un autor y la existencia de tres formas de autoría: la inmediata, la mediata y la coautoría, así como dos formas de participación: la instigación y la complicidad.

Esta corriente es aceptada por el Código Penal paraguayo, teniendo presente lo que dispone el artículo 29. Autoría, donde se distinguen tres tipos de autorías:

Autoría directa o inmediata: “Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí...”. Cuando se realiza personalmente el hecho punible, de modo directo y es la que se encuentra referenciada en la parte especial al realizarse la descripción del tipo. Ejemplo: “... El que matara a otro...”.

Autoría mediata: “...o valiéndose para ello de otro...”. Es decir, sirviéndose de otro que actúa como instrumento (no imputable) en comisión del hecho punible, por medio del dominio de la voluntad que el sujeto de atrás ejercer sobre el instrumento.

Coautoría: Inc. 2º: “También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización.

En cuanto a la coautoría, se contempla una realización conjunta de la acción dentro de ella:

La coautoría ejecutiva directa o total: en la que todos los coautores realizan la totalidad de los actos ejecutivos; y

La coautoría parcial: “...en la que se da un reparto de las tareas ejecutivas...” (Muñoz Conde & González Macchi, 2003. págs. 212-213).

Distinguida la participación de la autoría, es importante enmarcar las formas



de participación recogidas por el Código Penal en los artículos 30 y 31:

Instigación: “Será castigado como instigador el que induzca a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor”. De acuerdo con la redacción el instigador hace surgir en el instigado o inducido la idea de cometer un hecho antijurídico doloso; sin embargo, quien decide, domina y se determina a realizarlo es el instigado. Desde esa perspectiva, la realización del hecho depende del autor principal, que sería el instigado, ya que, si éste no comienza la ejecución, sólo cabría la tentativa a la instigación dentro de los límites previstos en el artículo 34. Tentativa de instigar a un crimen.

Al equipararse la responsabilidad del instigador con la de autor, resulta oportuno delimitar los requisitos para la procedencia de la instigación. Debe existir una conexión causal, desde el punto de vista psíquico, con respecto a la voluntad del instigado y la relación entre uno y otro debe ser directa y personal, encaminada a cometer un hecho antijurídico doloso y no una mera recomendación o sugerencia. En cualquier caso y sin discriminar el medio empleado para instigar, siempre que sea eficaz, el instigador debe dejar en el autor directo o instigado, la decisión de ejecutar o no el hecho punible.

Complicidad: “Será castigado como cómplice el que ayudara a otro a cometer un hecho punible antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor y atenuada con arreglo al artículo 67”. En este caso, lo que se castiga es la cooperación para realizar un hecho antijurídico, en ese contexto, la conducta del cómplice debe ser manifiestamente peligrosa de manera tal que represente un incremento relevante en el éxito del autor y con ello, la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos.

Esbozadas básicamente las particularidades que integran la participación en el ordenamiento jurídico nacional al remitirse al punto de análisis –autoría mediata por aparatos organizados de poder– se deduce que la misma forma parte de la subclasificación dentro de lo que doctrinariamente se conoce como autoría mediata, de acuerdo a la familia jurídico- penal a la cual pertenece, siendo este un tema



discutido considerado como una construcción dogmática iniciada e impulsada por el reconocido tratadista Claus Roxin.

Sin embargo, como pudo notarse precedentemente, la “autoría mediata” es una forma de autoría donde el agente domina el acontecimiento, sin tener que participar en la realización típica o colaborar de otra manera, dominando al ejecutor mediante fuerza o engaño (dominio de la voluntad que confiere su impronta a la autoría mediata) (Roxin, 2014, pág. 75).

De esa forma, se puede realizar un tipo sirviéndose de otro “...alguien que actúa como medio en el hecho...” (Roxin, 2014, pág. 84) y empleando la persona de éste para fines propios, de modo que mediante su instrumentalización se domina mediatamente como sujeto de atrás del acontecer. Tal comisión del hecho a través de otro en los que se caracteriza por el dominio de la voluntad.

La autoría mediata y su clasificación doctrinaria

En los delitos de dominio, una autoría mediata entra en consideración más bien sólo en tres prototípicos, de acuerdo con la consideración del profesor Roxin:

Dominio del hecho por coacción

Uno de los casos más sencillos de la autoría mediata se da en el dominio de la voluntad por medio de una intervención con fuerza, que es la coacción. Al respecto, el autor mediato se vale del instrumento para la ejecución de la acción mediante la amenaza –el autor detrás del autor– y de esa manera, el sujeto de atrás presupone en realidad el dominio de la acción por el ejecutor (Roxin, 2014).

Dominio del hecho por error

Cuando el sujeto de atrás dirige la realización del tipo mediante el engaño al ejecutor convirtiéndolo así en ejecutante del plan delictivo.

Partir de esta perspectiva, según Roxin (2014), un dominio de la voluntad en virtud del error, segunda forma de autoría mediata, es posible en cuatro supuestos a su vez:



a) Ejecutor que actúa sin dolo: Donde el sujeto de atrás pone al ejecutor en situación de error del tipo excluyéndole del dolo, de modo que este actúa en forma culposa pero inconsciente donde la conexión entre la conducta del sujeto de atrás y la del sujeto de delante, que debe canalizar el dominio del primero. Esto suele presentarse, generalmente, en forma de provocación del error, pero también en forma de aprovechamiento del error o ignorancia existentes en el intermediario.

b) Ejecutor que obra por error de prohibición: La provocación de un error de prohibición invencible convierte en autor mediato al sujeto de atrás que posee una orientación o información jurídica correcta, en este caso, el ejecutor actúa sin tener la posibilidad de alcanzar un conocimiento o comprensión de la ilicitud o injusto, inhibidora de la comisión del hecho. En lo que respecta al ejecutor que actúa mediante error de prohibición vencible, existen posiciones, confrontadas las adheridas a la tesis de participación y otras, a la tesis de la autoría.

c) Ejecutor que yerra los requisitos del estado de necesidad disculpante: Cuando se somete al ejecutor a una situación que le hace parecer que está en un estado de necesidad disculpante, siendo absolutamente verosímil o próxima a la realidad la situación a la cual se le es sometida. El error en cuanto a la concurrencia de requisitos del estado de necesidad disculpante se presenta generalmente junto a un error de prohibición, ya que esa situación puede hacer que el sujeto se represente en la actuación a la que le compele la necesidad y considere que está permitida.

d) Ejecutor que obra de manera típica: El dominio del hecho concurre en el ejecutor, que ve o comprende la realización del tipo en todos sus aspectos jurídicos relevantes y resuelve la comisión del hecho bajo responsabilidad propia, dentro de la que se distinguen tres aspectos: engaño sobre la magnitud del injusto, sobre las circunstancias cualificantes y sobre la identidad de la víctima.



e) Dominio del hecho por aparatos organizados de poder: Considerado cuando el sujeto de atrás controla el acontecer de manera decisiva pudiendo servirse discrecionalmente, como una persona que da órdenes a través de aparatos organizados de poder, cuya ejecución está a cargo de sujetos intercambiables, donde el resultado no depende de la ejecución individual del actor sino de cualquiera de los miembros que reciba la orden. La figura del autor detrás del autor no sólo se admite en la actuación de aparatos de poder estatal, sino también se entiende incluido en las organizaciones paramilitares, subversivas, bandas mafiosas, etc., que actúan al margen del ordenamiento jurídico.

En el campo de la autoría mediata, el más importante desarrollo de los últimos años consiste en que la jurisprudencia alemana, seguida de la jurisprudencia peruana, fundamente sus sentencias exclusivamente en la doctrina del dominio, para ello se ha aunado a la concepción de la literatura (discutida aun entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho defendida por Claus Roxin) que permite la autoría mediata del hombre de atrás o del autor cuando provoca y se aprovecha a continuación de un error de prohibición evitable, al igual que en el caso de las órdenes dadas en el marco de un aparato de poder organizado, pese a que, en estos casos, también el actuante inmediato es responsable por sí mismo como autor. La jurisprudencia reconoce entonces en el caso del autor detrás del autor como el de una posible autoría mediata.

Antecedentes históricos

Después de la sentencia dictada por la Corte del Distrito de Jerusalén en el marco del caso Adolf Eichmann, en el año 1963, Claus Roxin agregó una novedosa hipótesis de la autoría mediata, explicando que el dominio del hecho por dominio de la voluntad no sólo puede configurarse por error o coacción de una persona que ejecuta la acción típica, puesto que, el sujeto que realiza la acción típica es perfectamente imputable y el instrumento del que se vale es el aparato organizado



de poder. El Tribunal Supremo Alemán utilizó esta misma teoría para fundamentar la autoría mediata de los integrantes del Consejo Nacional de Defensa de la ex República Democrática Alemana, en los delitos ejecutados por los tiradores del muro. El caso del presidente peruano Fujimori (ex presidente peruano), condenado por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú, el 07 de abril del año 2009, en carácter de autor mediato de crímenes contra la humanidad, por el asesinato y desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta) esta sentencia se basó en la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, para fundamentar el tipo de participación criminal, donde se expuso ampliamente la relación al tipo de autoría.

Justificación política de la autoría mediata por aparatos organizados de poder

Bien se podría dividir la jurisprudencia alemana en dos momentos históricos que acuñaban el problema de la superación del Estado de Derecho: en 1945, después de la derrota del Partido Nacionalsocialista y en 1989, tras el desmoronamiento de la República Democrática Alemana. En ambos casos se discutía la licitud, según el derecho positivo, del sistema jurídico desaparecido que tenía que seguir considerándose lícito para conculcar los principios fundamentales de justicia y del Estado de Derecho.

En Alemania, la autoría mediata por aparatos organizados de poder surge por la necesidad de llenar vacíos en el Derecho Penal alemán como consecuencia de una visión restrictiva de concepto de autor, razón por la cual la figura fue desarrollándose de manera paulatina, pues más allá de derroteros conceptuales y doctrinales, se evidenció como una construcción jurídicamente viable para determinar la responsabilidad penal de los mediadores del régimen nazi, a través de la autoría mediata en aparatos organizados de poder.

Esta teoría, planteada en principio, por el jurista alemán Claus Roxin, nacido el 15 de mayo en Hamburgo - Alemania, se aplica como una necesidad de abordar problemas como la determinación de la responsabilidad penal de los diversos



mandos directivos de una estructura jerárquica y organizada para la comisión de los crímenes.

Una cuestión particular que se podría analizar es el enjuiciamiento de Adolf Eichmann, realizado ante la Corte del Distrito de Jerusalén. Este juicio fue una de las bases para la formulación de la teoría de Roxin, ya que la cuestión más debatida fue la responsabilidad aplicada a Eichmann: autor, participe u otra figura de imputación más.

La Corte de Jerusalén no consideró suficiente para establecer la responsabilidad de Eichmann la mera pertenencia a organizaciones criminales, como lo habría declarado el Tribunal de Nuremberg, es decir, apuntó a una conducta más activa y próxima a la comisión de delitos.

Es importante recordar que Eichmann era el jefe de la sección IV B 4 de la Oficina Central de Seguridad del Reich, una oficina que resultó de la fusión de los servicios de seguridad del partido nazi y de la policía de seguridad del Estado nazi (Gestapo). En ejercicio de esta función, organizó y coordinó la deportación de judíos a los campos de concentración.

Se puede afirmar incluso que el derecho israelí fue garantista en dicho juicio, porque en la mayoría de las democracias occidentales se tipifica la pertenencia a organizaciones criminales o terroristas que son fundamentos suficientes para condenar a una persona. Además, en Israel este tipo de delitos estaba tipificado, pero aun así la Corte de Israel no lo consideró como suficiente fundamento para la condena.

Una importante aclaración es la ambigüedad en la redacción de la mencionada sentencia, ya que la misma fue redactada en los idiomas hebreo e inglés, la primera muy poco traducida y la segunda, con complicaciones para la comprensión por la concepción misma del sistema de enjuiciamiento anglosajón.

La Corte de Jerusalén adopta para su sistema de enjuiciamiento el *Common*



Law, entiéndase este sistema como aquel en el cual los fallos jurisprudenciales son leyes positivas del ordenamiento jurídico y que no siempre cuentan con leyes codificadas.

En este sistema son los jueces quienes determinan el grado de participación criminal de acuerdo con la contribución causal en la realización material del hecho, es decir, se opta por la teoría unitaria de autor. En consecuencia, si la Corte de Jerusalén acoge el sistema inglés, no se necesita una diferenciación en la participación criminal por la extensión de la tipicidad al aporte causal.

Por tanto, el fundamento de la Corte Israelí es que aquel tipo de macrocrímenes deben ser tratados de acuerdo con su naturaleza específica.

Roxin plantea, a partir del juicio de Eichmman, que la forma correcta de la imputación de la responsabilidad criminal es relevante y con ese punto de partida, formula su teoría del dominio del hecho por medio de un aparato organizado de poder.

En este orden de ideas, se pueden afirmar que la Corte de Jerusalén no pudo hacer uso de la teoría desarrollada por Roxin, ya que el juicio de Eichmman fue realizado en el año 1960 y la obra de Roxin fue publicada en el año 1963.

De lo expuesto se puede inferir que uno de los primeros fundamentos políticos jurídicos de Roxin fue el caso Eitchmann, que, si bien la Corte de Jerusalén procuro un juicio justo, esto no corresponde a la expresión del Estado de Derecho y la no extensión de la tipicidad criminal, independientemente de que se hable de un Derecho Penal Internacional y la macrocriminalidad.

La teoría adoptada por la Corte fue la unitaria de autor y no la dualista, que dentro de un Estado de Derecho es la que mejor se adecua para un juicio justo, pero lo que cabe aclarar es que ninguna de las formas jurídicas previstas en la autoría y participación encajaba dentro de la participación criminal de Eichmann y esa fue la principal causa del desarrollo de la teoría proclamada por Roxin.



El segundo momento es a partir del desarrollo completo de la teoría formulada por Roxin a raíz de la muerte de los fugitivos de la frontera por los guardianes del muro de Berlín, en donde el Tribunal Supremo Federal afirmó la punibilidad de los guardianes del muro.

Dos años después, en 1994, se decidió que también los funcionarios superiores y demás alto rango de la República Democrática Alemana (R.D.A.), como, por ejemplo, el último Ministro de Defensa de la R. D. A., el general del Ejército Kebler, eran plenamente responsables de las muertes de la frontera.

“El Tribunal Supremo Federal los consideró culpables de homicidio de autoría mediata. De nuevo, dos años más tarde, en octubre de 1996, el Tribunal Constitucional Federal declaró conforme a la Constitución esa sentencia” (Alexy, 2000, pág. 79).

Con respecto a la condena de los soldados del muro, la cuestión más discutida es si ellos actuaron o no dentro del marco de legalidad, la condición de guardián del muro hace referencia a que existe una ley que obliga a los sujetos a ejercer coacción en caso de incidentar los límites de protección. Se trae a colación el parágrafo 27, apartado 2, párrafo 1 de la Ley de Fronteras: “El uso de armas de fuego está justificado para evitar la perpetración inminente o la continuación de un hecho delictivo, que tenga apariencias de delitos según las circunstancias”.

Según las regulaciones del Tratado sobre restablecimiento de la Unidad de Alemania, para ambos soldados resulta válido el principio general de que su acción solo puede ser sancionada si era punible según el derecho vigente en el lugar y en el momento de los hechos –principio de legalidad–.

Hasta aquí se podría afirmar que los soldados habrían obrado en virtud de una causa de justificación que les podría haber dejado sin responsabilidad criminal, pero el parágrafo 27, de la Ley de Fronteras, apartado 5, continúa expresando: “Al hacer uso de armas de fuego se protegerá, en lo posible, la vida de las personas”.



La justificación de las condenas a los soldados fronterizos se ha interpretado conforme al parágrafo 27 de la Ley de Frontera de la desaparecida R.D.A. –República Democrática Alemana– a la luz de los principios del Estado de Derecho, ya que los soldados tendrían que haberse orientado por la máxima de la proporcionalidad de los intereses en juego de los bienes jurídicos que estarían siendo afectados, lo que se puede afirmar que ningún bien jurídico reconocido por los ordenamientos jurídicos es superior a la vida, ya que la misma es inherente a la naturaleza humana y en consecuencia cualquier ley que disponga lo contrario atenta contra los principios del Estado de Derecho.

En este orden de ideas, es oportuno traer a colación la fórmula planteada por Gustavo Radbruch “...la injusticia extrema no es derecho...”.

Lo que significa un derecho supralegal tiene la finalidad de invalidar al derecho vigente que es contrario al principio de justicia y más allá de que la defensa de los guardianes del muro pretendieron hacer valer el principio de irretroactividad de la ley, esta solo puede invocarse en la vigencia del Estado de Derecho y en ese entonces, la R.D.A no contaba con la división de poderes, ni democracia, así como reconocimiento de derechos humanos, por lo que no se puede hablar de la vigencia del Estado de Derecho.

Si bien esta formulación realizada por Radbruch se contrapone al positivismo extremo, a partir de la vinculación del derecho natural, ya que el positivismo normativiza lo que el derecho natural ya la habría reconocido con anterioridad.

Doctrinas que niegan la autoría mediata por aparatos de poder

Tesis sobre el cómplice necesario.

Hernández Plasencia desecha la tesis de Roxin debido a que el hecho de que un sujeto domine y ponga en marcha la máquina de poder, mediante la organización, no condiciona, necesariamente, la autoría mediata de manera automática. Tener los aparatos de poder en las manos no es concluyente porque no consigue per se, la



instrumentalización del ejecutor, quien sin estar sometido a error o a coacción hace propia la influencia que recibe de los dirigentes. En este sentido, no hay validez para encontrar autoría mediata cuando el propio sujeto asume la decisión de cometer el hecho voluntariamente. No hay un tal dominio de decisión de los dirigentes, más bien lo que existe es un dominio en la organización; empero, tal dominio no existe sobre el que ejecuta materialmente la acción, debido a que de una valoración del caso concreto es posible desprender que el sujeto de adelante puede negarse a cometer el hecho, por este motivo, no existe un dominio sobre su decisión.

Sostiene que los dirigentes de los aparatos organizados de poder que operan con personas fungibles para cometer delitos, se pueden asimilar a la categoría de la cooperación necesaria, regulada por el art. 28, inc. b) del nuevo Código Penal español. Sustenta su opinión en que –sin olvidar que los ejecutores son responsables directos cuando aceptan y cumplen las órdenes ilegítimas de su superior– este aporta al hecho punible un conjunto de actividades donde se mezclan actos de inducción con otros consistentes en la aportación de medios materiales y formas de llevar a cabo la ejecución, reclutamiento de las víctimas o proporcionando información sobre ellas, etc. que pueden calificarse de colaboración imprescindible (Plasencia, 1996, pág. 346).

La fungibilidad no es un componente suficiente para admitir el dominio del hecho sobre quien dirige, aportando medios y ordenando las acciones delictivas. Más bien, este es un elemento que se vuelve contra la estructura de la autoría mediata, si se acepta que el concreto ejecutor puede negarse a cumplir la orden, por una mera resolución personal, entonces la influencia que recibe a través de esa orden es constitutiva de inducción.

Miguel Díaz y García Conlledo dice que a pesar de que la propuesta de la fungibilidad del ejecutor para la constitución de la autoría mediata suene muy sugerente, no la acepta decantándose por la tesis de la inducción. Contrapone los presupuestos de la autoría mediata e inducción, haciendo énfasis en la libertad



que caracteriza al ejecutor material. Los casos más normales de inducción, en que el inductor no puede contar con que el inducido cometerá el delito por el mero hecho de proponérselo, debe verse que la comisión del delito en los supuestos de aparatos organizados de poder pasa por la decisión de una persona libre, quien ve perfectamente la situación fáctica. Por lo que prefiere inclinarse por la tesis de inducción, como otro sector importante de la doctrina y no de autoría mediata.

Tampoco puede ser coautor porque no domina positivamente el hecho. Deja en manos de otro u otros, que actúan conscientes y libremente, la realización del hecho típico. Para este jurista, la cercanía que tenga el sujeto en el hecho determina la categorización que deba dársele; es claro que, para él, la necesidad de intervención en los actos de ejecución es imprescindible en la consideración de una coautoría; así, la descarta en virtud de que los actos desde el escritorio no tienen mayor incidencia en el hecho típico, de no ser por la mera organización del delito.

Tesis que apoyan la coautoría

Jescheck se inclina por la tesis de la coautoría, manifiesta que se admite con frecuencia un dominio del hecho basado en el aparato de poder de una organización, de modo que el sujeto que actúa tras una mesa de despacho, pero en cuyas manos está la organización, aparezca siempre como autor mediato. Esta opinión sólo puede admitirse cuando el ejecutor no pueda ser considerado en sí mismo como autor plenamente responsable. No obstante, si el autor (ejecutor material) tiene la plena responsabilidad, el sujeto que permanece en la central es quien domina la organización y debe ser considerado coautor. Argumenta a favor de la necesidad de plan común, que el carácter común es la decisión criminal que tiene lugar gracias a la pertenencia de la organización.

Jakobs dice que la teoría de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, defendida por Roxin, surge como efecto de los crímenes nacionalsocialistas, y que: "...no cabe duda, teniendo en cuenta la dinámica de grupos, de la situación de superioridad de quienes ordenaron la muerte de judíos... pero apreciar autoría



mediata es, sin embargo, tan superfluo como nocivo...”. Y explica la nocividad en el caso concreto de los nazis, que encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, entiende que, en el exterminio organizado de judíos en el período nacionalsocialista, también son coautores los coordinadores que no ejecutaron los hechos por sí mismos, cuando los ejecutores directos no pueden ser instrumentos porque son plenamente responsables. Sigue diciendo “...sólo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta, se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas...”. Termina inclinándose Jakobs por la solución de la coautoría y la inducción en los casos especiales (Jakobs, 1997).

Posición de Zaffaroni

En su obra más reciente, Zaffaroni agrega que no se advierten los beneficios de la construcción de Roxin, porque es una cuestión fáctica establecer si se mantuvo o no el dominio del hecho, en cuyo caso no cabría descartar la coautoría o la participación necesaria, respectivamente.

Posición de Jubert

Upsala Joshi Jubert considera que no puede catalogarse a priori y con carácter general de autor o de partícipe al jefe de un aparato de poder organizado, pues ello dependerá de la clase de intervención, del delito que ordene ejecutar y de las características de cada maquinaria de poder. La circunstancia de que el jefe no ejecute actos estrictamente típicos no impedirá la calificación de autoría, ya que lo decisivo es que pueda entenderse que el autor realiza el hecho: en algunos casos será suficiente con la realización de la parte intelectual del delito, en otros se requerirá la ejecución de propia mano y puede suceder que se precise una combinación de ambas formas. La autora recurre a la figura del autor intelectual, que no es un simple inductor, sino una persona con responsabilidad independiente, no sometida al principio de accesoriedad limitada conducta.



Posición de Ambos.

Kai Ambos (1998) acoge la tesis roxiniana, empero, propone algunas variables. Piensa que es imprescindible la existencia de un dominio de la organización para fundamentar la autoría mediata. Este elemento resuelve los problemas de la falta de determinación del hombre de atrás, pues se complementa la lejanía con respecto del hecho, determinándolo desde un dominio de organización.

Rechaza la coautoría, aduciendo que hay un alejamiento del hecho del hombre de atrás que no puede resolverse desde la coautoría debido a que todos los intervinientes deben estar en igualdad de condiciones y con un acercamiento suficiente. Además, no hay reparto de tareas y falta de decisión común. Rechaza la propuesta de la inducción, por dejar en segundo plano la importante posición del hombre de atrás.

Su principal argumento se refiere a que en estos casos la posición del hombre de atrás es fundamental y en la inducción se pierde esta relevancia. Asimismo, en una instigación, el instigador carece de certeza sobre la realización del hecho, mientras tanto aquí el autor de escritorio sabrá con total certeza de que su orden se ejecutará de una manera incondicional, omnímodo facturus, por los ejecutores del hecho. Igualmente, descarta la posibilidad de la aplicación de la tesis de autoría mediata tradicional. Esto debido a que, tanto el instrumento como el hombre de atrás actúan con pleno sentido de culpabilidad. Considera acertada la posibilidad de introducir una forma de dominio mediante organización para lograr penar este tipo de casos.

Kai Ambos (1998) realiza una adecuación al principio de responsabilidad, con la finalidad de poder adaptar el injusto a los casos en donde se dan los elementos de los aparatos de poder. De tal forma, sobre las bases del injusto individual, idea la formación de un injusto colectivo.

Desde su oposición clara a la autoría mediata, por considerar que es imposible



que, tanto el hombre de atrás como el de adelante tengan plena responsabilidad; es decir, hay una contradicción con la autoría mediata, debido a que en aquellos casos el ejecutor actúa de modo responsable.

Así, llega a la conclusión de replantear el tema del injusto individual. Por tal razón, idea el concepto de injusto colectivo, un injusto que se presenta en los sistemas de macrocriminalidad, en donde existe poder y acción, por concurrir un dominio de organización que le da un sentido colectivo o global al delito, entonces, para Ambos, el principio estricto de responsabilidad fracasa en el injusto colectivo, puesto que no se puede aprehender el injusto del hombre de atrás por la autorresponsabilidad. El hombre de atrás domina de modo indirecto, sólo por medio de los aparatos logra entablar su dominio, por eso hay “una responsabilidad en virtud de competencia funcional”.

Esta responsabilidad se da por ser el emisor de órdenes, en todo sentido es el autor intelectual, quien planea los hechos y dirige mandatos que deben ser cumplidos y para ello, utiliza la estructura del aparato de poder u organización criminal. No obstante, este planificador sólo actúa detrás de su escritorio, así lo que realmente existe es un dominio de organización.

Teoría a tesis abstracta de Murmann

Para Murmann, se trata de un dominio del hecho por instrucción, descartando el dominio por organización, que le parece inadecuado debido a que parte de un dominio instrumental del suceso exterior. Asimismo, debe descartarse debido a que por más perfecta que sea la organización, el ejecutor siempre tiene plena libertad de actuar.

Realmente, el Estado como ente abstracto es incapaz de dañar por su propia cuenta a la víctima. Es el ejecutor inmediato quien, mediante el cumplimiento y la concreción de la instrucción lesiva y antijurídica del Estado, el qué de manera directa interviene en la libertad del ciudadano.



Planteamiento del Dr. Alberto Donna sobre la prohibición de regreso y la libertad de actuar

Para Alberto Donna (2002), el instrumento actúa libremente y tal hecho desvirtúa la autoría mediata del hombre de atrás. Expresa este jurista: “si el autor principal actúa libremente, entonces no hay nada más que decir sobre cuál sería la causa, ni posibilidad de recurrir a un autor detrás del autor”.

Existe una verdadera contradicción a la prohibición de regreso, cuando se considera un suceso físico como libre y al mismo tiempo como dependiente de otro suceso. En este sentido, debe tomarse una decisión si se acepta al sujeto de adelante como libre, debe necesariamente excluirse la posibilidad de que sea dependiente de otro sujeto, en estos casos no cabe la posibilidad de aceptar que un tercero haya cometido la acción. Es decir, el sujeto que está atrás del autor libre debe considerarse como un mero inductor, debido a que el sujeto de atrás no satisface el tipo penal de la misma manera; a contrario sensu, el autor domina el hecho de manera libre y voluntaria. Cita a Köhler, en el tanto, autor es quien comete el delito por sí mismo, poniendo el concreto proceso de la lesión del tipo. Se trata, en un principio, de un proceso de atribución a un sujeto libre sobre conductas objetivas.

El profesor Donna rechaza la tesis de Roxin, sin embargo, considera que debe aceptarse una excepción, en los casos en donde el principio de tipicidad esté debilitado, es decir, donde el Estado de Derecho no existe, así el estado nazi o el régimen de Stalin.

La autoría mediata en el Derecho Penal paraguayo

Regulación actual

Luego de las disquisiciones teóricas y doctrinarias acerca de la intervención delictual, apuntadas ya en la evolución conceptual de la autoría mediata en el presente apartado, se abordará la sistemática adoptada por el Código Penal paraguayo.



En ese sentido, se advierte que la estructura normativa del Código Penal responde a la concepción restrictiva de autoría, ya que claramente hace un tratamiento distintivo entre la autoría y su tipología (directa, mediata y coautoría); y la participación (inducción y complicidad). Dentro de dicha perspectiva, el referido cuerpo normativo se adscribe, nuevamente, a la corriente del pensamiento que hace a la teoría del “dominio del hecho” y ello resulta evidente tomando en consideración la construcción dogmática de los articulados que hacen a la autoría y participación del Código Penal, en donde claramente se pone de manifiesto, como punto de distinción entre los tipos de intervención, por un lado, los que tienen el señorío sobre el hecho, que hace a la autoría propiamente dicho y, por otro lado, los que mínimamente contribuyen al mismo, de manera accesoria, referido a la figura penal de la participación.

De ese modo y a fin de ilustrar lo indicado más arriba, se cita a continuación el artículo 29 del Código Penal:

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

Como puede observarse, no solo la construcción del artículo señalado, sino la sistemática misma seguida por nuestra ley penal de fondo adopta la teoría del dominio del hecho, restringiendo la amplitud conceptual de autoría a todos quienes detentan poder sobre el hecho. Una clara muestra de ello es la terminología legal utilizada al respecto que dice: “...el que realizara el hecho”, o en los casos de coautoría, “...comparta con el otro el dominio sobre su realización”. Con todo esto, queda más que evidenciado la postura teórica asumida por los redactores del Código Penal.

Haciendo una caracterización más genérica, es preciso mencionar que no se puede perder de vista el corte puramente finalista del referido cuerpo normativo,



ya que su constructo responde a un marco teórico determinado y se inserta a una sistemática en particular, no pudiéndose separar o variar una parte, sin alterar el orden del todo al que responde cada una de ellas.

Otro punto importante que permite sostener la adopción de la teoría del dominio del hecho se encuentra en la misma exposición de motivos del Código Penal, Ley n.º 1160/97, al respecto dice:

Para la autoría, adopta el criterio del “dominio del hecho”, reconocido por la jurisprudencia argentina y chilena. Este criterio permite el castigo como autor a personas que, al causar dolosamente el resultado, en vez de “ensuciar su propia mano”, dirigen –por ejemplo, mediante su jerarquía o su conocimiento mayor– los acontecimientos como autor mediato o los dirigen como coautores... Por eso y de acuerdo con el desarrollo de la jurisprudencia en varios países, como son Argentina y Chile, el artículo 29 adopta el criterio objetivo del “dominio del hecho”. Como es obvio, hay dominio del hecho cuando una persona realiza el hecho obrando por sí solo (Art. 19, inc. 1, primera alternativa).

Por todo lo dicho hasta aquí, resulta más que claro la fundamentación doctrinaria que hace a la autoría y participación en el ordenamiento jurídico penal paraguayo, por lo que seguidamente se abordará el tratamiento legal de la autoría mediata dentro del mismo, recurriendo a su desarrollo teórico y su vinculación con situaciones o casos que sirvan como paradigma para graficar mejor las ideas expuestas con relación al abordaje de la autoría mediata.

El artículo 29, inciso 1º es el que regula la autoría, tanto inmediata como mediata.

Antes de proseguir y como ya se señaló al momento de exponerse el tópico que hace al Derecho Comparado, es pertinente volver a indicar que la denominación de autoría directa (inmediata), mediata y coautoría no deriva de la propia ley, sino



ello se deduce, desde la doctrina, a partir del constructo formal normativo que hace a la autoría. Es decir, cuando la norma penal preceptúa: "...Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí o valiéndose para ello de otro...", se subentiende que se refiere a la autoría directa y mediata respectivamente, sin que resulte necesario que el propio artículo lo establezca y ello debido a que en los preceptos normativos solo se consignan notas esenciales de conceptos.

No se debe perder de vista que, en la autoría mediata, el instrumento no obra con conocimiento y voluntad, dicho de otro modo, el medio se encuentra cegado por quien efectivamente tiene el poder de decisión sobre la situación o lo que es lo mismo, sobre el hecho. Ello es así porque el autor mediato es el único a quien le corresponde el hecho, él se encuentra inmiscuido, con absoluto señorío, desde el inicio mismo del desarrollo del acto criminoso, con conocimiento y voluntad en la realización del tipo penal en cuestión.

Se puede señalar que, en la autoría mediata, en el Código Penal paraguayo, el instrumento o el ejecutor del que se vale el autor mediato siempre actúa cegado, estando real y efectivamente el dominio de la acción en poder del autor mediato, quien es, en última instancia, quien ejecuta el hecho, por más que no haya realizado de propia mano, en él descansa la decisión final.

Sin embargo, ello no ocurre en la autoría mediata concebida por Roxín, en donde el instrumento si es consciente y tiene voluntad de realizar la acción del tipo punible, detentando ese poder el autor mediato, no por el dominio que tenga sobre el hecho, sino porque tiene el dominio sobre la voluntad.

Al respecto Welzel dice: "La autoría mediata, por medio de un sujeto actuante directo que es a su vez el autor, resulta un despropósito. Quien determina a un autor a un hecho, no es sino un inductor y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor" –esta es la teoría que sustenta todo el Código Penal paraguayo vigente–,



aquí se puede señalar ya el principal punto de inflexión entre la sistemática adoptada por el Código Penal paraguayo –finalismo– y el pensamiento sobre el cual Claus Roxin desarrolla sus teorías –funcionalismo–.

Método

A continuación se describe la metodología que se utilizó para el presente trabajo de investigación: el universo, población y muestra, el tipo de enfoque, la delimitación geográfica y la justificación de la delimitación, la técnica de recolección de datos.

El universo está conformado por leyes dictadas por el Congreso así como de los fallos dictados por el Tribunal de Jerusalén, Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la Corte de Perú. La muestra está conformada por la Sentencia Criminal n.º 40 del 11 de diciembre de 1961 el “Abogado General c/ Adolf Eichmann por Crímenes de Lesa Humanidad, deportación, exterminación, genocidio, persecución y otros”; la sentencia de fecha 07 de abril de 2009 “Alberto Fujimori s/ Delitos de Homicidio calificado, asesinato bajo circunstancia agravante, alevosía, y lesiones graves” y la sentencia de la Corte Suprema Federal (40) del 26 de julio de 1994- 5 StR 98/94 “Los Centinelas del Muro de Berlín”, así también la sentencia, están dados en base a criterios de interpretación, conforme a las normativas previstas en la legislación nacional e internacional. Dentro de este marco, han sido analizadas tres sentencias definitivas dictadas en Jerusalén, Alemania y Perú, que fueron seleccionadas con criterios, acordes con los hechos juzgados, que guardan relación con el objeto de la investigación.

El tipo de estudio utilizado es de carácter descriptivo con enfoque cualitativo. Es descriptivo porque se observarán tres sentencias emanadas por los operadores de justicia, además de contrastarlos con las posiciones doctrinarias y las posiciones asumidas por la ley de referencia, y es de enfoque cualitativo porque se lo utiliza primero para descubrir y refinar las preguntas de investigación, pero no



necesariamente implica la prueba de hipótesis (Hernández Sampieri et al, 2010).

Se ha escogido como delimitación geográfica el Tribunal de Jerusalén, Tribunal Constitucional de Alemania y Corte de Suprema de Justicia de Perú, por la que, en dichas jurisdicciones, en un primer término, se instaura una problemática por el concepto restrictivo de autor y que sirve para el desarrollo de la teoría de Roxin, y en las otras dos jurisdicciones se hace uso de la teoría desarrollada por Roxin.

La técnica que se utilizó en la recolección de la información es el análisis documental, con lo cual se obtuvieron previos al objeto de estudio. Análisis de contenido de los fallos: El instrumento utilizados para la recopilación de la información es el fichaje, que sirve para registrar, ordenar y almacenar la información obtenida. El instrumento de recolección ha sido una matriz de análisis de contenido que contempla el análisis de las variables e indicadores planteados.

Conclusión

La teoría de la autoría mediata por aparato organizado de poder es un tema bastante discutido en lo que respecta al alcance de su aplicación basado en los precedentes con que se cuenta en ese contexto. Sin embargo, tomado como punto de referencia las diferencias doctrinarias existentes al respecto -teorías que niegan-, la legislación comparada, la justificación política, todos como factores determinantes al momento de visualizar, desde una óptica futurista, la posibilidad o no de incorporar al ordenamiento jurídico positivo paraguayo la teoría estudiada.

En tal sentido, tras el exhaustivo análisis se considera –actualmente la sistemática del C.P. no lo permite–, teniendo en cuenta la posibilidad de la regulación de la autoría mediata desde lo que se conoce como: “Autoría mediata por aparato organizado de poder”, de esa forma, conforme a la sistemática de la norma reguladora en ese campo, el Código Penal utiliza como base a la teoría del dominio



del hecho, desarrollada para demarcar la autoría de la participación y considerando razonablemente la forma en que impactaría su introducción al sistema normativo vigente, por ser incompatible para la realidad jurídica actual, por la dogmática penal actual y sus cimientos garantistas constitucionales.

No obstante, el Derecho Penal paraguayo no puede encontrarse ajeno a estos cambios conceptuales en la dogmática penal, empero, la autoría mediata por aparato organizado de poder se encuentra vigente a partir de la Ley n.º 1663/98 y en la cual se hace referencia a los crímenes previstos en el Estatuto de Roma.

Otro punto importante de destacar es la concepción como forma de juzgamiento de casos, atribuyéndole la calidad de instigador al autor mediato, siendo que existe una diferenciación clave en este punto debido a que no existe una relación cercana con el instigado, un poder de mando, tampoco la jerarquización de la organización, este último cuenta con el dominio de acción en la realización del hecho, no así el ejecutor, que pudiendo inclusive no realizar el hecho o desistir, es totalmente sustituible para concretar el objetivo definido por el autor mediato.

Roxin desarrolla su teoría de autoría mediata de aparato organizado de poder no solo haciendo alusión a los Estados totalitarios, sino más bien esta teoría puede ser aplicada dentro de un Estado de Derecho en donde exista una división de poderes o en organizaciones criminales fuera del Estado.

El desarrollo de la teoría Roxiniana en los casos de organizaciones criminales fuera del Estado debe aplicarse de manera restrictiva y en respeto al principio de legalidad se debería prever para ello, una lege ferenda, es decir proponer una posible modificación y en casos especialmente específicos de la parte especial; sobre todo dentro de un concepto de macrocriminalidad, como es el caso de la trata de personas, el narcotráfico, el contrabando, entre otros, para así también salvaguardar



el concepto restrictivo de autor con relación a los demás tipos penales para la no extensión de la tipicidad.

En ningún caso se podría optar como una solución lege lata a manos de los jueces, porque esto si rompe con el principio de la reserva de la ley y el sistema de enjuiciamiento, es decir, el legislador tendría que prever las dos aristas bien claras, por un lado, no lanzar mensajes de impunidad de quien en realidad es responsable de crímenes graves y por el otro, salvaguardar los derechos individuales reconocidos constitucionalmente.

La reformulación de nuevas corrientes doctrinarias es consecuencia de cambios sociales. La sociedad evoluciona y con la misma debe evolucionar el derecho, siempre y cuando la norma no sea materialmente injusta.

Ahora bien, se sugiere de esta forma la modificación del Art. 29 Autoría del Código Penal paraguay, con base en la teoría propugnada por Claus Roxin, que determina que mediante el dominio de la voluntad del autor mediato se configuran hechos delictuales que le son imputables, igual que al ejecutor, llamando a esta concepción como el autor detrás del autor. Por más de que el ejecutor no ejecute o desista de la realización del tipo, el mismo puede ser sustituido por otro para concluir con el objetivo definido por el autor mediato, creándose una garantía y seguridad del cumplimiento del orden impartido. Por ello se deduce que uno de los postulados fundamentales de la mencionada teoría es la fungibilidad del ejecutor.

Se propone de este modo y en el catálogo de la autoría, un tercer inciso que tendrá en consideración lo siguiente:

“Se considerará también autor a aquel que pertenezca a una organización criminal con dominio de voluntad sobre sus miembros y que deberá ser contemplado



en ciertos tipos penales especiales”.

A este respecto, como ya se ha aclarado atendiendo a la macrocriminalidad emergente por determinadas organizaciones criminales, inclusive trascienden fronteras, es decir, por su globalización en las operaciones criminales que atentan contra derechos fundamentales atribuidos a la humanidad. Se delimita que esta teoría no puede ser aplicada a cuestiones económicas ni a hechos delictivos que no cuentan con mayor trascendencia y no incluye a todos los hechos delictivos que pueden darse dentro de una organización, sobre todo debe ser limitada de manera exclusiva a ciertos tipos penales especiales.

Referencias

- Alexy, R. (2000). Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. *Anuario de la Facultad de Derito*.
- Casañas, L. J. (2006). *Manual de Derecho Penal*. Asunción: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Corcino Barrueta, F. (2013). Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder: Una Revisión Normativa de sus Postulados. *Derecho Penal y Procesal Penal Hoy* , 221-289.
- Díaz, & Conlledo, G. (2008). Autoría y participación. *Revistas de Estudios de la Justicia* .
- Donna, E. A. (2002). *La autoría y participación criminal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Fierro, G. J. (1993). *Teoría de Derecho Penal*. Buenos Aires: Astrea.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*. Madrid: J.C. González.



- Jeschck, H. H. (1993). *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. Granada: COMARES.
- Muñoz Conde, F., & González Macchi, J. I. (2003). *Introducción a la Teoría General del Hecho Punible*. Asunción.
- Plasencia, H. (1996). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: P.P.U.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal Parte General Tomo II*. Buenos Aires: Aranzadi, SA.
- Zaffaroni, E. (2005). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: EDIAR.



Artículo original

Tratamientos aplicados a los agresores sexuales de niños

Treatments applied to children's sexual offenders

Tembikuaapy ambue tetãrupigua ojejapóva teko vai mitã ñerãirõ rehegua

*Abg. Fanny Sybille Abarzúa Cabezas**

Ministerio Público. Asunción, Paraguay

*Abg. Víctor Eduardo Escobar Said***

Ministerio Público, Paraguay

Recibido: 05.07.17 - Aceptado: 11.08.17

Resumen

Este trabajo describe los tratamientos y medidas que pueden aplicarse a los condenados por hechos punibles de abuso sexual en niños una vez que fueron

* Jefa del Departamento de Investigación y Publicación de la Dirección de Análisis y Evaluación Curricular del Centro de Entrenamiento, Ministerio Público. Asunción, Paraguay. Email: fabarzua.cabezas@gmail.com Abogada (1996), Notaria (2002), Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la UC Campus Asunción. Especialista en Derecho de la Niñez y Adolescencia con énfasis en Políticas Públicas. Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal, FCJD UC. Masterando en Ciencias de la Educación con Énfasis en Gestión de Centros Educativos (UNA). Especialista en Gestor de Escuela Judiciales. Asistente de Cátedra por concurso de Criminología y Política Criminal de la Facultad de Cs. Jurídicas y Diplomáticas de la UC. Docente del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público. Integrante del Banco de Pares Evaluadores de la Carrera de Derecho de la ANEAES. Integrante del Banco de Pares Evaluadores de la RIAEJ.

** Asistente Fiscal en el Centro de Entrenamiento, Ministerio Público. Asunción, Paraguay. Email: eduesaid@gmail.com Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (2012). Masterando en Justicia Criminal en la Universidad Carlos III de Madrid (Becado por la AECID). Especialización en Teoría Jurídica del Delito, Universidad de Salamanca - España. Estancia de Investigación en la Universidad de Alcalá de Henares – España. Participante del Programa de Vinculación de Científicos y Tecnólogos del CONACYT del Paraguay (años 2015 y 2016). Autor del libro “Abuso Sexual en Niños y Psicopatía: Una mirada preventiva” (2016). Docente del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público.



sancionados. Se realiza un estudio detallado, desde una óptica general respecto a las medidas adoptadas por otros países. Primeramente se definen, en líneas generales, las características del agresor sexual de niños sobre la base de fundamentos científicos - criminológicos. Posteriormente, se describen algunos de los instrumentos de diagnóstico psicológico de mayor relevancia y los tratamientos que son aplicados a los abusadores de niños en diferentes partes del mundo, como: el tratamiento psicológico, la castración química y la castración física. Se hace referencia al inconveniente del Código de Ejecución Penal con respecto a los antecedentes penales y se propone la creación de un Registro de Agresores Sexuales. Por último, se analiza la legislación paraguaya y se concluye la necesidad de establecer, además de las penas, programas que impliquen un tratamiento penitenciario mientras dure la condena. Además de un seguimiento al agresor sexual de niños, una vez que haya recuperado su libertad, que permita una prevención efectiva para evitar la reincidencia en este tipo de hechos.

Abstract

This paper describes treatments and measures that can be applied to convicts of child sex abuse. It includes a detailed study, from a general perspective with regard to the measures adopted by other countries. Firstly, the characteristics of child molesters are broadly described, based on scientific-criminological foundations. After that, it follows a description of some instruments of the most relevant psychological diagnosis, as well as the treatments that are applied to child molesters in different parts of the world, such as: psychological treatment, chemical castration and physical castration. The research also makes reference to the Penal Enforcement Code's inconvenient, regarding criminal records, and it proposes the creation of a sex offender registry. Finally, and after an analysis of paraguayan law, this investigation concludes with the need to set, besides the penalties, programmes that imply a penitentiary treatment during conviction, and a surveillance of sex offenders -after they have served in prison- that enables an effective prevention of



recurrence in this felony offense.

Ñembyapu'a

Ko tembiapo omombe'u mba'éichaitépa ojeroguata, oñesãmbyhy ha ojejapo va'erã umi tapicha ho'a va'ekue ka'irãime hembiapo vai, oporojopýva mitã ñerairõkuére.

Oñehasa'ỹijopaité kuri, tenonderã ojehecha tuichaháicha, mba'éichaguaite ñesãmbyhýpa ojejapo ambue tetã rupi.

Tenonderãite voi oñemombe'u, tuichaháicha, pe mitã rairõhárapa mba'éichaguaite hína, oñemopyenda kuaapy oúva ciencia ha criminologíagui.

Uperire oikuauka tembiporumimi iporã porãvéva ohesa'ỹijokuaáva tapicha remiandu ha umi jeroguatapy ojejapóva heta hendárupi mitã rairõhára rehe: psicólogo ñeporomoirũ, jekapa pohã rupive ha ñeha'ỹi'o ete voi. Oñembojovake avei umi apañuái oíva Código de Ejecución Penalpe, ojehechakuaa ojehappykuere reka haguã hekove vaikue ha ojejaposéma voi Mitãrairõpy Apohare Ñongatuha.

Ipahaitépe, oñehesa'ỹijóvo ñande léi paraguái mba'éva, oñembyapu'ávo oje'e tekotevéha, umi péna oñeme'ětava ári tojejapo avei programa ikatúva ombohekove resãi jey upe tapicha mba'e apo vaiharépe pe condena pukukue aja ha toñemoirũ ichupe ivaiha mitãñerairõ isãso rire ikatu haguãicha araka'évéma ndojapovéi tembiapo vai isãso rire.

Palabras clave: Derecho Penal, Pedofilia, Abuso Sexual, Niños, Castración.

Keys word: criminal law, pedophilia, sex abuse, children, castration

Ñe'ẽ apytere: Derecho Penal, Mitãñerairõ, jeporojopy sexorã, mitã, ñeha'ỹi'o



Introducción

La propuesta de la implementación de la castración química en el Paraguay provocó varias reacciones en la sociedad, entre ellas las del ciudadano común que la apoyaba, mientras que en el mundo jurídico y médico se levantaban voces en disidencia.

Por ello el propósito de este trabajo es ofrecer una óptica general sobre las medidas adoptadas por otros países.

Perfil del autor de abuso sexual en niños

Antes de adentrarnos al fondo de la cuestión, primeramente se debe obtener una cosmovisión íntegra del problema y para ello comprender las implicancia de la pedofilia como una enfermedad mental.

En ese sentido, la Asociación Americana de Psiquiatría en adelante APA, refiere como uno de los principales criterios de diagnóstico de la pedofilia el que una persona manifieste (...) durante un periodo de al menos seis meses, excitación sexual intensa y recurrente, derivada de fantasías, deseos sexuales irrefrenables o comportamientos que implican la actividad sexual con uno o más niños prépuberes (generalmente menores de trece años) (...) (2014, pág. 697)

La gravedad del problema es que el trastorno parece no tener cura, en palabras de la APA:

... la pedofilia per se parece ser un trastorno de por vida. Sin embargo el trastorno de pedofilia incluye necesariamente otros elementos que pueden cambiar durante el tiempo con o sin tratamiento: malestar subjetivo (p.ej., culpa, vergüenza, frustración sexual intensa, sentimiento de aislamiento) o deterioro psicosocial, o la tendencia a motivarse sexualmente con niños o ambas. Por tanto, el curso del trastorno de pedofilia puede fluctuar, aumentar o disminuir con la edad... (American Psychiatric Association, 2014, pág. 699).



También algunos autores asocian los comportamientos violentos al Trastorno de Personalidad Antisocial relacionado a las psicopatías (Melo Reghelin, Zaffari Cavedon, & Callegari, 2016, pág. 29) y que esto tiene repercusiones en otros ámbitos tales como el afectivo, emocional e interpersonal de estas personas.

De hecho el Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders en adelante DSM-V refleja la misma postura:

(...) pues parece que existe una interacción entre la pedofilia y el comportamiento antisocial, por lo que en los hombres con ambos rasgos es más probable que mantengan relaciones sexuales con niños. Por consiguiente, el trastorno de la personalidad antisocial puede considerarse un factor de riesgo para el trastorno de pedofilia (...) (American Psychiatric Association, 2014, pág. 699)

De algún modo, en los psicópatas, las parafilias sexuales son notables en la opinión de expertos “(...) es muy frecuente la delitología sexual, sobre todo las perversiones e inversiones del instinto sexual (...)” (Jiménez & Fonseca, 2007).

También el Dr. Hare establece que:

(...) es el elemento clínico de mayor relevancia para el sistema jurídico – penal y las implicaciones del estudio de este trastorno son importantes ya sea por su relación con tasas de reincidencia criminal, ya sea para la selección del tratamiento apropiado y programas de rehabilitación en el sistema penitenciario (...). (Melo Reghelin, Zaffari Cavedon, & Callegari, 2016, pág. 29)

De hecho, sobre la base de investigaciones científicas (Brown, 2015; Losel, 2001, 2002; Redondo y Garrido, 2013), se estima en un 20% la reincidencia en periodos de diez años (Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 2016, pág. 22).

Otros expertos también manifiestan que la probabilidad de reincidir de los psicópatas “(...) después de 15 a 20 años de cárcel sigue siendo alta (...)” (Espinosa, 2013, pág. 595).



Al respecto, se buscaron datos a nivel nacional acerca de la tasa de reincidencia en este tipo penal, para lo cual se recurrió al Poder Judicial; institución que informó que carece de datos generales acerca de la reincidencia de los delincuentes sexuales.

En base a las definiciones presentadas se precisa saber que es una Psicopatía o como es conocida en el ámbito psiquiátrico: Trastorno de Personalidad Antisocial; y en opinión del autor Manuel Juan de Espinosa es:

(...) un trastorno de la personalidad que afecta el terreno de las emociones y los afectos presentando repercusiones sobre el comportamiento, ... las personas afectadas por este trastorno tienden a caracterizarse por una marcada tendencia a no sentir remordimientos por sus acciones y a manipular a los demás para satisfacer sus intereses (...) (Espinosa, 2013, pág. 575).

Son característicos de este trastorno el engaño, la manipulación, la concepción elevada de sí mismo, la falta de empatía y la falta de remordimiento. A este patrón también se lo denomina "... psicopatía, sociopatía o trastorno de la personalidad disocial ..." (American Psychiatric Association, 2014, pág. 659).

El Trastorno de la Personalidad Antisocial "... presenta como característica esencial un patrón general de desprecio y de violación de los derechos de los demás que comienza en la infancia o en la adolescencia temprana y que continúa en la edad adulta ...". (American Psychiatric Association, 2014, pág. 659)

A más de ello, los psicópatas son individuos peligrosos por sus características propias pero además porque tienen una tendencia a la reincidencia criminal (American Psychiatric Association, 2014, pág. 660)

Por ello la persona que padece un trastorno de personalidad antisocial en conjunto con un trastorno de pedofilia tiene un incremento en las probabilidades de acercarse a un menor aprovechando su disponibilidad. (American Psychiatric Association, 2014, pág. 700).



Tratamiento de los agresores sexuales

Antes de la exposición de las medidas más utilizadas a nivel internacional, se debe hacer la salvedad de que en el Paraguay son escasos los estudios científicos en los cuales se mida a largo plazo (periodos de diez años) o a mediano plazo (periodos de tres a cinco años) la eficacia de los tratamientos aplicados en el ámbito penitenciario. Por ello, no es factible realizar una comparación entre los modelos locales tanto el disuasivo como el de reinserción social con el de otros países.

En consecuencia, como primera medida es indispensable que se implementen programas adecuados de reinserción enfocados exclusivamente a los agresores sexuales dentro de las penitenciarías que traten adecuadamente a esta población criminal.

La lógica indica que al carecer el sistema penitenciario de programas específicos de reinserción dirigidos a los agresores sexuales, el riesgo de recaer podría ser incluso superior al promedio de otros países donde sí están establecidas estas herramientas.

Es necesario que el Estado promueva la creación de establecimientos especiales de reclusión como Centros Psiquiátricos de Seguridad, en las cuales se pueda dar cumplimiento al compurgamiento de la pena con respecto a aquellas personas condenadas, por delitos sexuales, que padezcan de trastorno de pedofilia y/o trastorno de la personalidad.

Al tomar en consideración el modelo español, que establece estas posibilidades, la Dra. Ana Pérez Cepeda explica los tres tipos de internos que en España son destinatarios a Centros

Especializados de estas características:

A- Los detenidos o presos con patología psiquiátrica.

B- Persona a las que les haya sido aplicada una medida de seguridad de



internamiento en un Centro Psiquiátrico Penitenciario.

C- Penados que por una enfermedad mental sobreviniente se les haya impuesto una medida de seguridad. (...) (Berdugo , Zuñiga, Fernandez, Pérez Cepeda, & Sanz Mulas, 2001, págs. 212, 213).

Ajustando estos criterios a nuestro ordenamiento legal, y salvando las diferencias jurídicas, la clasificación es sumamente relevante pues toma la real dimensión de los problemas psiquiátricos dentro del ámbito penitenciario.

En el año 2006, en España, se implementó un Programa de Control de Agresión Sexual el cual se centra en los siguientes puntos:

1. Reconocer las decisiones y condiciones que le sitúan en riesgo de reincidencia.
2. Planear, desarrollar y practicar un rango de respuesta de enfrentamiento a las situaciones y elementos que ha identificado como de alto riesgo.
3. Reestructurar su interpretación de los impulsos.
4. Desarrollar estrategias para reducir la probabilidad de que un fallo provoque una completa y total recaída.
5. Incrementar la empatía hacia la víctima y modificar las distorsiones cognitivas que probablemente facilitarían la futura victimización.
6. Realizar modificaciones de estilo de vida diseñadas para promover una abstinencia continuada.
7. Aprender a prevenir la recaída es un proceso en curso en el que debe tomar un papel activo y vigilante.

El éxito de este programa, cuya participación es voluntaria no implica la curación, sino el aprendizaje del manejo de las situaciones de riesgo y el control de los impulsos. (Roig Torres & Rodríguez Yague, 2014, pág. 152). Es más,



el citado programa ya fue testeado con eficacia y se cita textualmente la mención realizada por la Dra. Cristina Rodríguez Yagüe con respecto al estudio de Redondo Illescas “¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a los delincuentes sexuales?”

El grupo de tratamiento estaba integrado por 49 sujetos que recibieron el tratamiento psicológico completo frente a un grupo de control integrado por 74 agresores que no habían recibido tratamiento alguno. En los cuatro años de seguimiento para el grupo de tratamiento y tres años y medio para el grupo de control, solo 2 de los integrantes del primero (4,1 %) habían reincidido en delitos sexuales y uno (2%) en otros delitos; frente a 13 sujetos (18,2%) de los integrantes en el grupo de control en delitos sexuales y 10 (13,6 %) en delitos no sexuales. Ello supone una reincidencia total del 6,1 % en el grupo de tratamiento frente a un 31,8% en el grupo de control. (Roig Torres & Rodríguez Yague, 2014, pág. 154).

Esta es una clara muestra de la manera en que debe iniciar y evolucionar por etapas un programa exclusivo para agresores sexuales, contando con una infraestructura adecuada, profesionales multidisciplinarios (abogados, médicos, psiquiatras, psicólogos) que realicen el seguimiento adecuado de los internos para así medir la eficacia de los programas de reinserción.

Instrumentos aplicables a los agresores sexuales

Actualmente existe un abanico de instrumentos que pueden ser utilizados por los especialistas (psicólogos o psiquiatras) para evaluar a los agresores sexuales y de esta manera coadyuvar a los operadores de justicia, esta ayuda es indispensable por múltiples razones, primero determinaría la imputabilidad del procesado; seguidamente prevendría que personas imputadas con alta peligrosidad estén en libertad durante la etapa intermedia de la investigación del hecho punible; y posteriormente determinaría la pena ideal para el condenado y a su vez mediría el nivel de peligrosidad luego de su excarcelación.



A continuación se citan los más resaltantes:

Evaluación rápida del riesgo de recaída en el delito sexual (RRASOR)

El Dr. Karl Hanson en 1997 ideó el Rapid Risk Assessment for Sexual Offence Recidivism (RRASOR), el mismo es un instrumento que mide la peligrosidad de los imputados por la comisión de delitos sexuales.

Las variables que analiza son:

1. Agresiones sexuales anteriores.
2. Relación con la víctima
3. Comisión previa de otro delito de distinta naturaleza.
4. Edad del procesado.
5. Su estado civil.
6. Víctimas no relacionadas directamente con el agresor.
7. Víctimas anteriores de género masculino.

Según Armaza, mediante el RRASOR:

Se identifica tanto a algunos agresores sexuales con un bajo índice de peligrosidad (con una probabilidad de desencadenar un ataque menor de 15% en diez años), como el reducido grupo representado por los agresores que presentan un índice alto de probabilidades de recaer en el delito (índice mayor al 50% a largo plazo). También "... se muestra muy preciso, incluso superiores a otras pruebas (...) posee una capacidad predictiva muy elevada. Es una de las herramientas más utilizadas en los EE.UU. y Canadá ..." (Armaza, 2013, págs. 111, 112).



Escala revisada de evaluación de psicopatías (pcl-r)

Este instrumento fue elaborado en el año 1991 por uno de los expertos mundiales más reconocidos en el ámbito de la Psiquiatría, como es el Dr. Robert Hare. Sirve para valorar la personalidad de la persona analizada, así como la información proporcionada a través de una entrevista y su carrera delictiva. Es de alta relevancia e idoneidad pues determina la imputabilidad o no del procesado. Al respecto Esbec Rodríguez dice:

Diversos estudios de seguimiento llevados a cabo en prisiones norteamericanas y canadienses han concluido que este es un instrumento válido y fiable para identificar a aquellos delincuentes varones y pacientes psiquiátricos que tienen una mayor probabilidad de reincidencia general y que es un buen predictor en otros aspectos del comportamiento tras la excarcelación, así como de la respuesta al tratamiento (Armaza, 2013, págs. 114, 115).

Escala de valoración de la reincidencia en la violencia sexual (srv-20)

Ideada por Boer, Wilson Gauthier y Hart en 1997, analiza tres puntos diferentes:

1. Ajuste Psicológico.
2. Historial de agresiones sexuales.
3. Planes Futuros (solo en el ámbito de la delincuencia sexual)

Según Armaza (2009) "... juega un papel importante al dotar de mayor fiabilidad a otro tipo de pruebas aplicadas, pues según indica la literatura, es recomendable que su uso se concrete de forma integrada con otras pruebas de carácter clínico ..." (págs. 116, 117).

Tratamientos aplicables

En razón de las propias dificultades del trastorno, la cura total de la pedofilia es prácticamente inviable. Incluso, como se ha visto, la American Psychiatric



Association es de la postura que el trastorno de pedofilia es de por vida. Pero sí existe una concordancia entre los expertos con relación a que con un tratamiento adecuado el pedófilo puede aprender a controlar su conducta, pero con la salvedad de que su inclinación sexual en sí no cambia (Seto, 2009).

Es por este motivo que se habla de control más que de curación (Cáceres, 2001), a los efectos de disminuir la intensidad del trastorno.

Tratamiento de psicoterapia

Este tipo de tratamiento es el más utilizando a nivel mundial en los programas aplicados a los agresores sexuales.

Según Trabazo y Azor, este tratamiento persigue tres objetivos principales:

- 1- Que el paciente acepte su tendencia sexual y asuma la responsabilidad de su conducta. En tanto que el sujeto se vea como una persona que tomó una decisión cuando podría haber tomado otra, podrá asumir su responsabilidad en su comportamiento pasado, y sobre todo en su comportamiento futuro. Se busca corregir los errores perceptivos e ideas distorsionadas con las que el sujeto justifica su actuación.
- 2- Desarrollar la capacidad de empatía, especialmente el sentimiento de empatía con la víctima. Analizando testimonios de diferentes víctimas, incluida la propia víctima del agresor, y haciendo que este, poniéndose en el lugar de la víctima, describa lo que esta sintió. Sin un mínimo de empatía por la víctima el tratamiento, según muchos autores, no es efectivo.
- 3- Evitar la reincidencia. Se les enseña a analizar sus percepciones y pensamiento previos en situaciones de riesgo para que puedan poner en marcha mecanismos de freno. Igualmente se les entrena en la detección y evitación de situaciones de riesgo. Este es un enfoque terapéutico similar al llevado a cabo en las adicciones. (2009, pág. 213).



Tratamientos farmacológicos

Una medida extendida en otros países es que, a la par de la terapia psicoterapéutica, se medique a los agresores sexuales con antidepresivos, específicamente de los inhibidores de la recaptación selectiva de serotonina (IRSS) (Trabazo & Azor, 2009, pág. 213). Con respecto a estos, los especialistas refieren que:

Estos fármacos actúan aumentando las concentraciones de serotonina en el cerebro, generando así un efecto positivo en el estado de ánimo en el sujeto. Estudios llevados a cabo con IRSS muestra un mayor control en los afectos evidenciando un retroceso en las fantasías y el deseo sexual así como la masturbación (Trabazo & Azor, 2009, pág. 214).

Castración química

La castración química implica un tratamiento farmacológico para disminuir los niveles de testosterona, sus efectos son temporales mientras dure el tratamiento. Las drogas que producen este efecto, se utilizan en el contexto del tratamiento del cáncer de próstata. Los fármacos que pueden ser utilizados son el acetato de medroxiprogesterona o el acetato de ciproterona que disminuyen los niveles de testosterona y dehidrotestosterona, “... estos compuestos interfieren en la llegada de DHT a los receptores de andrógenos y bloquean la absorción celular de andrógenos ...” (Moya, 2015, pág. 45). La disminución de esta hormona, como consecuencia de la castración química, genera una disminución de los impulsos sexuales, atenúa las fantasías eróticas y la facilidad de estimulación sexual y el orgasmo (Trabazo & Azor, 2009, pág. 213).

Este tratamiento se utiliza en Alemania, República Checa, Suiza, Polonia y algunos estados de los EE.UU. (California, Florida, Georgia, Iowa, Louisiana, Montana, Oregon, Texas y Wisconsin). Otros, como Canadá, que no tiene una legislación específica sobre la castración química permiten que una persona, en forma voluntaria, solicite a su médico una prescripción médica para ser sometido el



tratamiento anti andrógeno (Rice & Harris, 2012).

A nivel internacional existen dispares posiciones acerca de la fiabilidad de la Castración Química, por ejemplo Moya (2015) refiere que no se ha probado su efectividad. Incluso que puede producir a largo plazo embolismo pulmonar, aumento de peso, diabetes mellitus, hipertensión, desordenes depresivos y ginecomastia.

Trabazo y Azor manifiestan que la castración química “... no es tan milagrosa ...” y su administración conlleva una serie de condiciones para su efectividad que no se pueden obviar. Pero hacen la salvedad que la disminución de la testosterona en los hombres genera una disminución de los impulsos sexuales, atenúa las fantasías eróticas y la facilidad de estimulación sexual y el orgasmo así como influyen en la disminución del deseo sexual, en la agresividad y el comportamiento antisocial (2009, pág. 214).

Mientras que Balbuena Rivera, en una descripción detallada del tratamiento con medroxiprogesterona y ciproterona, describe que “... su utilidad clínica ha sido constatada al reducir las distintas conductas sexuales exhibidas (fantasías, parafilias, masturbación) y respuesta sexual (erección, eyaculación) ...” (2014, pág. 247). También cita otros dos fármacos como la goserlina y la leuprolerina que tienen debida autorización en el sistema judicial español. No obstante se hace una salvedad que, en ese contexto, en el proceso penal, se debe solicitar una autorización al Juez para realizar este tipo tratamiento como una medida de seguridad debido a las consecuencias que podría acarrear, previo consentimiento del condenado.

El tratamiento debe ser voluntario, pues implica la ingestión de las medicación (vía oral – pastillas) y los efectos son reversibles mientras dure el tratamiento. Justamente al ser reversibles los efectos surge la interrogante de como se realizará el control médico una vez que los condenados recobren su libertad. He ahí el dilema, más allá de los costos económicos.



Castración física

Según Moya la castración física, también llamada orquidectomía en la cual se extraen completamente los testículos, se reduce drásticamente la producción de testosterona y en consecuencia, los sujetos tienen un menor impulso a tener relaciones sexuales. Moya también refiere que la castración quirúrgica “...es muy eficaz para reducir las tasas de reincidencia, entre un 82% y un 72%...” (2015, pág. 45).

Esta medida de carácter permanente, que todavía se aplica en Alemania, Republica Checa, Suiza, Polonia y algunos estados de los EE.UU. (California, Florida, Georgia, Iowa, Louisiana, Montana, Oregon, Texas y Wisconsin) no está exenta de críticas. Por ejemplo existen cuestionamiento bioéticos acerca de ellos y su colisión legal con los Derechos Humanos. Por ello, en el ámbito penitenciario es una de las menos utilizadas a nivel mundial.

Inconveniente del tipo penal de abuso sexual en niños con el Código de Ejecución Penal

El nuevo Código de Ejecución Penal, promulgado por ley n°. 5162 en octubre del año 2014, entró en vigencia en abril del 2015, y establece en su art. 13:

Se suprimirán del certificado de antecedentes judiciales, salvo caso de solicitud de informes de organismos oficiales:

1. Las condenas de multas, luego de dos años, a ser contados desde el día en que canceló la misma;
2. Las penas privativas de libertad de hasta tres años, luego de tres años, a ser contados desde el compurgamiento de la condena o la extinción de la pena; y,
3. Las penas superiores a tres años, luego de ocho años, a ser contados desde el compurgamiento de la condena o la extinción de la pena. (pág. 4)

Con la modificación del Art. 135 (modificado por ley n°. 6002/17) se elevó



la expectativa de pena del tipo penal de abuso sexual en niños de cuatro a quince años en su tipo base. No obstante como el trastorno de pedofilia es de por vida, el plazo de ocho años fijado para la supresión de los antecedentes penales resulta insuficiente.

El tipo base del delito de abuso sexual en niños, establecido en el art. 135a (modificado por la Ley 6002/17). del Código Penal, reza:

El que realizara actos sexuales con un niño, o lo indujera a realizarlos en sí mismo o a terceros, será castigado con una pena privativa de libertad de cuatro a quince años. Con la misma pena será castigado el que realizara actos sexuales manifiestamente relevante ante un niño y dirigidos a él, o lo indujera a realizarlos ante sí o ante a terceros.

Esto significa que una persona que haya manoseado las partes íntimas de un menor de catorce años de edad y, por ejemplo, se lo haya condenado a la pena mínima de cuatro años de pena privativa de libertad; luego de transcurridos otros ocho años posteriores al cumplimiento de su condena ya podrá solicitar la supresión de dicho registro de sus antecedentes penales.

Incluso si un agresor sexual fue condenado a una pena superior a cuatro años y siendo el plazo de eliminación de sus antecedentes penales de ocho años como se ha dicho, esto es insuficiente pues en otros países a estos sujetos se les hace un seguimiento con un registro especial para los mismos que puede ir hasta treinta años, como en España; o incluso (dependiendo de la gravedad del hecho) en forma perpetua como en los EE.UU y el Reino Unido..

Si bien, el artículo 13 del Código de Ejecución hace la salvedad que si lo solicitan organismos oficiales seguirá figurando el antecedente penal; esto no impide que una persona transcurridos ocho años de haber cumplido su condena por un hecho de abuso sexual en niños sin agravantes y por el cual haya sido condenada, pueda dedicarse a oficios que impliquen el contacto con niños, por citar algunos,



tales como docente o incluso personal administrativo o de limpieza en instituciones educativas privadas en la que el condenado acerque el certificado de antecedentes penales que el mismo solicitó y por tanto no figure el registro de su condena; o profesiones independientes como transportista escolar; animador de eventos infantiles; profesor en escuelas de fútbol, incluso mimetizarse en instituciones religiosas como catequista, etc. Puede sonar muy extremo este pensamiento, pero los numerosos casos existentes con las diversas modalidades que surgen día a día demuestran que la protección a los niños debe ser lo primordial.

De hecho Ibañez Peinado (2012) en su obra *Psicología e Investigación Criminal – La delincuencia especial* cita, entre varias otras, dos características de los abusadores sexuales de menores que son sumamente relevantes para la presente investigación

1. Buscan el acceso fácil a los niños (por razón de profesión oficio o empleo)
2. Suelen ser reincidentes y con una actuación preferentemente en ciudades o grandes poblaciones. (pág. 63)

En ese sentido el modelo español tiene, desde el año 2015, un Registro de Delinquentes Sexuales, el cual es estatal con un régimen cerrado con respecto a su base de datos o sea esta última no es accesible a los ciudadanos a través de medios masivos. Este Registro podría ser replicado en Paraguay de conformidad a las múltiples razones que se enuncian a continuación:

1. Para subsanar el error establecido en el Código de Ejecución Penal donde se contempla la eliminación de los antecedentes penales en un corto periodo.
2. Para establecer un mecanismo que salguarde a la infancia y adolescencia de la sociedad de futuros ataques de parte de estos sujetos, y prevenir que los condenados por hechos punibles contra la Autonomía Sexual se dediquen a profesiones, oficios o actividades que requieran de un contacto habitual con menores de edad.



3. Para generar un registro a través del cual se logre individualizar al segmento de condenados por hechos punibles del ámbito sexual, que permita luego realizar el seguimiento, vigilancia de ellos una vez que se encuentren en libertad, de modo a evitar que vuelvan a cometer el mismo hecho punible; a más de ello se busca obtener datos certeros acerca de la reincidencia de los condenados para así delimitar falencias y establecer mecanismos eficientes de reinserción social.

4. Crear una base de datos con el perfil genético de las personas condenadas que permita esclarecer causas judiciales donde se sospeche de la reincidencia de una persona que ya fue condenada. Incluso esta base de datos puede ser en un formato compatible con los países miembros del Mercosur.

La duración dentro del Registro de Agresores Sexuales de Paraguay sería por un plazo mínimo de veinte años y conforme a la gravedad del hecho este podría ampliarse. Dependería del Poder Judicial y sus datos se mantendrían dentro de un régimen cerrado en relación a la ciudadanía, es decir, no serían públicos; de forma a no estigmatizar a las personas condenadas. Pero como se mencionó previamente, sería exigible por empleadores tanto del sector público como privado que se dediquen a actividades en contacto habitual con menores.

Serían los propios ciudadanos, tal como es la modalidad actual del certificado de antecedente penal, quienes deberían solicitar su Certificado del Registro de Agresores Sexuales, donde se constataría si figuran o no en el mencionado registro.

Este proyecto de Ley fue presentado al Congreso Nacional a través de la Honorable Cámara de Senadores en fecha 31 de mayo de 2017.



Conclusión

Como es un tema complejo, las conclusiones también son diversas, por lo que a continuación se estructurarán en un orden lógico:

No existen tratamientos específicos en el sistema penitenciario paraguayo para los agresores sexuales, pretender una solución mágica a esta problemática es algo irreal. Esto se debe realizar en forma estructurada y paulatina.

Se celebra la modificación del art. 135 del Código Penal que era sumamente urgente y necesaria pero faltaría modificar los plazos ya sea de internación o reclusión (en el contexto de las medidas de mejoramiento y las de seguridad) para que estas sean ilimitadas y permanentes (pero revisables) en los supuestos de personas condenadas por abuso sexual en niños (e incluso otros hechos punibles de carácter sexual) que no se sometan voluntariamente a los tratamientos psicológicos en las penitenciarías y/o sigan manifestando una alta intensidad en su trastorno; existiendo por tanto un riesgo, fundado en su personalidad, de que vuelva a cometer un hecho punible de las mismas características.

Implementar tratamientos psicológicos en las penitenciarías para los agresores sexuales e incluso contemplar la posibilidad de la creación de un Centro Psiquiátrico de Seguridad o un pabellón especial a modo de tratarlos específicamente.

Crear un programa de seguimiento a la persona que fue condenada por abuso sexual en niños, una vez que esta recobre su libertad. Para ello se debe crear un Registro de Agresores Sexuales para centralizar y gestionar dicha información. El Sistema Judicial debe tener un enfoque diferenciado a las personas que cometen hechos punibles de índole sexual con los menores de edad ya que, como se ha mencionado, la pedofilia es de por vida.

Pretender aplicar la Castración Química sin haber agotado todas las instancias previas es algo muy iluso, todavía estamos muy lejos de llegar siquiera a analizar su aplicación pues primero se deben implementar todas las sugerencias previamente



señaladas. Sin esta estructura el sistema penal nunca podrá cumplir eficientemente los fines de la pena. Para graficarlo, sería como saltar del primer escalón al último.

Considerar que la castración química es la panacea universal que solucionará el fenómeno de los abusadores de niños es un grave error. Sería engañar a la ciudadanía que se vería frustrada al no encontrar soluciones de fondo.

Primero se deben implementar los cambios señalados en el modelo de la política criminal sobre los agresores sexuales; y en todo caso una vez realizadas todas las sugerencias señaladas previamente y luego de analizadas en su eficacia, recién allí se podría considerar la aplicación de la castración química como otra herramienta complementaria a utilizar. (siempre en la modalidad voluntaria).

Hasta entonces, es estéril cualquier debate sobre la legalidad o no sobre la Castración Química ya que son varios elementos que confluyen para que el sistema penal y penitenciario pueda dar una solución satisfactoria a la ciudadanía.

Bibliografía

- Armaza, E. J. (2013). El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso. Granada: Comares S.L.
- American Psychiatric Association. (2014). Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-5. Madrid: Editorial Médica Panamericana.
- Berdugo, I., Zuñiga, L., Fernandez, J., Pérez Cepeda, A., & Sanz Mulas, N. (2001). Manual de Derecho Penitenciario. Salamanca: Colex.
- Balbuena Rivera, F. (2014). Cartografiando la pedofilia: eficacia de los tratamientos y estrategias futuras. Apuntes de Psicología, Vol. 32, N° 3, págs. 245 – 250. Colegio Oficial de Andalucía Occidental. Andalucía.
- Código de Ejecución Penal de la República del Paraguay, Ley n° 1160/97.
- Código Penal de la República del Paraguay, Ley n° 5162/14.



- Espinosa, M. D. (2013). Psicopatía antisocial y neuropsicología. En E. Demetrio Crespo, & M. Maroto, Neurociencias y Derecho Penal (pág. 575 a 600). Madrid: Edisofer S.L.
- Ibañez, J. (2012). Psicología e investigación criminal: La delincuencia especial. Madrid: Dykinson S.L
- Jiménez, M. J., & Fonseca, G. M. (2007). Trastornos de la Personalidad (psicopatías). Madrid: Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas S.L
- Martínez Catena, A. & Redondo, S. (2016) Etiología, prevención y tratamiento de la delincuencia sexual. Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. (2016). Anuario de Psicología Jurídica. Madrid: Elsevier España S.I.U.
- Melo , E., Zaffari, B., & Callegari, A. L. (2016). Psicopatías e Imputabilidad. Madrid: Edisofer S.R.L.
- Moya, J. (2015). La pedofilia ¿Enfermedad Neurológica? Revista Moralia, Vol. 32, Issue 145, págs. 19 – 55. Instituto Superior de Ciencias Morales – España.
- Roig Torres, M., & Rodríguez Yague, C. (2014). Tratamiento penal de la delincuencia sexual. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Trabazo Arias, V. & Azor Lafarga, F. (2009). La Pedofilia: Un problema clínico, legal y social. Revista Edupsykhé. Vol. 8, N° 2, 195 – 209. Universidad Camilo José Cela. Madrid.





Artículo de revisión

La pobreza: una cuestión de derechos humanos

Poverty: a matter of human rights

Mboriahu: yvypóra derecho rehegua

*Rolando E. Gialdino**

Universidad Nacional de Buenos Aires. Buenos Aires Argentina

Recibido: 30.05.17 - Aprobado: 12.07.18

Resumen

Una ominosa realidad pesa sobre un inmenso sector de la población de nuestra América, compelido a vivir en la pobreza, cuando no en la pobreza extrema y ello es una cuestión menos económica que de derechos humanos, puesto que esa cruenta situación revela tanto la violación de múltiples derechos, si no todos, reconocidos en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuanto el paralelo y grave incumplimiento por los Estados de las obligaciones que han contraído en dicho marco. Surge así, el compromiso de los hombres y mujeres de derecho, si el saber jurídico es lo que debe ser: un saber que tributa a la liberación de la persona humana de las injusticias que le impiden que su dignidad esencial pueda desarrollar, en la existencia, todas sus potencias y excelencias. Una de las herramientas para tal servicio es la plena justiciabilidad de los derechos humanos, muy especialmente, de los derechos económicos, sociales y culturales, máxime cuando, entre las medidas para observar las mencionadas obligaciones internacionales del Estado, se encuentran las sentencias judiciales.

* Investigador y profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina. Email: rolandogialdino@gmail.com.

Abogado y Doctor de la Universidad Nacional de Buenos Aires (área Derecho Internacional). Investigador y profesor universitario de posgrado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos.



Abstract

An awful truth burdens on a great part of America's population, consigned to poverty, if not extreme poverty. That is a human rights matter, rather than economic, since this situation reveals, on one hand, the violation of several rights, if not all, recognised by human rights law, and on the other hand the non-compliance of the obligations contracted by the States within the mentioned law's framework. This raises the commitment of men and women dedicated to law, to know if juridical knowledge is what it has to be: a knowledge that advocates for people's liberation from the injustices that keep them from developing all of their potentiality and excellence. One of the tools to achieve that, is justiciability of human rights, and very specially, economic, social and cultural rights, mainly when among the measures to be observed in terms of the mentioned international obligations, there are court sentences.

Ñembyapu'a

Peteĩ mba'e ñarombyasýva, ikatu'ýva ojeguerekañy ha ojaho'íva amérika tuichakue javeve ningo hína pe jeiko mboriahu poguýpe térã katu mboriahu apí poguýpe. Ko mba'ére ndaikatúi oñemaña economía guive añonte, tekotevê avei ojehecha yvypóra derécho guive, jaikuaápye ichugui kuéra ojepe'apaha hetaite iderécho, térã ojepe'apa voi katu, opaite yvypóra derécho ojekuaáva ambue tetãrupi avei. Ndojeguatai jave ko derécho rapére ha Estado kuéra ndojapói jave umi hembiaporãite yvypóra derechorã. Upéicha oñepyrũ oñeha'ã kuimba'e ha kuña oikuaáva derécho rehegua, jaikuaápye tuicha mba'eha ojekuaa léi kuéra rehegua, upéichaite avei tekotevê ojekuaa mba'éichapa yvypóra maymáva isãso osẽ haguã ko tekojoja'ỹ vaigui, tomondoho opaite mba'e ojopýva ichupe oiko haguã yvypóra oiko haguãicha, toguerojera hekovemi ha tojehecha hese teko porã memete. Kóvape oñeguahẽ haguã ikatu ojeporu umi derécho kuéra económico, social ha cultural hérava, umi tembiaporã tekotevêva ojehecha pyahu ningo Estado kuéra tembiaporãite, ojejuhúva sentencia judicialpe.



Palabras clave: Pobreza. Dignidad humana. Derechos económicos, sociales y culturales. Justiciabilidad.

Key word: poverty – human dignity – economic, social and cultural rights - justiciability

Ñe'ẽ apytere: Mboriahu, Yvypóra reko tee, Derechos económicos, sociales y culturales.

Introducción

A. Una ominosa realidad pesa sobre un inmenso sector de la población de nuestra América, compelido a vivir en la pobreza, cuando no en la pobreza extrema. Seres humanos traspasados por el hambre, la desnutrición, el desempleo, las condiciones inhumanas de trabajo, la falta de vivienda, los impedimentos al acceso a la salud y a la educación, entre otros males lacerantes y en aumento. La Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos (ONU), M. Sepúlveda Carmona, en el informe sobre su visita oficial al Paraguay en 2011, señalaba que la pobreza “sigue siendo muy extendida” y que “en 2010 afectó a más de la mitad de la población (54,8%)”, mientras que “la pobreza extrema afectaba al 30,7% de la población”¹.

B. Las personas extremadamente pobres comúnmente describen su posición en términos de sometimiento a un “encadenamiento” de situaciones de precariedad cuya persistencia hace que sean cada vez más difíciles de superar y que califican a este proceso como “círculo vicioso de la miseria”, dentro del cual las precariedades se refuerzan mutuamente. Pero hay más, pues a ese círculo vicioso “horizontal” se adiciona otro “vertical”, dado que el desgraciado fenómeno es transmitido de generación en generación, lo que termina configurando, según la Cumbre de

¹ Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona. Adición: Misión al Paraguay (11-16/12/2011), A/HRC/20/25/Add.2, 2011, § 24, en adelante Informe Pobreza/Misión a Paraguay.



Copenhague, un “círculo infernal”². En palabras de la Carta Social de las Américas: “la transmisión intergeneracional de la pobreza” (2012, considerandos).

C. Luego, es válido entender que “las personas pobres son aquellas que se ven sometidas a un entramado de relaciones de privación de múltiples bienes materiales, simbólicos, espirituales y de trascendencia, imprescindibles para el desarrollo autónomo de su identidad esencial y existencial” (Vasilachis de Gialdino, 2003). En esta misma línea hallamos al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante Comité DESC) al definir a la pobreza, como “una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”. Concepto “multidimensional” que refleja un principio inconcuso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH): la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos (Comité DESC, 2001, § 8; Gialdino: 1999, cap. 2; 2013a, págs. 64/74). “Una situación de máxima violación de los derechos económicos, sociales y culturales significará –enseña la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– una máxima violación de los derechos civiles y políticos. Ello es lo que sucede cuando nos encontramos con una situación de pobreza extrema”³. La pobreza, por consiguiente, resulta algo más, mucho más, que una falta de ingresos; no refiere solo a privaciones económicas, sino también a otras formas de malestar, que incluye la impotencia (powerless), el no tener “voz ni voto” (voicelessness) y los sentimientos de vergüenza, humillación y exclusión en los ámbitos políticos, sociales y culturales⁴. “El tema común subyacente a la experiencia de los pobres es el sentido de impotencia que, a menudo, deriva de su

2 Informe final sobre los derechos humanos y la extrema pobreza, presentado por el Relator Especial, L. Despouy, E/CN.4/Sub.2/1996/13, 1996, §§ 115, 117, 177 y 179.

3 Comisión IDH, *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, 2001, V.A, §4.

4 Economic, Social and Cultural Rights. Report of the Expert Seminar on Human Rights and Extreme Poverty, 7-10/2/2001, E/CN.4/2001/54/Add.1, p. 5, § 18.



situación” (Comité DESC, 2010, § 38).

Pobreza y derechos humanos

A. No se requieren profundos estudios para afirmar que la perversa situación antes expuesta implica, con necesidad, graves quebrantamientos de derechos subjetivos de las víctimas. Más aún, de derechos “reconocidos” por el DIDH mediante tratados vinculantes (entre otros instrumentos)¹, tales como: a la protección contra el hambre (“derecho fundamental”, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en adelante PIDESC, art. 11.2); a un nivel de vida adecuado, comprensivo, v.gr., del derecho a la vivienda, al vestido y a la alimentación adecuadas (ídem, art. 11.1; Comité DESC, 1991, 1997 y 1999a; Gialdino: 2000a, pág. 795; 2010, pág. 813); al agua (Comité DESC, 2002); al trabajo (PIDESC, art. 6; Comité DESC, 2005; Gialdino, 2000b, pág. 403); a condiciones dignas y equitativas de labor y a una retribución justa (PIDESC, art. 7; Comité DESC, 2016; Gialdino, 2000b, pág. 403)²; a la seguridad social (PIDESC, art. 9; Comité DESC, 2007; Gialdino, 2008a, pág. 384)³; al más alto nivel posible de salud (PIDESC, art. 12; Comité DESC, 2000; Gialdino, 2001, pág. 493)⁴; a la educación (PIDESC, art. 13; Comité DESC, 1999b)⁵; a la cultura (PIDESC, art. 15; Comité

1 Todos los tratados que citaremos, salvo indicación en contrario, han sido ratificados por Paraguay.

2 El Comité DESC “observa con preocupación los altos índices de desempleo y subempleo, así como la amplitud del sector informal de la economía, donde no se cuenta con una protección social ni laboral básica (arts. 6 y 7)” (Observaciones finales: Paraguay, 2015, E/C.12/PRY/CO/4, § 15).

3 Preocupa al Comité DESC que Paraguay “aún no cuente con un sistema de protección social universal y que un alto porcentaje de la población no reciba ningún tipo de protección social (art. 9)” (Observaciones finales: Paraguay, 2015, cit. n. anterior, § 22).

4 “Durante su visita, el Relator Especial observó graves problemas en el disfrute del derecho a la salud relacionados con la aplicación de la normativa y las políticas vigentes, así como la prevalencia de desigualdades, discriminación y violencia contra sectores clave de la población, particularmente las mujeres y las niñas, los niños y los adolescentes, las personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero, las personas con discapacidad y las personas que viven con el VIH/SIDA” (Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental relativo a su visita al Paraguay [23/9-6/10/2015], A/HRC/32/32/Add.1, 2016, § 129).

5 “El Paraguay requiere con urgencia los recursos necesarios para resolver los problemas de infraestructura,



DESC, 2010)⁶, entre otros muchos derechos, sino todos, principalmente a la vida y a no verse sometido a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Gialdino, 2003a, pág. 1079).

B. Añádase a lo anterior, que estas potentes realidades generan, habitualmente, la violación de otro principio basal del DIDH, como lo es el de igualdad y de no discriminación (Gialdino, 2013a, pág. 129)⁷, el cual exige prestar “especial atención a los grupos vulnerables y a sus miembros” (Comité DESC, 2001, § 11), cuanto más que la discriminación “es a la vez causa y consecuencia de la pobreza”, conforme lo advierten los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos (Principios Rectores, 2012, § 18)⁸. Y ello, a su vez, se ve potenciado cuando el menoscabo hace carne en integrantes de grupos

agua potable, alimentación para los estudiantes, materiales educativos que respondan a la diversidad cultural del país, formación docente y medidas afirmativas para que los más pobres puedan ingresar y permanecer en los centros educativos [...]” (Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Sr. Vernor Muñoz. Misión al Paraguay [14 a 22 de abril de 2009], A/HRC/14/25/Add.2, 2010, § 75). Y “recomienda al Gobierno [...] a) Otorgar un lugar preponderante a la educación en la lucha contra la pobreza. Eso implica, para empezar, otorgarle el presupuesto que requiere” (§ 82).

6 “La toma de conciencia de sus derechos humanos y, en particular, del derecho de toda persona a participar en la vida cultural puede potenciar significativamente a las personas o los grupos de personas que viven en la pobreza” (Comité DESC, 2010, § 38).

7 “La situación social de una persona, como el hecho de vivir en la pobreza o de carecer de hogar, puede llevar aparejados discriminación, estigmatización y estereotipos negativos generalizados que con frecuencia hacen que la persona no tenga acceso a educación y atención de salud de la misma calidad que los demás, o a que se le deniegue o limite el acceso a lugares públicos” (Comité DESC, 2009, § 35). “Según la Constitución de Paraguay, la discriminación está prohibida, y el Estado tiene el deber de eliminar todos los obstáculos que la faciliten (artículos 46-48). Sin embargo, no se han adoptado medidas concretas para aplicar de manera efectiva esta disposición constitucional. De hecho, Paraguay no tiene aún legislación específica para eliminar las prácticas y costumbres discriminatorias” (Amnistía Internacional, 2015, p. 4). “Paraguay es uno de los pocos países de la región que no dispone del marco normativo necesario para combatir la discriminación, lo que constituye una deuda histórica para con la sociedad paraguaya” (Informe del Relator... visita al Paraguay, cit. supra n. 10, § 17). En análogo sentido: Comité DESC, Observaciones finales: Paraguay, 2015, cit. supra n. 7, § 13; Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales: Paraguay, 2013, CCPR/C/PRY/CO/3, § 9.

8 Los Principios Rectores fueron aprobados por el Consejo de Derechos Humanos, ONU, por consenso (resolución 21/11, 2012), y son fruto de muchos años de consultas con los Estados y otras partes interesadas, incluidas las personas que viven en la pobreza (§ 11 y Anexo I).



particularmente protegidos por el DIDH, como lo son, p.ej., los niños⁹, las mujeres¹⁰, las personas mayores¹¹, las personas con discapacidad¹², los migrantes¹³

9 “Dado que la mayoría de los que viven en la pobreza son niños y que la pobreza en la infancia es una causa básica de pobreza en la vida adulta, los derechos de los niños deben tener prioridad” (Principios Rectores, § 32; asimismo: Informe Pobreza/Misión a Paraguay, §§ 60/68). “En el contexto de pobreza y desigualdades sociales que caracteriza a la región y al Paraguay, la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes es evidente y alarmante”; “muchas de las niñas víctimas de explotación sexual fueron ‘criaditas’, trabajadoras domésticas que viven en una familia acogedora en condiciones de gran vulnerabilidad a todo tipo de abuso y violaciones de sus derechos. La institución de las ‘criaditas’ tiene larga data en el Paraguay y se estiman unas 40.000 criaditas entre los 6 y 12 años, de las cuales 12.000, en Asunción” (Informe presentado por el Sr. Juan Miguel Petit, Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Adición. Misión al Paraguay [23/2-5/3/2004], E/CN.4/2005/78/Add.1, 2004, §§ 103 y 35). El Comité de los Derechos del Niño insta a Paraguay a prestar mayor atención y esfuerzos para proteger a los niños particularmente en riesgo de ser víctimas de alguno de los delitos del 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, especialmente las niñas, los niños en situaciones de pobreza, en particular aquellos en extrema pobreza, en situación de calle, bajo cuidado residenciales, indígenas y no acompañados y separados (Concluding observations: Paraguay, 2013, CRC/C/OPSC/PRY/CO/1, § 31).

10 “[L]as mujeres tienen más probabilidades de vivir en la pobreza que los hombres y [...] a menudo son las únicas responsables del cuidado de los hijos” (Comité DESC, 2007, § 32). “Las mujeres representan una parte desproporcionada de la población pobre, debido a las formas multifacéticas y acumulativas de discriminación que deben soportar” (Principios Rectores, § 23). “Una mayor potenciación de la mujer en particular es una condición indispensable para erradicar la pobreza a nivel mundial” (Comité DESC, 2001, § 5). Sobre mujeres en general, y trabajadoras domésticas en particular, vid. Informe Pobreza/Misión a Paraguay, §§ 54/59 y 90/96, respectivamente.

11 *Vid.* Informe Pobreza/Misión a Paraguay, §§ 86/89. Asimismo: Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (no ratificada por Paraguay).

12 El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad “recomienda al Estado parte que adopte una política pública de desarrollo y que incluya estrategias con enfoque de género dirigidas específicamente a la reducción de la pobreza y acceso al desarrollo de las personas con discapacidad y sus familias, incluyendo la garantía de vivienda digna en igualdad de condiciones con las demás, prestando especial atención a las personas que viven en el área rural” (Observaciones finales: Paraguay, 2013, CRPD/C/PRY/CO/1, § 68) *Vid.* Informe Pobreza/Misión a Paraguay, §§ 69/72. “El Paraguay cuenta con importantes oportunidades para avanzar en el reconocimiento pleno de los derechos de las personas con discapacidad [...] ha realizado un importante esfuerzo discapacidad” (Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad sobre su visita al Paraguay [18-28/11/2015], A/HRC/34/58/Add.1, 2016, § 73). participativo para revisar sus marcos normativos, institucionales y programáticos en línea con lo establecido por la Convención. El mayor desafío actual es traducir esos nuevos marcos de referencia en acciones concretas que, de manera sostenible, resulten en la participación activa de todas y todos, los paraguayos y paraguayas.

13 Preocupa al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares que “los trabajadores migratorios, en particular los que se encuentran en situación irregular, suelen ser vulnerables a ser sometidos a trabajos forzosos, abusos y otras formas de explotación, que incluyen remuneraciones inadecuadas, horarios de trabajo excesivos, en particular en la agricultura y el trabajo doméstico. También le preocupa que las trabajadoras migratorias en situación irregular [...]” (Observaciones finales: Paraguay, 2012,



y los pueblo indígenas y tribales (Gialdino, 2006, pág. 1178)¹⁴, configurándose, en numerosas supuestos, discriminaciones “múltiples”¹⁵. La pobreza, el subdesarrollo, la marginación, la exclusión social y las desigualdades económicas, por un lado, están estrechamente vinculadas con el racismo, la xenofobia y las prácticas conexas de intolerancia y, por el otro, contribuyen a la persistencia de actitudes y prácticas racistas, que a su vez generan más pobreza¹⁶. Violaciones todas ellas que, inequívocamente, injurian el sentido trascendente de la persona humana y su libertad, pues, como lo viene precisando la Declaración Universal de Derechos Humanos hace ya más de medio siglo, se ha proclamado el advenimiento de un mundo en que los seres humanos vivan “liberados del temor y de la miseria”, en la

CMW/C/PRY/CO/1, § 26).

14 “La exclusión histórica, sumada a prácticas de asimilación, despojo territorial y denegación de sus derechos, han dado lugar a importantes brechas sociales, económicas y de goce de derechos entre los pueblos indígenas y tribales en las Américas y el resto de la población” (Comisión IDH, 2015, p. 79 y sus citas). Vid. Principios Rectores, § 40. “Se constata que la población más pobre y excluida del país es la indígena” (Informe Pobreza/Misión a Paraguay, § 4 y su cita de Plan de Acción 2010-2011, Red de Derechos Humanos del Poder Ejecutivo [Paraguay], ps. 8 y 9; asimismo: §§ 73/81). “Los datos disponibles señalan que las tasas de pobreza y extrema pobreza entre los pueblos indígenas serían del 75% y el 60% respectivamente, mucho mayores que la media nacional. Entre los indígenas menores de 5 años, el índice de pobreza extrema es del 63% (frente al 26% de media nacional) y el de desnutrición crónica, del 41,7% (frente al 17,5%)” (Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpus. Adición. Situación de los pueblos indígenas en el Paraguay, A/HRC/30/41/Add.1, 2015, § 50). “El Comité recomienda al Estado parte que adopte una política nacional integral de lucha contra el racismo y la discriminación racial que promueva la inclusión social y reduzca los altos niveles de desigualdad y pobreza que afectan a los miembros de pueblos indígenas y los afroparaguayos” (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observaciones finales: Paraguay, 2016, CERD/C/PRY/CO/4-6, § 10). Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24/8/2010, entre otros.

15 El Comité DESC “nota con preocupación que las mujeres que viven en zonas rurales y las mujeres indígenas continúan siendo víctimas de una discriminación múltiple e intersectorial, lo cual se ve reflejado en los altos índices de pobreza en que viven (art. 3)” (Observaciones finales: Paraguay, 2015, cit. *supra* n. 7, § 14).

16 Declaración de Durban (Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durban, 2001), § 18. “El 41,4% de la población paraguaya habita en zonas rurales. La pobreza extrema en zonas rurales (32,4%) triplica la de las zonas urbanas (10,3%). Casi la mitad de la población rural se encuentra en situación de pobreza (48,9%) y la mayoría está en extrema pobreza” (Informe Pobreza/Misión a Paraguay, § 83, citas omitidas). Paraguay ha sido catalogado por la CEPAL “como uno de los países con más desigualdad de América Latina, debido al alto nivel de exclusión y de empleo informal” (Informe de la Relatora... personas con discapacidad... visita al Paraguay, 2016, cit. *supra* n. 17, § 6).



inteligencia de que “elevar el nivel de vida” configura “un concepto más amplio de la libertad” (DUDH, Preámbulo, §§ 2 y 5). Meses antes, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ponía de manifiesto que las “constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente, y alcanzar la felicidad” (DADDH, considerandos, § 1). En fechas más recientes, uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000), objetivo 1, se dirige a erradicar la pobreza y el hambre, tras lo cual se alinean los objetivos 1 y 2 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015)¹⁷. Es preciso, incluso, poner sobre la liza el derecho al desarrollo –cuyo destinatario principal deberían ser los pobres¹⁸ – y la democracia: “la lucha contra la pobreza, especialmente la eliminación de la pobreza crítica, es esencial para la promoción y consolidación de la democracia y constituye una responsabilidad común y compartida de los Estados americanos” (Carta Democrática Interamericana, 2001, Preámbulo).

C. Hemos entrecomillado párrafos antes (A) la expresión “reconocidos”,

17 Asamblea General, ONU, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, resolución 70/1, 25/9/2015. “El Paraguay ha adoptado una amplia gama de políticas y programas para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la alimentación, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. Sin embargo, como se pone de manifiesto en el presente informe persisten retos, sobre todo en lo que respecta a la brecha entre las personas de mayores y menores ingresos y la falta de aplicación de la legislación y las políticas de derecho a la alimentación [...] La pobreza sigue siendo elevada en algunas partes del país, y se está arraigando no sólo en las zonas rurales, sino que también existe el riesgo de aumentar en los centros urbanos ante las altas tasas de migración interna hacia las áreas urbanas” (Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación acerca de su misión al Paraguay [Hilal Elver, 4-10/11/2016], A/HRC/34/48/Add.2, 2017, §§ 102 y 104).

18 Economic..., cit. *supra* n. 5, pág. 7, § 28. La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General, ONU, el 4/12/1986, reconoce que “la persona humana es el sujeto central del proceso de desarrollo y que toda política de desarrollo debe por ello considerar al ser humano como participante y beneficiario principal del desarrollo” (Preámbulo, § 13). “El crecimiento económico no se ha traducido en una disminución significativa de la pobreza” (Informe Pobreza /Misión a Paraguay, § 24 y su cita). *Vid.* Comité DESC, 2001, § 10.



a fin de resaltar que nos hallamos ante derechos cuya existencia no dependió de consagración positiva alguna, desde el momento en que son anteriores y superiores a toda organización política o social, por cuanto derivan directamente de un dato ontológico: la dignidad “inherente” o “esencial” a todos y cada uno de los seres humanos, les basta a estos, para ser dignos, con su sola hominidad. Y ello, así como pone en evidencia que la dignidad, por ser esencial, no es un derecho humano, devela la razón de ser de todos estos: proteger en la existencia la dignidad en esencia de la persona. Se trata no sólo de que la dignidad esencial sea reconocida, sino también de que en el terreno de la existencia, en el día a día, hic et nunc, no se vea menoscabada ni impedida de desarrollar en plenitud, todas sus potencias y excelencias. Es con ese objetivo, precisamente, que han sido enunciados o reconocidos los derechos, libertades y garantías que solemos comprender en el concepto moderno de derechos humanos (Gialdino, 2013a, págs. 6/7). La dignidad esencial resulta, entonces, fuente y medida de todo derecho que se requiera para su protección existencial (ídem, págs. 22/29). La pobreza, sostiene el Comité DESC, puede ser entendida como “la falta de la capacidad básica para vivir con dignidad” (2001, § 7).

En palabras de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, la dignidad de la persona humana “constituye en definitiva el bien jurídico supremo, que el Estado debe proteger en toda su extensión”, y sobre cuyo “reconocimiento efectivo... se asienta todo nuestro diseño constitucional”¹⁹.

Derechos y obligaciones

A. Nos encontramos, ciertamente, ante derechos humanos, por lo anterior, pero que suponen correlativas obligaciones internacionales del Estado de “respetarlos”, “protegerlos” y “realizarlos” (Gialdino, 2003b, pág. 87 y ss.).

¹⁹ *Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “Antoliano Cardozo Reyes c. el Estado paraguayo s/ indemnización de daño moral, 14/10/2013.*



Obligaciones, además, contraídas por el Estado de cara a todas las personas sujetas a su jurisdicción, pero también de cara a la comunidad internacional. No huelga apuntar, en este sentido, que todos y cada uno de los derechos humanos, y muy especialmente los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC), tienen un piso de satisfacción absolutamente intraspasable, un núcleo duro, un “nivel esencial” (Comité DESC, 2001, §§ 15/17), que entendemos se inscribe en el cimero plano del *jus cogens* (Gialdino, 2013a, págs. 29/34). Tal como lo “recalcó” el Comité DESC para “evitar malentendidos”: dichos niveles esenciales generan, para el Estado, correlativas obligaciones esenciales, que son inderogables y no se extinguen siquiera en situaciones de conflicto, emergencia o desastre natural. Más todavía: una vez garantizados esos mínimos, sigue teniendo la obligación de avanzar lo más rápida y eficazmente posible hacia la plena realización de todos los derechos consagrados en el PIDESC (2001, § 18). “Los Estados –advierten los Principios Rectores– tienen la obligación inmediata de adoptar medidas para hacer plenamente efectivos los DESC y la normativa de derechos humanos exige que en todo momento se garanticen, por lo menos, los niveles esenciales mínimos de todos los derechos” (§ 48).

B. Destaquemos, en tándem con lo precedente, que se encuentra fuera de todo debate que, por la obligación de “hacer efectivo” (“proveer” o “proporcionar”), según la denomina el Comité DESC, es deber del Estado proporcionar directamente el objeto del derecho en juego (vivienda, salud, alimentación...) a todo individuo o grupo que, por razones que escapen a su control o voluntad, sea incapaz de disfrutarlo por los medios a su alcance (DUDH, art. 25.1; DADDH, art. XVI; Comité DESC: 1999a, § 15; 1999b, § 47; 2000, § 37; 2002, § 25; Gialdino, 2013a, págs. 509/511). Por lo demás, el art. 9, PIDESC, reconoce el derecho de toda persona “a la seguridad social, incluso el seguro social” (asimismo DUDH, art. 22). Y si bien esta última norma, art. 9, “no precisa la índole ni el nivel de protección que debe



garantizarse”, queda entendido que el término “seguro social” incluye de forma implícita “todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas” (Comité DESC, 1995, § 26; vid. en general, ídem, 2007)²⁰.

C. La pobreza extrema, desde luego, “no es inevitable”, puesto que constituye, en buena parte, “una situación creada, propiciada y perpetuada por acciones y omisiones de los Estados y otros agentes económicos” (Principios Rectores, § 5). El 1% de las personas más ricas del planeta posee más riqueza que el 99% restante (Oxfam International, 2017, págs. 1/2).

D. Son oportunos estos últimos recordatorios, puesto que la erradicación de la pobreza “constituye el mayor desafío que enfrenta el mundo en la actualidad”²¹. La obstinada advertencia que desde hace tiempo se dirige a los países de la región sobre su posible “exclusión” del mercado internacional, derivada de la impotencia para afrontar puntualmente sus elevados endeudamientos externos, pareciera estar soslayando, no sin malicia, que también pesa sobre los Estados, pero con jerarquía prevalente, el compromiso de honrar las obligaciones que asumieron frente a todos sus pares y Partes en los tratados de derechos humanos y que responden ya no a organismos financieros multilaterales, sino a concretos hombres y mujeres de carne, hueso y alma (Gialdino, 2003c, pág. 1468 y ss.)²².

No es casual, entonces, que el Comité DESC demande a los Estados parte que “al negociar con instituciones financieras internacionales y aplicar programas

20 Mientras la comunidad Yakye Axa se encuentre sin tierras, juzgó la Corte IDH, el Estado deberá suministrarle, de manera inmediata y periódica: agua potable suficiente; atención médica y medicinas; alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes; servicios sanitarios, y materiales bilingües a la escuela (*Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 17/6/2005, § 221).

21 Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, 2002), II.7.

22 Sobre “la aversión del Banco Mundial hacia los derechos humanos”: Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos [Philip Alston], A/70/274, 2015, § 34 y ss.



de ajuste estructural y políticas macroeconómicas que afecte al servicio de la deuda externa, la integración en la economía mundial de mercado libre, etc. tengan en cuenta sus consecuencias para el disfrute de los DESC, en particular de los grupos más vulnerables de la sociedad”²³. Otro tanto, cabe expresar respecto de acuerdos bilaterales y multilaterales de comercio e inversión con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades, como v.gr., las empresas multinacionales (Comité DESC, 2000, § 50).

E. Por cierto, lo antedicho no atenúa que “los agentes no estatales, incluidas las empresas, tienen como mínimo, la responsabilidad de respetar los derechos humanos, lo que significa que deben evitar dar lugar o contribuir a efectos adversos en los derechos humanos mediante sus actividades, productos o servicios y subsanar esos efectos cuando se produzcan” (Gialdino, 2012, pág. 902; Principios Rectores, § 100).

Subrayemos, entonces, que los derechos humanos generan obligaciones erga omnes, vale decir, obligaciones tanto de los Estados hacia las personas (efecto vertical), cuanto de estas entre sí (efecto horizontal): los derechos humanos “deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”²⁴. Mas, quede en claro que esto último no libera a los Estados de la obligación de “proteger”, *i.e.*, de adoptar todas las medidas necesarias para impedir que las empresas o los particulares priven a las personas del acceso a sus derechos (v.gr. Comité DESC, 1999a, § 15; Gialdino, 2013a, págs. 520/527). Los Estados, por ejemplo, cuando permitan que la provisión de agua sea explotada o

23 Observaciones finales: México, 1999, E/C.12/1/Add.41, § 34; Argentina, 1999, E/C.12/1/Add.38, § 28; Túnez, 2016, E/C.12/TUN/CO/3, §§ 18/19. “Aunque el crecimiento de una economía de mercado libre ha contribuido al impresionante crecimiento experimentado por el país en los últimos años, este crecimiento no ha beneficiado a todas las personas [...] La situación es difícil para las personas que viven en zonas remotas, para los pueblos indígenas, así como para las personas que viven en la pobreza extrema” (Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la alimentación... Paraguay, cit. supra n. 22, §§ 103 y 105).

24 Corte IDH, OC-18/03, § 140; asimismo: §§ 110 y 151; Gialdino, 2013a, págs. 42/46.



controlada por terceros, deben impedir a estos que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable y establecer un sistema regulador eficaz que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento (Comité DESC, 2002, §§ 23 y 24). El PIDESC “potencia a los pobres al otorgarles derechos y al imponer obligaciones jurídicas a otros, como por ejemplo los Estados” (Comité DESC, 2001, § 14).

Políticas

A. La pretendida—y, quizás, provisoria y parcialmente lograda—emancipación de la economía respecto de la moral y del derecho, entrelazada con un enmascarado neocolonialismo y con la seducción que sobre ciertas políticas nacionales ejercen las llamadas “leyes del mercado” y la “globalización” que no tributan al ser humano sino al provecho y la ganancia sin taludes ni medidas, así como el olvido del principio de *opción preferencial* o de *justicia social*, arquitectónico del DIDH, seguramente han contribuido al presente y aciago estado de pobreza (Gialdino, 2013a, págs. 85/97). Esta crematística voraz e insaciable, este perverso neoliberalismo individualista, pregonero del mendaz “efecto derrame”, ni siquiera parece haber reparado, por un lado, en las contundentes pruebas de que, por ejemplo, el mejoramiento de la salud no es un resultado del crecimiento económico, sino que, por lo contrario, constituye un prerrequisito de este en las sociedades pobres²⁵. Y, por el otro, en que, por ser “la educación... el verdadero motor del desarrollo... privatizar la educación es condenar a la gente a la pobreza”²⁶.

B. Con acierto se expresa Eide: las consecuencias de la pobreza hacen raíz en una sociedad y pueden desquiciarla, pues cuando la pobreza se vuelve un rasgo permanente, genera sus propios patrones culturales, tanto en los que la sufren cuanto

25 Vid. Documento presentado por la Organización Mundial de la Salud, a la Sub-Comisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2002/44, 2002, Anexo, pág. 3 (“Human Rights and Extreme Poverty”).

26 Informe del Relator Especial... educación. Misión al Paraguay, cit. supra n. 10, § 77.



en los que escapan a sus garras. En tales situaciones, los grupos privilegiados caen en una generalizada indiferencia hacia la pobreza de los otros. Y es precisamente la ideología neoliberal la que proporciona a los primeros una serie de supuestos para justificar la prioridad de los principios del mercado por sobre los derechos humanos, favoreciendo, en particular, un mercado de operaciones irrestricto por sobre los DESC. Esta ideología incluye una vaga e inverificable suposición de que, en definitiva y después de un tiempo, también se producirán beneficios para los pobres actuales. Mas, ningún fundamento empírico sustenta esa suposición (2001, pág. 558).

No menos esclarecedor resulta Bedjaoui, que fue juez de la Corte Internacional de Justicia: “la mundialización es una regresión y la marca de un individualismo desenfrenado erigidos como dogma: el más fuerte prevalece sin estar trabado por reglas, pues la mundialización está acompañada de la desregulación y la desreglamentación. Inclinar-se ante ello, ante la generalización y uniformidad de principios y reglas que, en realidad, sólo benefician a una parte de sus destinatarios, resulta ir contra lo que debería ser la verdadera finalidad del derecho”. Y añade: algunos piensan que, para la solución, hay que darle tiempo al tiempo. Empero, se pregunta: “¿el sufrimiento de los pobres tiene tiempo para esperar”? (2006, págs. 183, 184 y 185). Más aún; el Comité DESC agregaría, primero, que “la obligación de los Estados Partes de proteger a los miembros vulnerables ...reviste una importancia más bien mayor que menor en momentos de grave escasez de recursos” (1994, § 10) y, segundo, un perentorio llamado a la “redistribución” de la riqueza, a las reformas de las políticas y regímenes impositivos, a la transferencia de dicha riqueza “de sectores no prioritarios a sectores prioritarios” (v.gr., Observaciones finales: República Democrática del Congo, 2009, § 29; ex República Yugoslava de Macedonia, 2016, § 41). No por azar la DUDH ha enunciado el derecho de toda persona “a que se establezca un orden social, vale decir nacional e internacional, en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos” (art. 28; Comité DESC, 2001, § 21).



D. En breve, la pobreza es menos una cuestión económica, que de derechos humanos. Al tiempo que, cualitativamente hablando, la conjunción del régimen legal nacional e internacional de los derechos humanos, proporciona los derechos necesarios para impugnar los impedimentos estructurales que se le presentan a quienes viven en la pobreza²⁷.

Justiciabilidad

A. En renglones anteriores hemos calificado de inconcuso el principio de interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos (2, B). “Interrelacionados, interdependientes e indivisibles”, de acuerdo con la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay²⁸. Los DESC, insiste la Corte IDH, son de “igual jerarquía” que los derechos civiles y políticos, deben ser entendidos “integralmente como derechos humanos” y resultan “exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”²⁹. Más aún, el reciente Protocolo Facultativo del PIDESC (no ratificado por Paraguay) robustece decididamente, desde el plano internacional, la justiciabilidad de los DESC (Gialdino, 2016). Empero, la embustera e interesada distinción de “categorías” entre los DESC, por un lado, y los derechos civiles y políticos, por el otro, no ha podido ser lo suficientemente superada a la hora de la praxis, con notorio perjuicio de los primeros. Así, siguen marcadas a fuego concepciones jurídicas sobre una gran pluralidad de temas: alcance y contenido de los derechos y de las correspondientes obligaciones de los Estados; pautas de interpretación y aplicación normativas; competencia *ratione materiae* de los órganos supranacionales de protección, margen de apreciación de los Estados... La no justiciabilidad de los DESC agregaría, a ese listado, una nueva violación, relativa ahora al derecho de acceso a la justicia, el cual,

27 A Declaration on Extreme Poverty and Human Rights. A concept papers. Background paper prepared by Ms. Sigrun Skogly, Seminario de Derechos Humanos y Extrema, OACDH (Ginebra, 7/9-2- 2001), HR/GVA/POVERTY/SEM/2001/BP.2, pág. 2.

28 *Acción de inconstitucionalidad en el juicio*: “Antoliano..., cit. supra n. 24.

29 *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, 1/7/2009, § 101.



por lo demás, ha alcanzado el grado de *jus cogens* internacional³⁰.

B. En tales condiciones y frente al desamparo que sufren legiones de hermanos en nuestra América, motor de estas páginas, creemos necesario recordar que nada hay en los DESC que los vuelva ajenos a su plena justiciabilidad, mayormente cuando las sentencias en manos del Poder Judicial resultan, sin duda alguna, uno de los medios previstos convencionalmente para observar los compromisos estatales (v.gr. PIDESC, art. 2.1; CAmérica DH, arts. 1.1 y 2): cuando un Estado es Parte de un tratado de derechos humanos, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel ³¹. Y ello incluye, con necesidad, el ejercicio del control de convencionalidad, incluso de oficio (Gialdino, 2008b, págs. 1295/1306). Se explica, así, que el Comité DESC le haya pedido a Paraguay, tal como lo ha hecho con otros numerosos Estados, que incluya en sus informes periódicos (PIDESC, art. 16), “información concreta sobre la justiciabilidad de los derechos consagrados en el Pacto [PIDESC], incluidos los casos de aplicación directa... en los tribunales nacionales”³². Más aún, el deber estatal no se agota en “garantizar” la “aplicabilidad de todos los derechos” del PIDESC, sino que incluye, a la par, el de adoptar “las medidas necesarias para promover la conciencia sobre el contenido de los derechos del Pacto y la posibilidad de invocarlos ante los tribunales, especialmente entre jueces, abogados y agentes del orden, así como miembros de la Asamblea Nacional y otros actores encargados de la aplicación del Pacto, y entre los titulares de los derechos”³³. Actividad que comprende, v.gr., la inclusión de los derechos humanos en los programas de estudios escolares a todos los niveles; “campañas de sensibilización pública” sobre los derechos humanos, en particular los DESC, “en

30 Corte IDH: *Goiburú y otros vs. Paraguay*, 22/9/2006, § 131; *La Cantuta vs. Perú*, 29/11/2006, §§ 160 y 157, y voto Cançado Trindade, § 53.

31 Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, 24/2/2011, § 193. Asimismo: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina): *Ekmekdjian c. Sofovich*, Fallos 315:1492, 1515 –1992–; asimismo p. 1513; *García Méndez*, Fallos 331:2691, 2702 –2008–.

32 Observaciones finales: Paraguay, 2015, *cit. supra* n. 7, § 7.

33 Comité DESC, Observaciones finales: República Bolivariana de Venezuela, 2015, § 7.



los idiomas que se hablan en el país utilizando medios de comunicación adaptados, disponibles y accesibles para todos”.

C. La falacia de los argumentos fundados en que las normas relativas a los DESC no son de aplicación directa e inmediata en el orden interno, ya ha sido lo suficientemente demostrada. Es un principio absoluto que los derechos humanos, sin excepciones, son justiciables, vale decir, pueden ser reclamados y defendidos ante el Poder Judicial (Gialdino, 2013a, ppág.s. 78/84), máxime cuando el derecho a la jurisdicción ha ingresado al eminente dominio del *jus cogens* (*supra* A). Toda limitación advierte el Comité DESC en su Observación general n.º 9. La aplicación interna del Pacto: a. “no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes” del PIDESC; b. resulta “arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes” y c. “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad” (1998, § 10).

Los DESC previstos en el art. 26, C. Americana D.H., acota la Corte IDH, (i) están sujetos “a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2”³⁴ y (ii) resultan “exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”, lo cual (iii) incluye examinar la observancia del compromiso de progresividad (*Acevedo Buendía y otros, cit. supra n. 34, §§ 100/101 y 103*)³⁵. Ni

34 Son numerosos y variados los DESC que se siguen de ese precepto, p.ej.: a la educación; a la salud; a la cultura y a la protección de los intereses morales y materiales; al trabajo y a condiciones de labor dignas, que incluyan un régimen de salarios justos que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia; a la seguridad social, que proteja a la persona contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia; a una vivienda, alimentación y vestido adecuadas, entre otros (Gialdino, 2013b, pág. 909)

35 El principio de progresividad (art. 2.1, PIDESC), según el Comité DESC, impone al Estado la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr la “plena efectividad” de los DESC, al tiempo que, como regla, prohíbe los retrocesos, vale decir, la disminución del grado de protección que hubiesen alcanzado los DESC en el orden nacional. Sobre estas regresiones, además, pesa una “fuerte presunción” de que resultan incompatibles con el PIDESC (Gialdino, 2013a, págs. 97/112, c/cita de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina).



siquiera la circunstancia de que la protección de los DESC suponga una asignación de recursos obsta a la intervención judicial (Comité DESC, 1998, § 10).

D. Al respecto, resulta más que oportuno el señalamiento de X. Dijon (como se citó en Gialdino, 2013a, pág. 336): lo que falta en el terreno de los DESC, es que los juristas vuelquen “al menos una brizna” de la imaginación que ponen en materia de derechos civiles y políticos. ¿Si los hombres de derecho –se pregunta– han desplegado su arte en precisar los contornos de la vida privada o de la libertad de expresión de los ciudadanos, no podrían alcanzar la misma fineza para evaluar lo que es una vivienda “adecuada” o un nivel de vida “razonable”? Numerosos derechos humanos, expresa Eide, no han sido todavía precisados según modalidades rigurosas; mas, subraya, no por ello son “menos derechos” y, si se quiere, lo que se sigue de esta imperfección es un desafío para la “imaginación de los juristas”³⁶. En expresiones del juez Cançado Trindade, “no existe obstáculo o imposibilidad jurídica alguna a que se apliquen directamente en el plano de derecho interno las normas internacionales de protección, sino lo que se requiere es la voluntad (*animus*) del poder público (sobre todo el judicial) de aplicarlas, en medio a la comprensión de que de ese modo se estará dando expresión concreta a valores comunes superiores, consustanciados en la salvaguardia eficaz de los derechos humanos”³⁷.

E. Total, cuando los preceptos constitucionales o del DIDH enuncian derechos, lo hacen para que estos resulten “efectivos, no ilusorios” (Gialdino, 2013a, pág. 75).

Saber jurídico: saber liberador

A. En el presente orden de ideas, se torna claro que conjurar los males en juego es, en parte, tarea propia de nosotros, los juristas. Y ello nos convoca a una profunda reflexión, previa toma de conciencia de que mediante nuestros aparatos

36 Le droit à una alimentation suffisante en tant que droit de l’homme (Informe final del Relator Especial Sr. Asbjørn Eide), Ginebra, 1989, §§ 43 y 73.

37 Corte IDH, “*La Ultima Tentación de Cristo*” vs. *Chile*, 5/2/2001, voto, § 40.



conceptuales, nuestro poder de definir, categorizar, enseñar, interpretar y abogar, siempre terminamos, directa o indirectamente, contribuyendo al mantenimiento o a la superación, en el caso, de las situaciones de pobreza. De ser lo primero, nuestro quehacer traduciría una nueva acción de privación. Y, si se quiere, una defección en el papel que hemos escogido desempeñar, desde el momento en que el saber jurídico es, esencialmente y en orden a su finalidad, un *saber liberador* (Gialdino, 2000c, págs. 1391/1395). Revertir estas situaciones implica, por ende, que nos despojemos de todo juicio previo (prejuicio), de toda forma de ver, conocer y diferenciar, quizás acuñadas al calor de las mismas escuelas y prédicas que no han hecho más que crear, y pretender justificar, el escándalo de dichas situaciones. Escuelas y prédicas que, en todo caso, no son muestras más que de un orden de la sociedad temporal tan impuesta como contingente y modificable, salvedad hecha de que, ingenua o interesadamente, caigamos en la aceptación del descomunal sofisma del “fin de la historia”, asentado en determinismos neoliberales que nada tienen que envidiarle a los propios del marxismo.

Nuestra riqueza en bienes culturales, cuadra añadir, puede marchar de la mano de una dramática pobreza de bienes de trascendencia, pero ya no por acciones de privación, sino por nuestro auto privación de poner los primeros al servicio de estos últimos.

B. La realización de los derechos humanos es el primer objetivo de la reducción de la pobreza, en palabras del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, ONU³⁸, lo cual da testimonio de las posibilidades que encierra la aproximación a aquella desde el costado del universo jurídico. Mas la investigación de campo nos indica que las respuestas de las personas pobres suelen transparentar un escasa confianza en la justicia³⁹. Esto último merece singular atención, ya que se debe

38 A Declaration..., cit. n. 32, pág. 2. La pobreza es un problema estructural que no puede ser resuelto sin el respeto de los derechos humanos (Economic, Social and Cultural Rights. Report..., cit. *supra* n. 5, pág. 5, § 20).

39 *Id.* Rapport soumis par Mme. A.-M. Lizin, experte indépendante, conformément à la Résolution 2000/12 de la Commission des Droits de l'Homme, E/CN.4/2002/55, 2002, Annexe, pág. 28, § 72. “Es esencial que los



proceder a una reflexión, sí, pero “basada en la experiencia y las ideas transmitidas precisamente por los más pobres, así como por las personas que trabajan a su lado”⁴⁰. Se trata del derecho humano a la participación en los asuntos públicos, universalmente reconocido (Gialdino, 2013a, págs. 120/123). En la experiencia del Comité DESC, es poco probable que sea eficaz una política o un programa que se formule sin la participación activa de los afectados o sin su conocimiento de causa (2001, § 12). Al respecto, el Comité de Derechos Humanos señaló a Paraguay que, si bien tomaba nota de “la adopción del Plan Nacional de Derechos Humanos (PNDH) por el Decreto 10747” lamentaba que este “no refleje plenamente los acuerdos y consensos alcanzados tras el proceso participativo de elaboración del proyecto de plan que involucró a instituciones estatales y a la sociedad civil”, y llamó al Estado a “garantizar el respeto de los procesos participativos de elaboración del citado Plan”.

C. Es también hora, para los juristas, de sincerarnos, de evaluar cuántos de los principios y valores proclamados en el ámbito de los derechos del hombre, en definitiva, los compartimos solo hasta el umbral del terreno en que comienza el compromiso por su aplicación, defensa y realización.

Conclusiones

Una enorme población de nuestra América ha sido lanzada a la pobreza, cuando no a la pobreza extrema. Las personas pobres son aquellas que se ven sometidas a un entramado de relaciones de privación de múltiples bienes materiales, simbólicos, espirituales y de trascendencia, imprescindibles para el desarrollo autónomo de su identidad esencial y existencial.

promotores de los DESC reconozcan que la fuerte y pertinaz resistencia a la idea de considerar esos derechos como derechos humanos está profundamente arraigada” (Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos [Philip Alston], A/HRC/32/31, 2016, § 64).

40 Comisión de Derechos Humanos, Los derechos humanos y la extrema pobreza, resolución 2002/30, 2002, § 2.b.



Dicha privación entraña, además de un escandaloso agravio a la dignidad inherente a la persona humana, por un lado, un mayúsculo quebrantamiento de numerosos derechos reconocidos en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuando no de todos aquellos, sin exclusión del derecho a la vida y a no verse sometido a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Por el otro, un gravísimo incumplimiento de los Estados de concretas y precisas obligaciones asumidas de cara tanto a todas las personas sujetas a su jurisdicción, cuanto a la comunidad internacional.

La pobreza, pues, resulta una cuestión menos económica que de derechos humanos.

Los derechos económicos, sociales y culturales son plenamente justiciables, y las sentencias judiciales constituyen una de las medidas para observar las mencionadas obligaciones internacionales del Estado.

Es preciso, por ende, que los juristas asumamos cabalmente que nuestra labor, directa o indirectamente, siempre termina contribuyendo al sostenimiento o a la modificación del aludido flagelo. Es cuestión, en definitiva, de evaluar si el saber jurídico es un saber liberador de nuestros prójimos con hambre y sed de justicia o no.

“Ha sido construido un sistema que considera el lucro como motor esencial del progreso económico; la concurrencia, como ley suprema de la economía; la prosperidad privada de los medios de producción, como un derecho absoluto, sin límites ni obligaciones sociales correspondientes. Este liberalismo sin freno, que conduce a la dictadura, justamente fue denunciado por Pío XI como generador del ‘imperialismo internacional del dinero’. No hay mejor manera de reprobear tal abuso que recordando solemnemente una vez más que la economía está al servicio del



hombre” (Paulo VI, *Populorum progressio*, 1967, § 26).

Referencias

- Amnistía Internacional (2015). Paraguay: información para el Comité DESC. Recuperado de <https://www.amnesty.org/es/documents/amr45/0001/2015/es/>.
- Bedjaoui, M. (2006). L’humanité en quête de paix et de développement (II). Cours général de droit international public (2004). *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, t. 324.
- Comisión IDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15.
- Comité DESC (1991). Observación general N° 4. El derecho a una vivienda adecuada (art. 11.1).
- Observación general N° 5. Las personas con discapacidad. (1994).
- Observación general N° 6. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores. (1995).
- Observación general N° 7. El derecho a una vivienda adecuada (art. 11.1): los desalojos forzosos. (1997).
- Observación general n.º 9. La aplicación interna del Pacto. (1998).
- Observación general n.º 12. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11). (1999a).
- Observación general n.º 13. El derecho a la educación (art. 13). (1999).
- Observación general n.º 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12). (2000).



Declaración sobre la Pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2001/10. (2001).

Observación general n.º 15. El derecho al agua (arts. 11 y 12). (2002).

Observación general n.º 18. El derecho al trabajo (art. 6). (2005).

Observación general 19. El derecho a la seguridad social (art. 9). (2007).

Observación general 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2.2). (2009).

Observación general N° 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (art. 15.1.a). (2010).

Observación general n.º 23. El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7). (2016).

Eide, A. (2001), Obstacles and Goals to Be Pursued. En A. Eide; C. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*. Dordrecht/Boston/Londres: M. Nijhoff.

Gialdino, R.E. (1999). Los Derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional, *Investigaciones*, 2. http://www.avizora.com/atajo/colaboradores/textos_rolando_e_gialdino/0003_derechos_economicos_sociales_culturales.htm.

El derecho a un nivel de vida adecuado en el plano internacional e interamericano, con especial referencia a los derechos a la vivienda y a la alimentación adecuada. Su significación y contenido. Los sistemas de protección, *Investigaciones*, 3. http://www.csjn.gov.ar/dbei/ii/investigaciones/2000_3x.pdf. (2000a).

El trabajador y los derechos humanos, *Investigaciones*, 2. <http://www.csjn.gov.ar/>



dbei/ii/investigaciones/2002_2_3x.pdf. (2000b).

El saber jurídico, saber liberador, *El Derecho*, 187. (2000c).

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, *Investigaciones*, 3. http://www.csjn.gov.ar/dbei/ii/investigaciones/2001_3.pdf. (2001).

La pobreza extrema como violación del derecho de toda persona a la vida y a no ser sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros derechos humanos, *Jurisprudencia Argentina*, 2003-I. http://www.codhem.org.mx/loca_luser/codhem.org/info/gacetas/gaceta72.pdf. (2003a).

Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Revista IIDH*, 37. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08066-3.pdf>. (2003).

Derechos Humanos y Deuda Externa, *La Ley*, 2003-E. <http://www.DerechosHumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/derechos-humanos-y-deuda-externa.pdf>. (2003c).

El rescate de la diferencia. Las Comunidades indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Jurisprudencia Argentina*, 2006-III. http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_online/indg.%20corte-idh.htm. (2006).

El derecho a la seguridad social en la Observación General 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2008-A. <http://wp000068.ferozo.com/nacionales/RONALDO%20GIALDINO.pdf>. (2008a).

Control de *constitucionalidad* y de *convencionalidad* de oficio. Aportes del Derecho



Internacional de los Derechos Humanos, La Ley, 2008-C. (2008b).

Los desalojos y los derechos humanos, *La Ley*, 2010-B. <http://habitarargentina.blogspot.com.ar/2010/07/los-desalojos-y-los-derechos-humanos.html>. (2010).

Estados, empresas y derechos humanos, *La Ley*, 2012-C. <http://docplayer.es/33569233-La-ley-director-jorge-horacio-alterini-ano-lxxvi-n-95.html>. (2012).

Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones. Buenos Aires: Abeledo Perrot. (2013a).

Derechos económicos, sociales y culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos, La Ley, 2013-E. (2013b).

Reconocimiento internacional de la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La Ley*, 2016-E. (2016).

Oxfam International (2017). An economy for the 99%. Recuperado de <https://www.oxfam.org/en/research/economy-99>.

Vasilachis de Gialdino, I. (2003). *Pobres, pobreza, identidad y representaciones sociales*. Barcelona: Gedisa.



Artículo original

Análisis de la situación de pobreza de las mujeres privadas de libertad

Analysis of the imprisoned women's situation of poverty

Ñehesa'ýijo omombe'úva kuña ho'áva ka'irãime reko mboriahu rehegua

*Abg. Doris Ojeda de Ynsfrán**

Ministerio Público de la República del Paraguay

Recibido: 26.05.17 - Aceptado: 10.08.17

Resumen

Esta investigación aborda el análisis de la condición económica de las mujeres con condena y visibiliza que la privación de libertad es un factor que contribuye a que la pobreza en esa situación no puede ser mitigada. Además, demuestra que existen otros factores de vulnerabilidad que también han afectado a esta población antes de su ingreso al centro penitenciario, como la falta de acceso a la educación, pues estas mujeres ya tenían una escolaridad escasa. Sin embargo, a pesar de la situación de pobreza en que se encuentran las mujeres condenadas, tienen acceso a la educación en el lugar donde guardan reclusión y es motivo para que ellas se sientan capacitadas para enfrentar la vida, al recuperar la libertad, aún en ausencia de programas de reinserción social post penitenciaria.

* Relatora fiscal de la Fiscalía Adjunta de la Unidad Especializada en la Lucha Contra la Trata de Personas y la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes. Ministerio Público. Asunción, Paraguay. E-mail: dorisojeda@hotmail.com.

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, promoción 1987. Magister en Derechos Humanos y Educación para la Paz, por la Universidad Nacional de Costa Rica y Universidad para la Paz de Naciones Unidas (UPAZ) con sede en Costa Rica, promoción 2001. Ex participante del XXX Curso Interdisciplinario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) de Costa Rica. Especialista en Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño, UNICEF y la Universidad Diego Portales de Chile. Docente e investigadora estable del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público. Doctoranda en Derecho en la Universidad Metropolitana de Asunción.



Abstract

This investigation analyses the economic condition of imprisoned women and displays imprisonment as a factor that hinders a way out of poverty. Besides, it shows other existing vulnerability factors that have already affected that population before their admission to prison, such as lack of literacy, given that these women had a low education level. Nevertheless, and in spite of the situation of poverty these imprisoned women live in, they have access to education in jail, which turns into a reason for them to feel skilled to confront life, once they get out of prison, even without post-prison social rehabilitation programs.

Ñembyapu'a

Ko jehapojo'o oñe'ẽ ha ohesa'ỹijo kuñanguéra oĩva ka'irãime rekovére, ojesareko iñekonomíare ha ohechauka umi tapicha ojepe'áva ichugui hekovesãso'ỹ ndaikatuiha oñemboveyive ichupe upe tekove asy. Ohechauka avei, oimeha hetave mba'e teko asy hekópegua'ỹva ojuhúva tapichápe oñemoinge mboyve ichupe ka'irãime: noñehekombo'ẽi, ko'ã kuña ndoho pukúiete voi mbo'ehaópe. Upéicha ramo jepe, ha ojejuhúramo jepe kuña nguéra tekoasy pa'ũme ka'irãime, upépe ohupyty hikuái pe tekombo'e ñepyrũmby oikotevêtéva, ombokatupyrýtava ichupekuéra isãso rire ojeporeka kuaa haguã teko porãvére, ndaipóri ramo jepe peteĩ programa tee ombohapéva ichupe oike jey haguã omba'apo jey tapichakuéra apytépe osẽ rire pe ka'irãigui.

Palabras clave: Pobreza, Privación de libertad, Vulnerabilidad, Reinserción social.

Key words: poverty, imprisoned, vulnerability, social rehabilitation

Ñe'ẽ a apytere: mboriahu, tekosãso'ỹ, tekokangy, ojeike jey tapichakuéra apytépe.



Introducción

El fin de la pobreza fue uno de los Objetivos del Milenio 2015. Sin embargo, no fue posible su erradicación, ya que en el mundo viven alrededor de ochocientos millones de personas en extrema pobreza y este eje se encuentra nuevamente presente en la agenda de trabajo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible enfocado al año 2015-2030, como prioridad de las Naciones Unidas. La relevancia de esta investigación radica en que la pobreza en el Paraguay, si bien ha disminuido en los últimos años, aun presenta números elevados.

El factor pobreza puede afectar a personas pertenecientes a diversos colectivos sociales, sin importar la edad, el género, la condición social, cultural, la raza, la religión ni la etnia. Por ello, esta investigación propone señalar que la privación de libertad de las mujeres es un factor que contribuye a que la pobreza no pueda ser mitigada, coexistiendo otros factores de vulnerabilidad que las afectan como la discriminación, ya sea por motivos de género, condición social, grado académico o pertenencia a una comunidad indígena.

Este factor de vulnerabilidad –pobreza– puede afectarlas antes, durante o después de su privación de libertad, ya que al tratarse de mujeres de escasos recursos pueden estar afectadas también por la vulneración de derechos humanos que deberían mantenerse incólumes, como el derecho al trabajo, a la salud, a la educación y a vivir una vida libre de violencia, a pesar de su encierro.

Este estudio tiene como objetivo general, analizar la condición económica de las mujeres con condena, que se encuentran recluidas en el Correccional de Mujeres “Casa del Buen Pastor” hasta el mes de junio del año 2017.

La pobreza como causa de exclusión

Las 100 Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, establece en la regla 15 que:

La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano



económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en quienes también concurre otra causa de vulnerabilidad.

La regla mencionada acota, que la pobreza es un factor que excluye a las personas en tres ámbitos: económico, social y cultural. Significa que la persona no podría desenvolver su vida con la dignidad que le es inherente como ser humano y menos posibilidad tendría estando en situación de privación de libertad, por la naturaleza misma, que deviene de una excepción a la libertad personal.

El nivel de educación también influye en el factor pobreza, pues, cuando la persona tiene acceso a una educación con calidad, se aleja de la pobreza. Sin embargo, cuando la educación es deficiente o su acceso no es posible, se tienen pocas posibilidades de lograr un desarrollo humano que pudiera asegurarle una vida digna.

La erradicación de la pobreza como factor social fue uno de los Objetivos del Milenio 2000 - 2015, que en el punto III, titulado: El desarrollo y la erradicación de la pobreza, en el numeral 11 expresa cuanto sigue:

No escatimaremos esfuerzos para liberar a nuestros semejantes, hombres, mujeres y niños, de las condiciones abyectas y deshumanizadoras de la pobreza extrema, a la que en la actualidad están sometidos más de 1.000 millones de seres humanos. Estamos empeñados en hacer realidad para todos ellos el derecho al desarrollo y a poner a toda la especie humana al abrigo de la necesidad.

Según el informe 2015 sobre el cumplimiento de Objetivos del Milenio 2000 -2015 se señala que:

En el curso de las últimas dos décadas, la pobreza extrema se ha reducido de manera 2015. La mayor parte del progreso ha ocurrido a partir del año 2015 (Informe, 2015 pág. 4).



Como se observa, la erradicación de la pobreza no ha ocurrido. Este mismo informe da cuenta de que “...Las mujeres presentan mayor riesgo de vivir en pobreza...” (Informe, 2015:16).

Nuevamente en la Agenda 2015 - 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible se priorizan 17 objetivos y 169 metas, que los países tendrán como guía para seguir en el camino de cambiar paradigmas, para lograr la igualdad y hacer realidad el derecho al desarrollo humano y sigue como centro, la persona.

Es importante resaltar en este punto, el Objetivo 1 “...es poner fin a la pobreza en todas sus formas en todas partes del mundo...” (*Resolución 70/1 de la Asamblea General titulada Transformar nuestro mundo: La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*) que propone metas que los Estados procurarán concretar para el año 2030, por ejemplo, la meta 1.1 erradicación de la pobreza extrema para todas las personas y en todo el mundo. Se observa en este objetivo que nuevamente existe la intención de la erradicación de la pobreza extrema de todas las personas, que deviene en una lucha incesante por conseguir una vida digna para todos en el mundo. Tampoco se desconoce al factor pobreza como una causa que coloca al ser humano en una situación de vulnerabilidad. Ninguna población puede ser excluida en la consecución de este objetivo, como las mujeres que viven en prisión.

Según la Encuesta Permanente de Hogares 2015 de Paraguay (Pobreza y distribución de ingresos) se han encontrado los siguientes datos:

La pobreza se mide según el ingreso per cápita y están en la línea de pobreza total las personas que perciben Gs. 503.115 mensuales. En el año 2015 el número de personas que se encontraban en esa línea fueron 1.534.000. En 1990, casi la mitad de la población de las regiones en desarrollo vivía con menos de 1,25 dólares al día. Este porcentaje ha descendido a 14% en el año 2015. A nivel mundial, la cantidad de personas que viven en pobreza extrema se ha reducido en más de la mitad, cayendo de 1.900 millones en 1990 a 836 millones en perciben Gs. 314.700 mensuales. En el año 2015 existían 687.000 personas en esta línea. (pág. 4)



Se anhela que estos números descieran aún más, al considerar que desde el año 2010 estas cantidades vienen bajando, hecho que redundará en beneficio de las poblaciones consideradas más vulnerables y el Estado paraguayo está obligado a cumplir con sus compromisos referentes a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

Privación de libertad: su incidencia en la condición económica y educativa de las mujeres privadas de libertad con miras a una reinserción social

El abordaje del tema circunscribe a la explicación de qué es la privación de libertad de la persona y se la puede describir como la situación excepcional en la que se encuentra. La excepcionalidad de la privación de libertad es debida a que uno de los derechos humanos es la libertad personal, garantizada tanto en instrumentos jurídicos internacionales como nacionales, de protección de los derechos humanos. La privación de libertad debe ser dispuesta por autoridad competente, que le otorga legalidad. De lo contrario devendría en una detención arbitraria. Dictada la privación de libertad, la persona la debe cumplir en establecimientos dispuestos para ese fin. El artículo 4 del Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas, (en adelante ONU) contra la Tortura (OPCAT: Convención Internacional contra la tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes) citado por Penal Reform Internacional, establece que: "...Son aquellos lugares donde la gente no puede salir por su propia voluntad, a causa de una orden o la aquiescencia de una autoridad ...".

Sin embargo, no es suficiente que la autoridad competente simplemente ordene la privación de libertad de la persona; ella debe ser realizada en un lugar determinado, donde se pueda vivir en condiciones de dignidad. ¿Qué supone esto? Que dicho lugar debe contar con de la vida humana, por ejemplo, cumplir con los estándares mínimos establecidos en los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos y prevenir futuras violaciones que podrían acontecer tanto entre las personas internadas o entre estas y las encargadas del lugar de privación de la libertad.

El Estado, por su condición de garante de los derechos humanos, tiene



obligación de prevenir cualquier tipo de acto que pudiera ser violatorio de los derechos de las personas privadas de libertad, porque es intramuros donde corren el peligro de ser víctimas de torturas, malos tratos, tratos crueles o degradantes, violencia y otras situaciones, por no estar visibles a la sociedad.

Según Briceño López, Marcela en su obra *Garantizando los derechos de las mujeres en reclusión*:

En pocas palabras, podemos decir que la prisión es un instrumento de control social utilizado por el Estado para la contención de unos cuantos y un factor intimidante para la discutible prevención de conductas que alteren el orden social establecido. En virtud que repercute física, psicológica y socialmente en hombres y mujeres, lejos de propiciar un proceso de readaptación es coadyuvante, en muchos de los casos, en el aprendizaje y perfeccionamiento de conductas delictivas, además incrementa sustancialmente la organización y el establecimiento de contactos para la formación de nuevos grupos infractores. (2006, pág. 15).

Un avance en la defensa de los derechos de las personas privadas de libertad es la implementación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, en adelante MNP, que en el caso de Paraguay es una realidad, como en varios países del mundo, que en un 50% de ellos, todavía practican la tortura en los lugares de encierro de las personas.

El MNP está previsto en el Protocolo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de las todas las Naciones Unidas en el año 1984, en vigencia desde el año 1987 y aprobada por el Estado paraguayo por Ley n.º 4288/11 (PNUD. Instrumentos Internacionales 1998, pág. 97).

Dicho órgano, en el año 2015, ha presentado un informe sobre el Censo de Mujeres Privadas de Libertad, según el cual en ese año se encontraban en esta situación, 813 mujeres, de las cuales 463 guardaban reclusión en el correccional



“Casa del Buen Pastor”. (MNP. 2015: 10).

Además, según el mismo informe y con relación al factor pobreza, se visibiliza que existe una población que es reconocida en situación de pobreza por el Estado paraguayo “...El 17,2% de las mujeres privadas de libertad, manifestó ser beneficiaria o pertenecer a un hogar en el que algún miembro recibe al menos un programa de transferencia, como ser Tekopora, Abrazo o Adultos Mayores...” (MNP. 2015).

Esta información demuestra que una parte de la población de mujeres privadas de libertad está afectada por la pobreza extrema. Es decir, tiene un ingreso de Gs. 10.500 por día. En este punto se debe recordar, que las personas privadas de libertad deben tener acceso a un trabajo, a la educación y a la salud, derechos que deben asegurarle una vida digna, aún en prisión.

Régimen penitenciario. Marco legal

En el año 1970 se promulgó en el Paraguay la Ley n.º 210/90 - Del Régimen Penitenciario en vigencia hasta la actualidad. La ley recoge en su articulado las directrices provenientes de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la materia, en beneficio de las personas en situación de privación de libertad en general.

Esas directrices son, por ejemplo, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955, que tienen un alcance general. En ese sentido, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, en el 24º período de sesiones, año 2015, ha estipulado que:

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos han sido las reglas mínimas universalmente reconocidas para la reclusión de presos y han tenido un gran valor e influencia, como guía, en la elaboración de leyes, políticas y prácticas penitenciarias desde su aprobación por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en 1955.



Como se puede observar, la comunidad internacional está atenta a la vida de las personas que se ven afectadas por el proceso penal y aboga por medidas distintas a la privación de libertad, por las desventajas que trae aparejada su imposición y paulatinamente han sido aprobadas reglas o directrices para grupos específicos, como las Reglas de Tokio en 1990, las Directrices de Riad y las Reglas de Bangkok. Estas últimas son específicas para la situación de las mujeres que se encuentran en prisión, algunas veces incluso, acompañadas de hijos menores.

Se han sumado las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, documento adoptado por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2015 y denominadas Reglas de Mandela, que revisan y actualizan la Reglas del año 1955, para esta población en general.

Por los avances en la materia de los denominados instrumentos jurídicos de derechos humanos soft law, estas Reglas deben ser respetadas y aplicadas en materia de régimen penitenciario, porque sus beneficiarios no solo se encuentran en situación de encierro, sino por su condición de personas con dignidad.

No se puede desconocer lo que conlleva soportar la privación de la libertad, que vuelve más vulnerable a las personas que la sufren y las expone incluso, a sufrir torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, pues su condición de vida no es digna. Es de público conocimiento que estos lugares de privación de libertad se encuentran con hacinamiento y ya no tienen espacios para albergar a más seres humanos.

Sí es cierto, que las autoridades nacionales tratan de encontrar soluciones a los problemas que se suscitan casi a diario, sin embargo, se requiere de más voluntad política, para ofrecer la vida digna a estas personas y respetar sus derechos humanos integralmente.

El Estado paraguay ha ratificado numerosos instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos. Y tiene la obligación de



resguardar a las personas privadas de libertad.

Con el espíritu de respeto de los derechos humanos de esta población, en el año 2014, fue promulgada la Ley n.º 5162 - Código de Ejecución Penal, en adelante C. E. P., que viene a reforzar el respeto a la dignidad de las personas en situación de privación de libertad.

El objeto de este Código se establece en su artículo 1:

Ejecución de sanciones penales: El presente Código tiene por objeto regular:

1. La ejecución de las sanciones penales establecidas en el Código Penal y en las leyes especiales, impuestas por tribunales competentes.
2. La suspensión a prueba de la ejecución de la condena.
3. La ejecución de las penas y medidas impuestas por tribunales extranjeros a penados trasladados al país en virtud de convenios internacionales ratificados por la República del Paraguay.
4. La ejecución de las medidas definitivas impuestas en aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia.
5. La revisión y suspensión de las medidas privativas de libertad.

El C.E.P. hace referencia también a los fines constitucionales de las penas. En ese sentido, el artículo 20 de la C.N. estatuye que: "...Las penas privativas libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad. Quedan proscriptas la pena de confiscación de bienes y la de destierro...". Es destacable que este código establece principios fundamentales en la Sección II, tales como la dignidad humana, el interés superior del adolescente, la separación de condenados y prevenidos, y el principio de humanidad.

La legislación penal de la República del Paraguay ha avanzado y se ha producido un cambio de paradigmas, dejando atrás el sistema inquisitivo para dar paso a la instauración de un nuevo modelo de justicia penal que es el sistema de



tinte acusatorio, garantista y en tal sentido, asegura el respeto tanto a la víctima como al victimario durante todo el proceso.

Con relación a la reinserción social penitenciaria y la protección de la sociedad como objeto de las penas, es importante señalar que es un deber ineludible del Estado, brindar las condiciones para que las mujeres privadas de libertad tengan acceso al trabajo, a la educación y demás derechos humanos que harán posible dicha reinserción.

En ese sentido, se debe resaltar lo establecido en el artículo 20 del C.E.P:

El Ministerio Público, por intermedio del Fiscal de Ejecución, intervendrá en el proceso de ejecución de las penas y las medidas, así como en los incidentes de ejecución y velará por los fines constitucionales de la pena y los derechos del condenado, a cuyo efecto podrá formular requerimientos ante el Juez de Ejecución.

Si bien es cierto que esta institución es la representante de la sociedad ante los órganos jurisdiccionales, su deber natural es la investigación de los hechos punibles de acción penal pública perseguibles de oficio y de aquellas en las que es necesaria la instancia de parte, para la protección de la sociedad. Sin embargo, llama la atención la parte del artículo 20 que reza: "...velará por los fines constitucionales de la pena...". Se sabe que estos fines constitucionales son dos: la reinserción social del condenado y la protección de la sociedad.

En ese sentido, el Ministerio Público protege a la sociedad cuando realiza investigaciones eficaces y busca a través de la investigación fiscal, llegar a la individualización de los responsables por la comisión de hechos punibles y conseguir la imposición de sanciones.

En cuanto a la función de lograr la reinserción social del condenado, merece preguntarse en qué grado se le podría atribuir esta responsabilidad, que es más de la autoridad administrativa competente, conforme lo establece el C.E.P



en el artículo 22, que estatuye:

El Poder Ejecutivo tendrá un órgano administrativo encargado del cumplimiento de la política penitenciaria nacional y la dirección, organización, administración, e inspección de los establecimientos penitenciarios (...) serán sus atribuciones: 2. Planificar, dirigir, coordinar y administrar todas las actividades propias del sistema educativo y de reinserción social nacional y establecer las líneas sociopolíticas, directrices de su funcionamiento.

Con relación al derecho al trabajo, la Ley n.º 210/70 - Ley Penitenciaria, estipula en el artículo 38 "...El trabajo penitenciario constituye uno de los medios más eficaces del tratamiento integral del interno y adquirirá un genuino sentido humano y moralizador, y no será considerado como castigo adicional...". Por otro lado, establece que: "...dicho trabajo será retribuido o remunerado, que sirva de medio de formación profesional, adaptado a las aptitudes del interno y que sea debidamente especializado de acuerdo con la técnica industrial y moderna..." (art. 40).

Así mismo, el artículo 138 del C.E.P., alude al trabajo del interno y lo considera como "...una de las bases fundamentales del tratamiento y que es un derecho del interno...".

Con relación a este derecho, conforme al censo de mujeres privadas de libertad, las mujeres recluidas, tanto condenadas como procesadas, se dedican a:



Tabla 1. Actividades laborales de las internas dentro de la Penitenciaría “Casa del Buen Pastor

ACTIVIDADES	PORCENTAJE
Corte y confección	22,6%
Limpieza	15,7%
Manualidades	15,5%
Venta de comida	15,5%
Cocina	8,4%
Cartonería y reciclaje	7,1%
Oficios Varios	6,6%
Peluquería y manicura	3,3%
Panadería	2,3%
Alquiles de mesas y sillas	2%
Enfermería	0,5%
Capellana	0,3%
Biblioteca	0,3%
TOTAL	100 %

Fuente: Mecanismo Nacional de la Tortura (2016). Censo de mujeres privadas de libertad 2015. Pág.30

Se debe enfatizar en que el trabajo remunerado debe ser suficiente para contribuir con los gastos de sustento de su familia y al suyo propio, según la Regla 8 de los Principios básicos del tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas (1955), en concordancia con las demás normas citadas precedentemente.

Además de la realización del derecho al trabajo, se debe asegurar que las mujeres privadas de libertad accedan al derecho a la educación, herramienta fundamental para el logro de mejores oportunidades, una vez recuperada la libertad.

El C.E.P. se ocupa de la educación y de la cultura de las personas privadas de libertad. Reconoce en el artículo 157, que:

La educación, al igual que el trabajo, constituye la base fundamental de



la reinserción social. Desde su ingreso, se asegurará al interno el ejercicio de su derecho de aprender, adoptándose las medidas necesarias para mantener, fomentar y mejorar su educación e instrucción.

Otra situación que debe ser prevaleciente, es el respeto al derecho a la salud de esta población, por la naturaleza misma de la privación de libertad y la dependencia exclusiva en que se encuentran. Una salud plena otorga la posibilidad del desarrollo humano en cualquier circunstancia. Ese desarrollo debe continuar aún en condición de privación de la libertad de las personas.

En cuanto a la reinserción post penitenciaria, también existen avances normativos, pues, se prevé el establecimiento de instituciones de asistencia a imputados, acusados y condenados en libertad. Una de esas instituciones son los Patronatos de Liberados. Están establecidas en el C.E.J. artículo 27 que expresa:

Los Patronatos de Liberados son instituciones que tendrán a su cargo la asistencia social, moral y material postpenitenciaria a los egresados y liberados de un establecimiento penitenciario o educativo. Esta asistencia se realizará procurando que el liberado no sufra menoscabo de su dignidad ni se ponga de manifiesto su condición de exconvicto. Atenderán a su situación familiar, su alojamiento, la obtención de trabajo, la provisión de vestimenta adecuada y de recursos suficientes, si no los tuviere, para solventar la crisis del egreso por un tiempo prudencial, así como los gastos de traslado al lugar de la República donde decida fijar su residencia.

Los derechos de las personas privadas de libertad están establecidos. Sin embargo, para que sean puestos en práctica en la realidad en un grado deseable, todavía requiere de un esfuerzo mancomunado entre el Estado y la sociedad, porque aún subsisten las discriminaciones contra quienes, a pesar de haber cumplido con la sanción que le fuera impuesta por autoridad competente, una vez en libertad siguen consideradas como delincuentes por la sociedad y se les niega la posibilidad del desarrollo de una vida plena con dignidad.



Factores de vulnerabilidad que afectan a las mujeres privadas de libertad

La vulnerabilidad puede ser definida como aquella situación que coloca a las personas que pertenecen a ciertos grupos, en posiciones inferiores o desventajosas con relación a otros.

Las 100 Reglas de Brasilia establece, en la Regla 13, el concepto de las personas en condición de vulnerabilidad:

Se consideran en condición de vulnerabilidad 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. (Reglas de Brasilia: 13).

Teniendo en consideración la regla que antecede, se puede señalar que las mujeres privadas de libertad, en su generalidad, podrían estar afectadas no solo por el factor pobreza, sino además por otras causas de vulnerabilidad; como la edad en el caso de los adolescentes, por la etnia en el caso de mujeres indígenas, por las circunstancias sociales y hasta por el grado de educación, para ejercer el derecho humano de acceso a la justicia y otros derechos.

También es necesario manifestar, que la pertenencia a minorías es otro factor que coloca en posición de desventaja a las mujeres privadas de libertad, que presentan opciones sexuales diferentes a la heterosexualidad, motivo por el cual están más expuestas a la discriminación, prohibida tanto en la Constitución Nacional, como en instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos.



Método

La población en estudio, en esta investigación, es la conformada por 17 mujeres adultas privadas de libertad con condena y que guardan reclusión en el Centro Penitenciario de Mujeres “Casa del Buen Pastor”. Esta muestra fue recabada en el mes de julio de 2017. La información es brindada por escrito por la Dirección del citado Centro, a solicitud de la investigadora quien hizo llegar una lista de cuestiones y autorizada, a su vez, por la Dirección General de Establecimientos Penitenciarios. Se entrevistó a 17 mujeres, quienes acceden a llenar un cuestionario con preguntas abiertas. El diseño de la investigación es de enfoque cualitativo no experimental y descriptivo.

Resultados

Observación del participante

Al mismo tiempo de aplicar el instrumento de recolección de datos, se realiza la observación participante, cuyo resultado es el siguiente: El Centro penitenciario para mujeres “Casa del Buen Pastor”, presenta características singulares. Se encuentra ubicada en uno de los barrios más elegantes de la ciudad de Asunción y encierra a más de 400 mujeres, de las cuales 178 están condenadas. El trato de las personas encargadas es afable. Al ingresar al Pabellón Libertad, la mayoría de las reclusas se encuentra en su hora de descanso y una vez explicado el motivo de la visita, aceptan participar de la encuesta, sin objeción. Muestran predisposición, pero manifiestan que muchas veces ellas no ven reflejadas en su vida diaria, el resultado de las investigaciones y que todo queda en el escrito. Manifiestan que nadie se preocupa de ellas.

Se observan pabellones pequeños, habitados por mujeres ordenadas, con buena higiene. En el patio, las reclusas reciben la visita de sus hijos pequeños, aprovechando las vacaciones de invierno. Los niños tienen aspectos sencillos, se los ve contentos y disfrutando de numerosos juegos.



Sin embargo, al observar a las mujeres, ellas están sentadas conversando unas con otras, sin realizar algún tipo de actividad, como trabajo o estudios. Algunas venden alimentos. Se observa el letargo en sus vidas, la falta de esperanza, la espera sin fin. Se recogen frases como “... no le deseo a nadie estar en este lugar...”.

La queja generalizada es sobre el seguimiento que se debe realizar a sus procesos. A pesar de estar condenadas, deben intervenir los operadores de justicia como jueces de ejecución, defensores de ejecución y fiscales de ejecución penal. Manifiestan que no reciben la atención adecuada.

Las mujeres que realizan trabajo de reciclado manifiestan que no utilizan ningún tipo de equipos de seguridad y que se cortan las manos, y se queman. En cuanto a si creen que se les paga bien por el trabajo, la mayoría manifiesta que no.

Informe de la Dirección del Centro Penitenciario para Mujeres “Casa del Buen Pastor”

Por nota escrita, la investigadora solicita información sobre programas de reinserción social y reinserción post penitenciaria establecidas en beneficio de esta población, además de otros puntos específicos con relación a:

- a- Número de mujeres que se encuentran trabajando: 185 aproximadamente entre procesadas y condenadas. Otras 100 mujeres se dedican a trabajos informales: peluquería, manicura, venta de ropa, comidas y artículos de diferentes ramos. Así mismo, venta de manualidades, bijouterie.
- b- Monto percibido por el trabajo: depende de la producción que realizan. Y que “... En este marco no se realiza discriminación alguna en las oportunidades de trabajo y estudio entre prevenidas y condenadas, porque muchas de ellas se encuentran mucho tiempo en prisión preventiva, algunas más de 2 años por lo tanto cuando reciben una condena ya están en tiempo de adquirir algún beneficio...”.



c- El grado de escolaridad de las mujeres condenadas: 60% posee la escolar básica, 30% la media y 10% la universitaria.

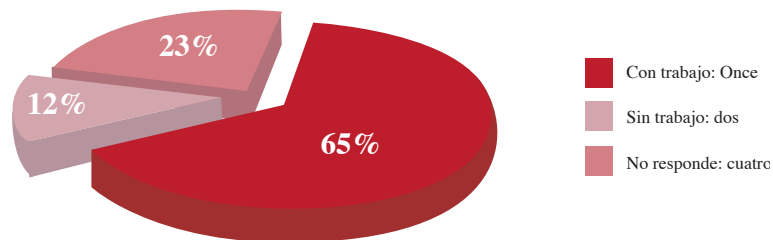
d- Con relación a tipos de educación o formación profesional recibida: la escolar básica, la educación media, la universitaria. Acceden a las carreras de derecho y psicología, peluquería, manicura, corte y confección, serigrafía, bordado, curso de bijouterie y manualidades.

e- Número de mujeres condenadas con hijos que las acompañan: 15.

f- Servicios de salud que reciben las internas y sus hijos: pediatría, odontología, psiquiatría, psicología, trabajo social, laboratorio, vacunación de niños, embarazadas y adultos, PAP, servicio de enfermería durante las 24 horas, planificación familiar.

Gráfico 1: Situación laboral de internas antes del ingreso al penal.

Situación laboral antes del ingreso



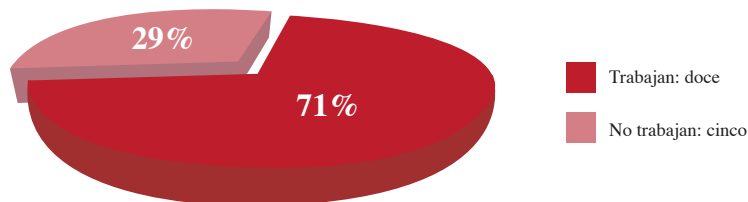
Fuente: Gráfico elaborado a partir de las entrevistas realizadas a las internas del Centro Penitenciario para Mujeres “Casa del Buen Pastor”.

El resultado muestra que la mayoría de las mujeres condenadas, antes de su reclusión, tenía un trabajo. Ellas manifiestan que se dedicaban a la venta de ropas, desempeñaban tareas como limpiadoras, empleadas domésticas, cocinera, secretaria entre otras.



Gráfico 2: Situación laboral de internas dentro del penal.

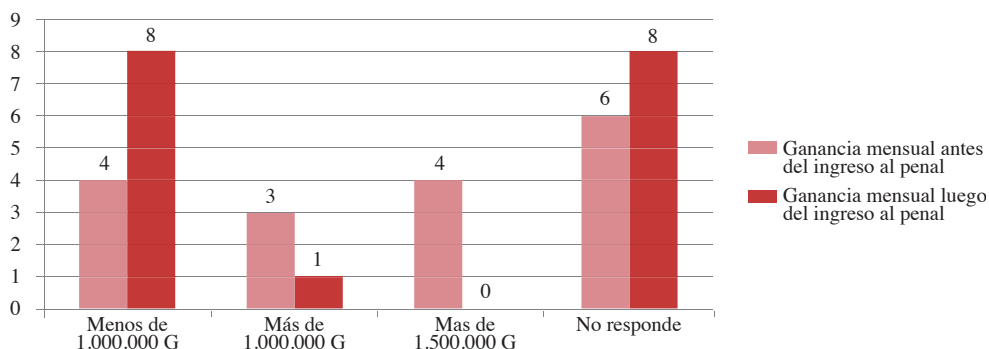
Mujeres que trabajan dentro del penal



Fuente: Gráfico elaborado a partir de las entrevistas realizadas a las internas del Centro Penitenciario para Mujeres “Casa del Buen Pastor”.

Esta tabla revela que aún en condiciones de privación de libertad, estas mujeres tienen acceso al trabajo. Sin embargo, las ganancias obtenidas en privación de libertad descienden en cantidad y casi el 50% de las entrevistadas prefiere no contestar.

Gráfico 3: Comparación de los ingresos mensuales de las internas antes y después del ingreso al penal.



Fuente: Gráfico elaborado a partir de las entrevistas realizadas a las internas del Centro Penitenciario para Mujeres “Casa del Buen Pastor”.

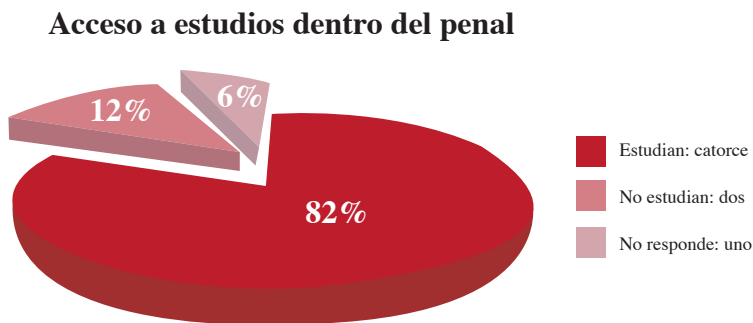
En cuanto a la ganancia mensual que obtenían antes del ingreso, se demuestra que ganaban el equivalente de más de un dólar por día, cantidad que señala que la mayoría no pertenecía al segmento de pobreza ni de extrema pobreza, excepto en algunos casos.



Con relación a los gastos que realizan las mujeres condenadas, manifiestan que:

Gastan mucho porque todo es caro, lo necesario para vivir. Otras manifiestan que gastan entre 15.000 mil guaraníes por día y de 300.000 a 1.000.000 Gs. mensuales, porque se debe pagar por todo: artículos de higiene, alimentos, medicamentos, leche para sus hijos. Reciben alimentación, pero es incomible, por eso deben pagar para tener una buena nutrición. Con relación a la posibilidad de ahorrar durante el mes, la mayoría manifiesta que no, porque deben pagar por todo y no les sobra nada.

Gráfico 4: Acceso al estudio en el lugar

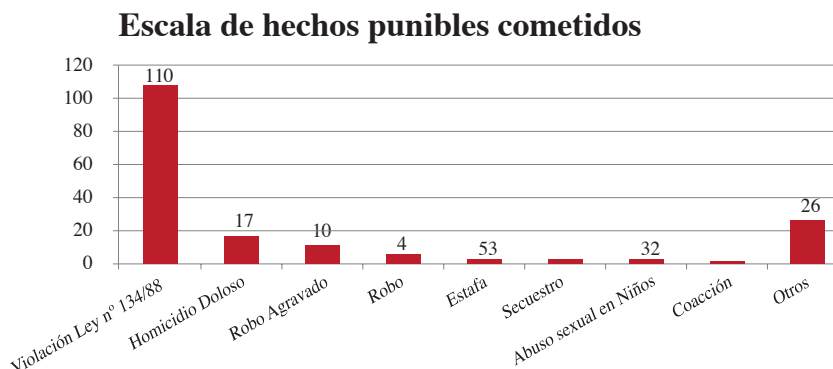


Fuente: Gráfico elaborado a partir de las entrevistas realizadas a las internas del Centro Penitenciario para Mujeres “Casa del Buen Pastor”.

Este resultado demuestra que la mayoría de las personas entrevistadas tiene acceso a la educación, situación que contribuye de forma positiva al logro de la reinserción social, porque ellas tenían un bajo nivel educativo, cuando ingresaron al Centro penitenciario.



Gráfico 5: Escala de hechos punibles cometidos.



Fuente: Gráfico elaborado a partir de los datos provistos por la Dirección del Centro Penitenciario para Mujeres “Casa del Buen Pastor”.

Según el informe brindado por la Dirección del Centro Penitenciario, de 178 mujeres condenadas, el hecho punible más cometido tiene relación con la violación de la Ley n°. 1340/88, referida a la tenencia, comercialización, tráfico de estupefacientes. Llama la atención esta situación, pues, 110 es el número de personas condenadas en comparación a otros hechos punibles graves, como el homicidio doloso, por el que fueron condenadas 17 mujeres.

De las 178 mujeres con condena, 44 son reincidentes.

Conclusión

Al analizar la condición económica de las mujeres con condena, esta investigación visualiza que la pobreza afecta a las mujeres condenadas, porque a pesar de la realización de diferentes tipos de trabajo, el pago que reciben por ello no es suficiente para solventar más que los gastos que deben afrontar diariamente en el Centro Penitenciario “Casa del Buen Pastor”, donde “... se paga por todo y todo es caro...”, según las propias manifestaciones de las entrevistadas. Ellas no pueden tener ahorros, ni ayudar a sus familias como lo establecen las normativas, para enfrentar su posterior vida en libertad.



Se demuestra que la mayoría de ellas se encontraba trabajando antes de su reclusión y no formaban parte de la población en franja de pobreza. Sin embargo, el resultado muestra que la privación de libertad sí es un factor que las coloca en la franja, incluso de pobreza extrema en algunos casos. Es decir, este factor no ha sido mitigado, motivo por el cual las mujeres condenadas no pueden contribuir a cubrir las necesidades básicas de sus familias.

Con relación al derecho a la educación, la mayoría de las entrevistadas lo tiene realizado luego de su reclusión, incluso, algunas personas adultas mayores, se hallan cursando los primeros años del ciclo primario. Además, tienen la posibilidad de aprender múltiples oficios, situación que les brindará otras oportunidades al recobrar la libertad, como fuera manifestado por ellas mismas, Al ser consultadas si creen estar preparadas para enfrentar la vida al salir en libertad. Las respuestas fueron, por ejemplo:

- 1- Sí, porque aprendí muchas cosas.
- 2- Sí, porque soy panadera, confitera, peluquera y electricista.
- 3- Sí, porque estudiando y trabajando puedo salir adelante, cuando salga de acá.
- 4- Sí, porque la rutina de siempre es levantarme a trabajar, a batallar por lo que quiero, además mi hijo necesita de mi atención.
- 5- Sí, porque creo que en este lugar el que quiere recapacitar y empezar de nuevo, sí puede.
- 6- Sí, de hecho, estoy preparada para cuando salga para seguir trabajando y terminar mis estudios, mi facultad de psicología.
- 7- Sí, porque es hora de reinsertarme en la sociedad y porque aprendí muchas cosas acá.

En cuanto a los hechos punibles cometidos con mayor frecuencia por ellas, llama la atención lo relacionado con la Ley n° 1340/88 “Que reprime el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Drogas Peligrosas, y otros hechos punibles afines y establece medidas de prevención y recuperación de fármaco dependientes”, pues, de 178 mujeres condenadas, 110 lo fueron por la violación de la referida ley.



En menor número, la condena obedece a la comisión de hechos punibles como homicidio doloso, robo agravado, estafa, secuestro y otros, tal como está descrito en la figura nº 5.

En cuanto a la existencia de programas de reinserción social post penitenciaria, no se obtiene respuesta por parte de las autoridades administrativas. Es imperativo el establecimiento de los patronatos de liberados, previsto en el C.E.P., porque contribuirá a que las personas condenadas, una vez en libertad, recobren plenamente las posibilidades de continuar con una vida digna y sin estar compelidas a reincidir. Ya no son necesarias más normas escritas, hace falta la aplicación real a través de políticas públicas que garanticen las posibilidades ciertas del acceso al desarrollo humano sostenible y para solventar la crisis del egreso por un tiempo prudencial, como está previsto en el C.E.P.

La sociedad también tiene responsabilidades en cuanto a la reinserción social de las personas condenadas, ya que una vez recobrada la libertad, quienes sufren discriminaciones por su condición de ex convictas.

Referencias

- Asociación para la prevención de la tortura - APT. (2004). *Monitoreo de lugares de detención: una guía práctica*. Ginebra.
- APT. Asociación para la prevención de la tortura. Penal Reform Internacional (2013) *Prevenir la tortura y los malos tratos: cambios en la cultura de los lugares de privación de libertad*. Recuperado de: http://www.apr.ch/content/files_res/culture-in-places-of-detention-es-1.
- Briceño López, M. (2006) *Garantizando los derechos humanos de las mujeres en reclusión*. Primera edición. México. D.F.: Recuperado de: <https://www.google.com.py/search?q=Garantizando+los+derechos+humanos+de+las+mujeres+en+reclusión.+Primera+edición.+México.+D.F.&aq>
- Constitución Nacional. (2011) Asunción-Paraguay. Ediciones Librería el Foro.
- CEPAL. Naciones Unidas. *Agenda 2030 y los Objetivos del Desarrollo Sostenible*.



Un desafío para América Latina y el Caribe. Recuperado de: <http://www.cepal.org/es/temas/agenda-2030- desarrollo-sostenible>

Dirección General de Estadísticas y Censo. *Principales Resultados EPH 2015.* Recuperado de: <http://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/eph2015/PRINCIPALES%20RESULTADOS%20EPH%202015>

Ley n.º 5162/14. Código de Ejecución Penal de la República del Paraguay.

Ley n.º 210/70, Del Régimen Penitenciario de la República del Paraguay.

UNODC. Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito. (2013). *Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de los Delincuentes.* Nueva York. Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Social_Reintegration_ESP_LR_final_online_version.pdf.

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, MNP. (2016). *Censo de mujeres privadas de libertad 2015.* Asunción. Recuperado de: www.mnp.gov.py.

Naciones Unidas. *Objetivos del Milenio. Informe de 2015.* Recuperado de http://www.un.org/es/millenniumgoals/pdf/2015/mdg-report-2015_spanish.

Ministerio Público. (2012). *Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.* Asunción-Paraguay.

PNUD. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. (1998). *Instrumentos Internacionales.* Editores del Puerto S.R.L. Bs. As. Argentina.



Artículo de revisión

La administración de justicia intercultural en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano: el papel de las pericias jurídico antropológicas

The administration of intercultural justice in the context of latinamerican neo-constitutionalism: the role of legal-antropological expertise

Ñeñangarekopy justicia intercultural rehegua, ojehecha léi guasu kuéra tetã nguéra latinoamericape: pericias jurídico – antropológicas rembiapo teerã

*Silvia María da Silveira Loureiro**

Universidad del Estado de Amazonas-UEA

*Marcelo Phillipe Aguiar Martins ***

Universidad del Estado de Amazonas-UEA

*Caio Henrique Faustino da Silva ****

Universidad del Estado de Amazonas-UEA

Recibido: 16.06.17 - Aprobado: 11.08.17

* Silvia María da Silveira Loureiro. Docente PPGDA, Universidad del Estado de Amazonas. Brasil Email: silviamsloureiro@gmail.com Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro; Master en Derecho por la Universidad de Brasilia; Profesora del Programa de Pos-Grado en Derecho Ambiental – PPGDA y del curso de Graduación en Derecho de la Escuela Superior de Ciencias Sociales de la Universidad del Estado de Amazonas en las áreas de Derecho Constitucional y Derecho Internacional.

** Marcelo Phillipe Aguiar Martins. Discente PPGDA, Universidad del Estado de Amazonas-UEA. Brasil. Email: marcellophillipeuea@gmail.com. Académico del Curso de Maestría del Programa de Pos-Grado en Derecho Ambiental de la Universidad del Estado de Amazonas – UEA. Bachellor en Derecho por la Universidad del Norte – UNINORTE, Miembro de la Clínica de Derechos Humanos y Derecho Ambiental – CDHDA.

*** Caio Henrique Faustino da Silva, Discente. Universidad del Estado de Amazonas-UEA. Brasil. Email: chfsilva.ch@gmail.com. Académico del 10° periodo del Curso de Bachellor en Derecho por la Universidad del Estado de Amazonas – UEA. Becario del Programa de Iniciación científica de la UEA. Miembro de la Clínica de Derechos Humanos y Derecho Ambiental – CDHDA.



Resumen

Desde el inicio del siglo XX, el discurso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vive un proceso de desarrollo y consolidación. En ese contexto, siguieron muchos movimientos de grupos vulnerables a fin de ver reconocidos, en el marco de los derechos humanos, sus prácticas socioculturales cotidianas. Se vio la lucha de los pueblos indígenas y el apoderamiento del discurso de los derechos humanos a nivel global, regional y nacional, lo que culminó en importantes documentos internacionales reconociendo y declarando los derechos de estos pueblos. Sin embargo, el reconocimiento de estos derechos no se ha desarrollado de la misma forma en todos los países y regiones del mundo. Por lo tanto, teniendo como punto de partida la experiencia del nuevo constitucionalismo latinoamericano, el presente estudio ha procedido a una revisión bibliográfica y documental sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano como sistema abierto para la incorporación de derechos humanos de las personas y pueblos indígenas, sus ciclos y las principales experiencias constitucionales recientes en el continente. Después, ha sido discutido el papel de las pericias jurídico-antropológicas en pro de una administración de justicia intercultural. Todo esto, a fin de evidenciar los avances y desafíos enfrentados en materia de derechos humanos y la autodeterminación de los pueblos.

Abstract

Since the early part of the 22 nd century, the discourse on issues of international law and human rights, experienced a process of development and consolidation. In this context, several movements of vulnerable groups emerge, with the aim of having their daily sociocultural practices recognised, within the framework of human rights. The fight of indigenous people, as well as the empowerment of the human rights discourse at a national, regional and international level, lead to important international documents that recognise and declare the rights of these peoples. Nevertheless, the recognition of these rights has not been developed



to the same extend in many countries and regions of the world. Therefore, and taking as a departure point, the new latinamerican constitutionalism, the present paper conducted a documentary and bibliographic review of the new latinamerican constitutionalism as an open system for the incorporation of these indigenous peoples, human rights, as well as their cycles and the main recent constitutional experiences in the continent. Afterwards, this research analyses the role of legal-antropological expertise in pursuit of an administration of intercultural justice. All this, in order to highlight the advances and challanges in terms of human rights and self-determination of the peoples.

Ñembyapu'a

Oñepyrũ guive siglo XX, oñeñe'ëve Derécho internacionalpe Yypóra Deréchore ha péicha ko mba'e oikove, okakuaa ha oñemombarete. Kóva oiko kuri oñepyrũ rupi heta tapicha aty ikangymíva ojoajupa ojuehe ojehechauka haguã hemikotevẽ yvypórakuéra deréchore, oñemomba'e haguã heko tee kuéra oja póva ára ha ára. Ojehecha oñeñanduka indígena kuéra reko, oñemomba'e hikuái yvypóra derécho rembipotáre, tuichaháicha, regiónháicha ha tetãpyháicha, ha péicha oñemboguapy kuatiáre heteiterei documento internacional ojehechakuaahápe ha oje'ehápe ko'ã teko kuéra ideréchoha avei. Ko jehechakuaa maymave teko kuéra derécho katu naipeteĩchái ete voi hetã tetãme ko yvy apére. Upévore, ojejesarekóvo ko'ã léi pyahu kuéra ojehai va'ekue latinoaméricape, ko tembiapópe ojejuhu ojehappykuere reka hague umi ojehai va'ekue guive kóvare, umi documento kuéra osẽ va'ekue léi guasu kuérape tetã Américalatinape ohechakuaahápe pe isistémape yvypóra kuéra derecho rehegua, ha avei indígena kuéra derécho, hembiecha, ha hembiasa kuéra omoinge va'ekue léipe ramoite ramónte ko yvyguasu tuichaha javeve. Upéi katu heta oñehesa'ỹijo mba'emba'épa pe perito jurídico – antropológico rembiaporã tee ikatu haguãicha oñeñangareko hekoitépe oñeme'ẽ haguã pe tekojojarã teko kuérape guarã. Opaite ko'ã mba'e tekotevẽgui ojehecha mba'éichapa oñemboguata ha mba'épepa oñepa'ã ojejapo haguã hekoitépe yvypóra derécho ha taijeheguive indígena kuéra rekove.



Palabras clave: Derechos humanos, nuevo constitucionalismo latinoamericano, justicia intercultural, pericia jurídico-antropológica.

Keys word: Human rights, latinamerican neo-constitutionalism, intercultural justice, legal- anthropological expertise.

Ñe'ẽ rapotee: Yvypóra kuéra derécho, Lei Guasu Pyahu Latinoamérica mba'éva, justicia intercultural, pericias jurídico –antropológicas.

Introducción

A partir del marco histórico pos segunda guerra mundial, se inicia el proceso de elaboración y generalización de los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos, comenzando por la Declaración Universal del 10 de diciembre de 1948. Se trata de la así llamada, por Cançado Trindade, fase legislativa de la incipiente rama de Derecho Internacional de los Derechos Humanos (1990)

Con la adopción de la declaración universal, el ser humano fue reconducido al centro del derecho internacional y la consagración de los derechos contenidos en él, de igual naturaleza e inalienable en todos los pueblos, no dependían más del reconocimiento por parte de la voluntad estatal pues éstos dependerían únicamente de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana, resaltándose, por lo tanto, el carácter verdaderamente universal de la declaración (y no meramente voluntarista e interestatal).

Según Cançado Trindade, la Declaración Universal, marco normativo inaugural de la fase legislativa de derecho internacional de los derechos humanos, se tornó "...la fuente de inspiración y un punto de irradiación y convergencia..." (1997, pág. 43) de los instrumentos posteriores de derechos humanos, tanto en el ámbito global (como los dos Pactos de la Naciones Unidas), como regionales (convenciones: europea, americana y africana). Además, se multiplicaron los tratados internacionales especializados en temas sectoriales, igualmente presentes tanto en el plano global como regional. Nótese que tal movimiento de expansión



converge en un punto común en todos esos tratados: la Declaración Universal en sus preámbulos.

Por tanto, el parámetro de universalidad ética es, al mismo tiempo, la base jurídica de la entonces naciente rama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Declaración Universal proclamada por las Naciones Unidas en 1948¹, cuyos fundamentos filosóficos son legados de la tradición iluminista de los siglos XVII y XVIII, y de la triada del pensamiento de Locke, Hobbes y Rousseau. Esas concepciones filosóficas fueron plasmadas en las célebres cartas o declaraciones inglesa, americana y francesa de derechos del hombre. Estas fuentes normativas, a su vez, fueron reproducidas o expandidas en las constituciones escritas de los siglos XIX y XX de la mayor parte de las naciones que siguen la tradición jurídica occidental.

Si bien la Declaración Universal fue aprobada sin ningún voto en contra, fueron formuladas profundas críticas por parte de Estados que sustentaban la dificultad de aceptación de la declaración por estar ampliamente basada en patrones occidentales de cultura y religión (Sudáfrica, Arabia Saudí y Egipto) y/o por tratarse de un documento de arista marcadamente liberal e individualista (Bielorrusia, Polonia, Checoslovaquia, Ucrania, USSR, Yugoslavia).

Esas críticas pueden encontrar su razón de ser en los presupuestos filosóficos y religiosos y en las fuentes documentales utilizadas por los redactores de los más incipientes esbozos de la declaración. No obstante, como afirma Cançado Trindade, incluso sus críticos iniciales reconocen hoy que ésta “...alcanzó un determinado grado de universalidad que terminó siendo aceptada por seres humanos de todas las

¹ Adoptada por Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, tres años después de la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas. Nótese que la Declaración Universal fue precedida pocos meses antes por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada como Acto Final de la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948 durante la cual había sido firmada la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Tratado de Bogotá) manteniéndose las mismas líneas directrices teóricas entre las dos declaraciones.



civilizaciones y culturas...” (2003, pág. 307), incorporándose a las constituciones contemporáneas y a la práctica judicial de los tribunales nacionales en el mundo. Así, a pesar de la diversidad de convicciones y de culturas, la Declaración Universal se volvió posible, después de toda la propia declaración se erigió en un marco normativo en defensa de estas mismas distinciones y diversidades inherentes al género humano (Cançado Trindade, 2003 pág 307).

Además, según Cançado Trindade “...las culturas no son piedras en el camino de la universalidad de los derechos humanos, sino elementos esenciales al alcance de esta última...” (2003, pág. 335).

En este sentido, la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 manifiesta:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos de forma global, justa y equitativa, en pos de la igualdad y con la misma importancia. Aunque las particularidades nacionales y regionales deben ser tomadas en consideración, así como diversos contextos históricos, culturales y religiosos, es deber de los Estados promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales, sean cuales fueran sus sistemas políticos, económicos y culturales.

Así un balance histórico-normativo, en vísperas del 70° Aniversario de la Declaración Universal de 1948, no deja dudas de que la misma se convirtió en un instrumento vivo, capaz de reinterpretarse y resignificarse, inclusive pasando a integrarse en marcos normativos internacionales contemporáneos, tal como es el caso de los temas relacionados con el Derechos Internacional de los Pueblos Indígenas.

De hecho, como afirma Lilian Aponte Miranda (2008) en los primeros tiempos de la llamada Era de los Derechos Humanos, post 1948, las reivindicaciones de los pueblos indígenas fueron eludidas. Ni los derechos de las minorías, ni el



derecho a la autodeterminación de los pueblos fueron contemplados en los primeros instrumentos de derechos humanos, dado el tinte marcadamente individualista de sus normas y mecanismos de implementación (pág.426-427).

En la actualidad, no obstante, gracias a las luchas del movimiento indigenista global, que se apoderaron del discurso de los derechos humanos, existen tres importantes instrumentos internacionales sobre la temática indígena, que son: la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007 y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2016.

En esos tres instrumentos clave se nota la presencia de los dispositivos que salvaguardan la protección de los derechos humanos para todas las personas y pueblos indígenas, como por ejemplo, dispone el artículo 3° (1) de la pionera Convención 169 de la OIT: “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de esta Convención serán aplicadas sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”.

En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas consta, en su artículo 1°, a su vez:

Los indígenas tienen derecho, a título colectivo o individual, al pleno disfrute de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Ya la reciente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas proclama, en su artículo V, la plena vigencia de los derechos humanos, afirmando lo siguiente:

Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho al goce pleno de todos



los derechos humanos y libertades fundamentales, reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Luego de esa breve narrativa histórica, en que se procuró demostrar la interrelación de las bases jurídicas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el reciente desenvolvimiento de la vertiente del Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas, se puede concluir que existe, en términos generales, una coincidencia entre los temas globales de protección de los derechos humanos con el conjunto de temas más candentes de preocupación para la protección de los derechos humanos de las personas y pueblos indígenas.

Es innegable que por ejemplo, las pautas de luchas indígenas por la igualdad y no discriminación, reivindicación de territorios ancestrales y reconocimiento de autodeterminación están perfectamente basadas en principios y reglas consagrados ampliamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin embargo, no es menos cierto afirmar que pueden ocurrir casos de confrontación entre los paradigmas de universalidad ética de los derechos humanos y el derecho consuetudinario indígena, principalmente, cuando está en juego la tentativa de hacer prevalecer, prevalecer, ante los hechos de un caso concreto, la cultura nacional envolvente o la cosmovisión de los pueblos indígenas.

En ese sentido, el presente artículo examinará el importante papel que las pericias jurídico- antropológicas pueden desempeñar en la administración de una justicia verdaderamente intercultural, sobre todo, en países que integran el movimiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano, en los cuales, dentro de sus constituciones son admitidos, en mayor o menor grado, elementos de derecho consuetudinario indígena y a su lado, la incorporación de principios y reglas provenientes del Derecho Internacional de los derechos humanos.¹

¹ Es interesante notar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos posee una rica y vasta experiencia de casos en que los jueces interamericanos se valen de pericias jurídico- antropológicas



Así, la propuesta del presente estudio es discutir cómo las pericias jurídico-antropológicas pueden ser herramientas colocadas a disposición de la justicia con un papel que va mucho más allá del ofrecimiento de un medio de prueba a través del parecer técnico de un especialista, pero como dice Pedro Ixchú García, puede servir como un puente que se extiende “...entre la forma de ver y entender la realidad del tribunal y de los pueblos indígenas...” (IIDH, 2010, pág. 51).

El nuevo constitucionalismo latinoamericano como sistema abierto para la incorporación de derechos humanos de las personas y pueblos indígenas.

Ante la crisis enfrentada por la noción de Estado de origen europeo, surge en América Latina un nuevo movimiento constitucional denominado Nuevo Constitucionalismo Democrático Latino Americano (o Andino), también llamado Constitucionalismo Pluralista o Plurinacional, en el cual vale destacar que:

Entre las tendencias e innovaciones introducidas por las recientes constituciones latinoamericanas, una de las más significativas es el pluralismo que apunta a una reapropiación del Estado Constitucional, repasando de forma crítica y creativa sus promesas no cumplidas y premisas no consideradas. (Melo, 2013, pág. 140).

En ese orden de ideas, existe una propuesta de nueva institucionalización del Estado, el llamado Estado plurinacional basado en nuevas autonomías, en el pluralismo jurídico, en un nuevo régimen político basado en la democracia intercultural y en nuevas individualidades particulares y colectivas.

La nueva fase, conocida también como constitucionalismo andino, posee textos constitucionales elaborados por asambleas constituyentes participativas, y posteriormente son objeto de aprobación popular por medio de referéndum. Las cartas constitucionales son más amplias, complejas y detalladas; radicadas en la realidad

para dilucidar mejor las circunstancias de facto, principalmente, en casos donde figuran como parte los pueblos indígenas y tribales.



histórico - cultural de cada país y, por lo tanto, declaradamente comprometidas con los procesos de descolonización. Al mismo tiempo, las nuevas constituciones conjugan la integración internacional al redescubrimiento de valores, tradiciones y estructuras locales peculiares y estimulan un nuevo modelo de integración latinoamericana de contenido marcadamente social que supera el aislamiento intercontinental de origen colonial y enfatiza la solidaridad en ese nuevo contexto de integración. (Melo, 2013, pág. 144).

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano o Andino, va más allá del constitucionalismo de mitad del siglo XX, pues reconoce los pueblos y sus diferentes culturas, así como la diferencia entre ellas, buscando protegerlas. Pretende, en igual medida, discutir y promover mecanismos para una autonomía política junto con el reconocimiento de las reglas de convivencia y de su carácter normativo, de la misma forma que las normas emanadas del Estado. Dicho fenómeno está orientado por la idea del pluralismo jurídico, en el cual existen conjuntos de normas derivadas de diferentes entes (por el Estado y demás grupos socioculturales) que contienen el mismo valor normativo.

Por esas razones, el movimiento del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es particularmente importante para la afirmación de los derechos de personas, en especial de los pueblos indígenas en el continente. En ese sentido, el modelo teórico de horizontes constitucionales elaborado por Raquel Z. Yrigoyen Fajardo (2011) es bastante ilustrativo, pues posibilita un examen sistemático de las etapas que atraviesan las diversas constituciones latinoamericanas rumbo a la concretización de un proyecto descolonizador. La autora concibe los horizontes constitucionales en tres paradigmas distintos, a saber: el liberal unitario del siglo XIX; el social integracionista del siglo XX; y el pluralista, en desarrollo desde la década de 1980 hasta los días actuales. El horizonte del constitucionalismo pluralista a su vez se divide, según el entender de la misma autora, en tres ciclos progresivos, que son el multicultural (1982-1988), el pluricultural (1989-2005) y el plurinacional (2006-2009).



Las modificaciones emprendidas en el marco jurídico normativo de los países latinoamericanos a lo largo de los referidos horizontes constitucionales fueron pautadas, gradualmente por cuatro importantes instrumentos internacionales en materia de derechos indígenas: la Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano de 1940²; la Convención n.º 107 de la OIT, referente a pueblos indígenas y tribales en países independientes del año 1957³; la Convención n.º 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de 1989⁴; y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

Más recientemente, luego de 17 años de trabajo y negociaciones, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta Declaración fue aprobada en el 46º periodo ordinario de sesiones, realizado en Santo Domingo, República Dominicana, del 13 al 15 de junio de 2016.

Se trata de un marco normativo histórico en las Américas, ya que es el primer instrumento internacional sobre el tema de derecho de los pueblos indígenas de la región, que vino a sumarse a la Convención 169 de la OIT (1989) y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).

A pesar de la forma de la declaración, este nuevo documento cristaliza un consenso alcanzado entre los Estados americanos: el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Si bien estos ya venían siendo conquistados desde la década de 1980 a través de la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la gradual consolidación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, tales como:

2 Aprobada por Brasil a través del Decreto Legislativo n.º 55 de 1953.

3 Ratificada por Brasil en 1963 y denunciada en 2002 en razón de la ratificación de la Convención n.º 169 de la OIT.

4 Promulgada por Brasil a través del Decreto n.º 5.051 y 2004.



el derecho a la autodeterminación, a los territorios ancestrales y a la consulta libre, previa e informada; esta Declaración contiene disposiciones innovadoras sobre el derecho de los pueblos indígenas, por ejemplo con relación al aislamiento voluntario o en contacto inicial.

Así, durante los tres ciclos de horizonte del constitucionalismo pluralista, los textos de las constituciones latinoamericanas articulan la normativa interna estatal (salvadas las diferencias entre los diversos contextos nacionales) con las posibilidades externas favorables a la protección de los derechos de las personas y pueblos indígenas en el marco normativo internacional y particularmente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Los ciclos de horizonte del constitucionalismo pluralista: Los derechos indígenas y las recientes experiencias constitucionales latinoamericanas.

El primer ciclo de horizonte de constitucionalismo pluralista está marcado, según Fajardo (2011, pág. 142), por un lado, por las ideas traídas por el multiculturalismo y por otro lado, por nuevas demandas de derechos indígenas notoriamente relacionadas con el reconocimiento de la diversidad cultural como factor constitutivo de la sociedad a ser reflejado en la Constitución. No obstante, a pesar de estos avances, no existe la recepción explícita en los textos constitucionales de derecho consuetudinario o de la jurisdicción indígena como formas de manifestación de un verdadero pluralismo jurídico.

Así, en el ciclo del constitucionalismo multicultural, Fajardo observa: "... las Constituciones introducen el concepto de diversidad cultural, el reconocimiento de configuración multicultural y multilingual de la sociedad, el derecho -individual o colectivo- a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos ..." (2011, pág. 141); citando como ejemplos de estas manifestaciones constitucionales,



las Constituciones de Canadá (1982), Guatemala (1985)⁵, Nicaragua (1987)⁶ y Brasil (1988)⁷.

5 Estableciendo el análisis en los textos constitucionales latinoamericanos de este primer ciclo, la constitución guatemalteca, reformada vía Acuerdo Legislativo n° 18-93 del 17 de noviembre de 1993, en el capítulo destinado a los derechos sociales, perteneciente al Título II (De los Derechos Humanos) reconoce, en su artículo 58, el derecho a la identidad cultural de las personas y comunidades, de acuerdo a sus valores, lengua y costumbres, reservando la tercera sección de este capítulo para tratar específicamente de los derechos de las comunidades indígenas, en los artículos 66 al 70, dentro de los cuales se resalta el artículo 66 de Protección a los grupos étnicos. Cabe destacar que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los cuales figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, uso de traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos. Artículo 67: protección a las tierras y a las cooperativas agrícolas indígenas: las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualquier otra forma de propiedad comunal o colectiva de propiedad agrícola, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de la protección especial del Estado, asistencia crediticia y técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida. Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenezcan y que tradicionalmente hayan administrado de forma especial, mantendrán ese sistema.”

6 La Constitución nicaragüense establece, en el artículo 5, como uno de sus principios el pluralismo político, social y étnico, y especialmente en relación a los pueblos indígenas. dispone: “El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de derechos, deberes y garantías consignados en la constitución y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el uso, goce y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución.” Además, los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica tienen previsto el derecho, en su región, a la educación intercultural en la lengua materna, de acuerdo con la ley (artículo 121).

7 En la Constitución brasilera de 1988, los artículos 231 y 232 disponen el reconocimiento de la organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones además de los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. “Art. 231. A los indios le son reconocidos su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, siendo competencia de la Unión, delimitar, proteger y hacer respetar todos sus bienes. § 1° - Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indios las que son habitadas por ellos en carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones. § 2° Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios se destinan a su tenencia permanente, cabiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en ellas. § 3° - El aprovechamiento de los recursos hídricos, incluidos los potenciales energéticos, la búsqueda y exploración de las riquezas minerales en tierras indígenas solo pueden ser efectivizados con autorización del Congreso Nacional, una vez que hayan sido escuchadas las comunidades afectadas, garantizándoles participación en los resultados de la exploración, en los términos de la ley. § 4° Las tierras de las que trata este artículo son inalienables e indisponibles, y los derechos sobre ellas imprescriptibles. § 5° - Está prohibida la remoción de los grupos indígenas de sus tierras, salvo, “ad referendum” del Congreso nacional, en caso de catástrofe o epidemia que ponga en riesgo su población, o en interés de la soberanía del país, luego de la deliberación del Congreso



En el segundo ciclo, son mantenidos los derechos a la identidad étnica y a la diversidad cultural anteriormente conquistados, sumándose a estos la calificación del propio Estado (o nación) como pluricultural. Como consecuencia, los textos constitucionales adoptan fórmulas que pluralizan no solo las fuentes de producción de derecho, incluyendo las fuentes de derecho consuetudinario indígena, sino también el monopolio de su aplicación está fracturado por el reconocimiento de las autoridades indígenas. Otro aspecto relevante de este ciclo se refiere a la fuerte influencia de la

Convención 169 de la OIT (1989) para la ampliación del catálogo de derechos constitucionales específicos de los pueblos indígenas, tales como la oficialización de los idiomas indígenas, la educación bilingüe intercultural, el derecho sobre los territorios ancestrales (y no simplemente sobre las tierras), el derecho a la consulta y nuevas formas de participación.

En palabras de Fajardo, la novedad más importante de este ciclo es que:

Las Constituciones introducen fórmulas de pluralismo jurídico que logran romper con la identidad de Estado de derecho o el único derecho esto es, la idea de que sólo es “derecho” el sistema de normas producido por los órganos soberanos del Estado (los poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo). Las Constituciones de este ciclo reconocen las autoridades indígenas, con sus propias normas y procedimientos o su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia. A partir de estos reconocimientos se pone en

Nacional, que garantizará, en cualquiera de los casos, el retorno inmediato luego del cese del riesgo. § 6°- Son nulos o extintos, no produciendo efectos jurídicos, los actos que tengas por objeto la ocupación, el dominio y la posesión de las tierras a las que se refiere este artículo, o la explotación de las riquezas naturales del suelo, de los ríos o lagos en ellas existentes, salvo lo relevante al interés de la Unión, según lo que dispone la ley complementaria, no generando nulidad y la extinción del derecho a la indemnización o a acciones contra la Unión, salvo, en la forma de la ley, en cuanto a los beneficios derivados de la ocupación de buena fe. § 7 No se aplica a las tierras indígenas lo dispuesto en el artículo 174, § 3° y § 4°. Art. 232. Los indios, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para ingresar en juicio de defensa de sus derechos e intereses, interviniendo el Ministerio Público en todos los actos del proceso.”



cuestión la idea clásica de soberanía y el monopolio que las Constituciones señalaban a los poderes u órganos soberanos del Estado para la producción de derecho y a la violencia legítima. Pluralizan las fuentes de producción legal de derecho y de violencia legítima, tanto como las funciones de producción de normas, administración de justicia y organización de orden público interno pueden ser ejercidas tanto por los órganos soberanos (clásicos) del Estado, como por las autoridades de los pueblos indígenas, siempre bajo el control constitucional (2011, págs. 142, 143).

Como ejemplos de estas manifestaciones constitucionales, Raquel Fajardo cita las Constituciones de Colombia (1991)⁸, México (1992)⁹, Paraguay (1992)¹⁰,

8 En la Constitución colombiana, la división de poder entre las instituciones tradicionales y los pueblos indígenas se da en diversos niveles, como por ejemplo, en la escuela de senadores indígenas, en la configuración de una jurisdicción especial indígena, en la creación de territorios indígenas como divisiones administrativas del Estado y en el reconocimiento de las autoridades locales para administrarlos, contando incluso con previsión de transferencia de tributos y planos de desarrollo peculiares al modo de vida local. Se confieren, en este sentido, los artículos 58, 171, 176, 246, 321, 329, 330, 339, 341, 356, 358 y el artículo transitorio 58.

9 La Constitución mexicana posee un texto ejemplar de este ciclo al precisar en su artículo 2º, que “...la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que descenden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas...”. Y prosigue incluso afirmando que “la consciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quien se aplica las disposiciones sobre pueblos indígenas”. El mismo dispositivo enumera una lista bastante amplia de derechos destinados a los pueblos indígenas, inclusive con varias similitudes a la Convención 169 de la OIT. El artículo 27 refiere además una disposición expresa acerca de la protección de las tierras indígenas.

10 artículo 27 refiere además una disposición expresa acerca de la protección de las tierras indígenas. En el capítulo V del apartado II, la Constitución de Paraguay dedica los artículos 62 al 67 a los pueblos indígenas, reconociéndoles la existencia como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo (artículo 62), además de los derechos a la identidad étnica y libre organización institucional y sujeción voluntaria a las propias normas consuetudinarias (artículo 63), el derecho al uso y disfrute de la propiedad comunitaria (artículo 64), el derecho a la participación (artículo 65), el derecho a la educación y a la asistencia (artículo 64) y, a la exoneración de tasas públicas (artículo 67). Más adelante, al tratar de los idiomas, en el artículo 140, la Constitución declara que: “...el Paraguay es un país pluricultural y bilingüe”, pues adopta el castellano y guaraní como lenguas oficiales y que “las lenguas indígenas, así como la de otras minorías, forman parte del patrimonio cultural de la Nación...”.



Perú (1993)¹¹, Bolivia (1994), Argentina (1994)¹², Ecuador (1996 y 1998), Venezuela (1999)¹³ y se añade, aunque de forma menos representativa, Panamá (2004)¹⁴.

Para Fajardo (2011 pág. 144-145), algunos factores fueron decisivos para el reconocimiento del pluralismo jurídico en las constituciones de este ciclo, a saber:

- a) las demandas indígenas por derechos propios;
- b) el desarrollo del derecho internacional de los pueblos indígenas;
- c) la expansión del discurso de multiculturalismo.

d) las reformas de justicia con estímulo al reconocimiento de mecanismos alternativos de solución de conflictos en comunidades indígenas”.

No obstante, en la opinión de la misma autora, muchos de los dispositivos insertados en las constituciones de este ciclo son “...fórmulas no exentas de

11 El artículo 48 de la Constitución peruana se refiere a los idiomas oficiales del país: “Son idiomas oficiales el castellano y en las zonas donde predominen también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley”.

12 En el artículo 75, ítem 17 de la Constitución argentina, consta que corresponde al Congreso reconocer la pre-existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural, reconocer la personalidad jurídica de sus comunidades y a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, con protección especial contra su expropiación y asegurar la participación y consulta en temas de su interés como la explotación de sus recursos naturales.

13 La Constitución de Venezuela reconoce que, además del castellano, los idiomas indígenas también son oficiales para los pueblos indígenas. Además, reconoce las formas de organización social, política, económica, manifestaciones culturales, usos y costumbres, religión e idiomas de los pueblos indígenas, el derecho originario sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan, protección de su hábitat y formas de vida, protección de la propiedad intelectual colectiva y el derecho a la participación política, inclusive con la elección de diputados indígenas.

14 En la Constitución panameña, además del artículo 88 que garantiza la educación bilingüe, merecen destaque el artículo 90 en el cual el Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales y que realizará programas tendientes a desenvolver los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como el desarrollo integral de estos grupos humanos, así como el artículo 127 que trata de la protección de las tierras indígenas.



limitaciones que no siempre se implementan de modo orgánico y sistemático...” (2011, págs. 144-145). Esta ineficacia puede ser atribuida a las condiciones internas del propio sistema jurídico pluralista que se intentaba crear y a las condiciones externas relacionadas al escenario político latinoamericano de la década de 1990.

En el plano jurídico, la incorporación de nuevos derechos indígenas en las constituciones y la ratificación de la Convención 169 de la OIT, no fueron acompañadas de reformas infra- constitucionales de la legislación ordinaria de los Estados, necesarias para implementar los nuevos derechos de los pueblos indígenas y también compatibilizarlos con los derechos y poderes tradicionalmente existentes, principalmente en lo que respecta a los conflictos entre la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción consuetudinaria indígena y el derecho de consulta en materias de interés de los pueblos indígenas.

En el plano político, según analiza Fajardo, los efectos prácticos de la introducción de normas sobre derechos indígenas en las constituciones de América Central y del Sur fueron neutralizados por el movimiento de reformas neoliberales, que contraían la participación del Estado en su dimensión social, estimulaban la explotación a gran escala de los recursos naturales por iniciativa privada nacional y transnacional consecuentemente flexibilizaban las garantías constitucionales de protección de los territorios indígenas y por otros factores como la violencia interna local, el narcotráfico y las fuerzas paramilitares (2011. pág. 143).

Como una respuesta, el ciclo del constitucionalismo plurinacional está representado por los procesos constituyentes emblemáticos en Bolivia (2006



2009)¹⁵ y en Ecuador (2008)¹⁶, marcados por la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Este ciclo radicaliza el proyecto constitucional descolonizador, proponiendo el desafío de refundación del Estado a partir del reconocimiento de los pueblos indígenas no solo como culturas diversas sino, sobre todo, como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación o libre determinación, como se refiere Raquel Fajardo en los siguientes términos:

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen una refundación del Estado a partir del reconocimiento explícito de raíces milenarias de los pueblos indígenas ignorados en la primera fundación republicana y así se lanzan al desafío histórico de poner fin al colonialismo (2011, pág. 149).

Y prosigue la misma autora:

Los pueblos indígenas son reconocidos no solamente como “culturas diversas”, sino como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación o libre determinación. Esto es, sujetos políticos colectivos con derecho a definir

15 En la Constitución de Bolivia, los artículos 1 al 10, que sientan las bases fundamentales del Estado, son bastante ilustrativas, destacándose: Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. Artículo 2. Dada la existencia pre-colonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al auto gobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme esta Constitución y la ley. Artículo 3. La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y bolivianos, las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos, y las comunidades interculturales y afro-bolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano. Artículo 4. El Estado respeta y garantiza la libertad de religión y de creencias espirituales, de acuerdo con sus cosmovisiones. El Estado es independiente de la religión (...) Artículo 8.I. El Estado asume y promueve como principios étnico-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas prejuicioso, no seas mentiroso, no seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)”.

16 La constitución ecuatoriana, reconoce principios fundamentales semejantes a los de la Constitución boliviana, al destacar en su artículo 1º. que: “El Ecuador es un Estado intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.



su destino, gobernarse con autonomías y participar en los nuevos pactos del Estado, que de ese modo se configura como un “Estado plurinacional”. Al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto entre pueblos, no es un Estado ajeno que reconoce derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se erigen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. Estas constituciones buscan superar la ausencia de poder constituyente indígena en la formación republicana y pretenden combatir el hecho de que hayan sido considerados como menores de edad sujetos a la tutela estatal a lo largo de la historia (Fajardo, 2011, pág. 149).

La incorporación de los pueblos indígenas y comunidades originarias al proyecto constitucional representa, a entender de Agustín Grijalva (2009), una completa reformulación de las tradicionales categorías legales y hermenéuticas. Los énfasis de esta nueva formulación estatal reposan en la institución de un sistema de foros de deliberación democrática y multicultural:

El constitucionalismo plurinacional es o debe ser un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias, que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado Nacional. El Estado plurinacional no es, ni debe ser reducido a una Constitución que incluya un reconocimiento puramente culturalista, a veces solamente formal, por parte de un Estado en realidad instrumentalizado para el dominio de pueblos de culturas distintas, “...sino un sistema de foros de liberación intercultural auténticamente democrático...” (Grijalva, 2009, pág. 117).

Diferenciándose de las constituciones ejemplares de los ciclos anteriores, las Constituciones de Bolivia y Ecuador posicionan los valores indígenas de manera transversal en sus textos. Eso significa que los textos no se limitan a contemplar ciertos dispositivos a los derechos propios de los pueblos indígenas. Por el contrario,



estos valores son incorporados como principios transversales del Estado y forman toda su estructura institucional.

Para ilustrar lo expuesto en el párrafo anterior, se citarán algunos ejemplos de la Constitución boliviana: cota para parlamentarios indígenas (art. 196); la justicia indígena se coloca al mismo nivel que la justicia ordinaria (art. 192); Tribunal Constitucional plurinacional, con parte de sus miembros escogidos conforme el sistema indígena (art. 196).

La constitución de Bolivia establece:

Cada comunidad indígena podrá tener su propio tribunal, con jueces electos entre los habitantes. Las decisiones de estos tribunales no podrán ser revisadas por la justicia común. Otro aspecto importante es el hecho de la descentralización de las normas electorales de sus comunidades. La Constitución incluso prevé la creación de un Tribunal Constitucional plurinacional con miembros electos por el sistema ordinario y por el sistema indígena. (Magalhaes, 2008, pág. 09).

En el caso ecuatoriano vale destacar el reconocimiento referente a la justicia indígena, que garantiza a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas puedan ejercer funciones jurídicas, con base en sus tradiciones ancestrales, en la cual:

Tales autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, pero solamente aquellos que no fueran en contra de la constitución, o a los derechos humanos reconocidos internacionalmente. La ley garantizará, pues, un diálogo entre la justicia ordinaria y la justicia indígena (Magalhaes, 2010, pág. 3).

El artículo 10 de la Constitución ecuatoriana va más allá, al reconocer



explícitamente derechos fundamentales para colectividades humanas¹⁷, como la naturaleza – Pacha Mama – como sujeto titular de derechos enumerados en la constitución¹⁸, subvirtiendo el orden antropocéntrico de los Derechos Naturales tradicionalmente reconocidos en el constitucionalismo occidental:

Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que la Constitución le reconozca.

Nótese, además, que en muchos países latinoamericanos las constituciones reformadas o promulgadas en los ciclos del Nuevo Constitucionalismo incorporan normas internacionales, pasando a integrar el llamado bloque de constitucionalidad, como ocurre en la constitución boliviana (artículo 13) y ecuatoriana (artículo 417).

Aunque los principios constitucionales del pluralismo jurídico, de igual dignidad de los pueblos y culturas, de interculturalidad y del buen vivir, estén presentes en ambas experiencias constitucionales¹⁹, es la constitución boliviana que logra su mejor traducción institucional, en la autonomía de la jurisdicción indígena originaria campesina, conferida por los artículos 190 a 192 y en la composición del Tribunal Constitucional Plurinacional por criterios de género y etnicidad, conforme determina el artículo 197.

Ante la paridad constitucional entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina, sería inevitable que emerjan conflictos de competencia entre las jurisdicciones constitucionales y por los dispositivos que establecen los ámbitos de vigencia personal, material y territorial de la jurisdicción indígena, previstos en la, Ley n.º 073, del 29 de diciembre de 2010, de Deslinde Jurisdiccional en el marco del pluralismo jurídico.

¹⁷ Ver específicamente artículos 56 a 60.

¹⁸ Ver específicamente artículos 71 y 74.

¹⁹ *Ibidem*. ps. 149-150.



De entre los varios dispositivos de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, se destaca algunos que se muestran esenciales para la comprensión de la posición que los derechos humanos ocupan en la constitución boliviana, en que pese a su incuestionable enfoque jus indigenista, legitimada inclusive por la participación de los pueblos indígenas en su proceso constituyente:

Artículo 5.II: Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente respetan, promueven y garantizan el derecho a la vida de los demás derechos y garantías reconocidos por la Constitución.

Artículo 5 IV: Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente prohíben y sancionan todas las formas de violencia contra niños, adolescentes y mujeres.

Artículo 5V: El linchamiento (que era erróneamente considerado como una práctica de justicia de los indígenas centroamericanos y andinos) es considerado una violación de derechos humanos y está prohibido y debe ser prevenido y sancionado.

Artículo 14, c): Como mecanismos de coordinación, la Ley de Deslinde Jurisdiccional ofrece la posibilidad del establecimiento de espacios de diálogo sobre la aplicación de los derechos humanos en sus resoluciones.

Tales directrices parecen estar de acuerdo con las previsiones del artículo 8° (2) de la Convención 169 de la OIT:

Esos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que ellas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional no con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Siempre que fuera necesario, deberán ser establecidos procedimientos para la solución de los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.



De esta forma semejante, dispone el artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas:

Los pueblos indígenas tienen el derecho de promover, desenvolver y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, en conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

La Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas de igual manera, prevé en su artículo XXII, al tratar del derecho y de la jurisdicción indígena:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.
2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional.
3. Los asuntos referentes a las personas indígenas o a sus derechos e intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de forma tal a proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tiene derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, inclusive con el uso de intérpretes lingüísticos y culturales.
4. Los Estados tomarán medidas eficaces en conjunto con los pueblos indígenas, para asegurar la implementación de este artículo.

Por lo tanto, a pesar de ser recientes, las experiencias constitucionales latinoamericanas parecen apuntar a un nuevo camino en lo que concierne al reconocimiento, afirmación y protección de los derechos indígenas, pero más aún a un punto importante a debatir: como promover en la práctica esta interculturalidad en términos de administración de Justicia en casos límite de conflicto entre el



derecho consuetudinario indígena y el derecho positivo estatal o internacional.

El papel de las pericias jurídico-antropológicas en pro de una administración de justicia intercultural

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, sobre todo en sus formas más progresistas, como la boliviana y ecuatoriana, no adoptó en términos de derechos humanos de los pueblos indígenas el universalismo arrogante de las naciones civilizadas del siglo XIX e inicio del siglo XX, ni el relativismo cultural radical calcado en el etnocentrismo estático. La propuesta parece ser la del diálogo intercultural. En ese sentido, aunque enfrentando cierta resistencia, la Antropología se muestra de gran valía frente a las muchas antinomias enfrentadas por el derecho contemporáneo. Al considerar que “...hace parte de la cultura del l'uomo il diritto, che eglia pratica, conosce e dice. Cio comporta la possibilita di un'antropologia guiridica...”²⁰ (Sacco, 2007).

Así, debería el derecho, reflejado en el ejemplo de la antropología, reconocer que se debe navegar entre rocas:

La de uniformidad – reconocer que todos los hombres son iguales no significa que sean iguales en todos los lugares...; y la de heterogeneidad– la reconocida autonomía de las particularidades culturales solo puede ser relativa, conlleva a conflictos y reintroduce la desigualdad y la opresión sobre la máscara de derecho a la diferencia (Roland, 2004, pág. 68).

Así, para alcanzar el acceso a la justicia de las personas y pueblos indígenas, una serie de garantías deben ser aseguradas, tales como:

- (I) disponibilidad de traductores e intérpretes para las lenguas indígenas;
- (II) reconocimiento de las autoridades tradicionales;

²⁰ Hace parte de la cultura humana incluyendo el derecho, que el hombre practica, conoce y dice. Esto incluye la posibilidad de una Antropología de Derecho.



- (III) respeto al derecho consuetudinario indígena;
- (IV) capacitación acerca del derecho indígena nacional e internacional;
- (V) desplazamiento de los operadores de derecho para realización de audiencias en las jurisdicciones indígenas y;
- (VI) recurso para las pericias jurídico-antropológicas (IIDH, 2010, pág. 9).

En los casos de conflictos entre la jurisdicción penal estatal y la consuetudinaria indígena, el cumplimiento de esas garantías es aún más crítico y aquí se observa especialmente, el papel de las pericias jurídico-antropológicas como pautadas en parámetros culturales distintos de aquellos pertenecientes a los demás actores institucionales del proceso (jueces, promotores y abogados).

Es muy importante que se comprenda que la pericia jurídico-antropológica o cultural no busca la inocencia, ni la falta de voluntad de una persona frente a un hecho, pues su función es analizar los hechos dentro del marco cultural indígena y aportar los elementos de juicio para el juzgador, inclusive en situaciones en que el hecho puede ser tipificado como crimen en el código del sistema de justicia estatal y, al mismo tiempo, no ser un delito desde el punto de vista cultural de la persona indígena que infringió esta regla estatal. En otras palabras, la pericia jurídico-antropológica “...es una herramienta jurídica que permite esclarecer los hechos porque se contextualizan dentro de la realidad cultural y social que los rodea...” (IIDH, 2010, pág. 9).

En ese sentido, Rosembert Arisa Santamaria puntualiza que:

La pericia jurídico-antropológica se constituye entonces como la prueba idónea que los sistemas normativos indígenas sean tomados en cuenta cuando se lleva a cabo un procedimiento jurídico en el cual éste se diferencia del derecho nacional esto es, que no se trata de analizar y juzgar un individuo solo por sus hábitos personales, sino por ser sujeto portador de una cultura creada y sustentada por un pueblo o colectividad, y por ser sujeto de un sistema



normativo propio (2010, pág.13).

En ese mismo sentido, Pedro Ixchiu García traza el siguiente concepto:

La pericia cultural también llamada pericia antropológica o pericia judicial antropológica, provee datos importantes del contexto social en que se desenvuelve el caso y aporta las pruebas sobre un hecho o conducta que provee de parámetros culturales distintos. (IIDH, 2010, pág. 51)

Y prosigue el mismo autor:

Consiste en cuestionar desde otro marco cultural, los hechos que se juzgan. Constituye un mecanismo, que permite aportar los medios de prueba que la ley contempla para acreditar que la diferencia cultural propició y condicionó una conducta tipificada como delito en los códigos del sistema jurídico oficial, pero que desde la perspectiva cultural del individuo que cometió la falta, no es”. (IIDH, 2010, pág. 51).

Frente a las balizas que deben guiar las acciones de aquellos que hacen y operan el derecho (aquí están comprendidos los legisladores, juristas, jueces, abogados y académicos) se tiene como guía la noción de que el ejercicio de la libertad como protección de derechos puede resultar de la utilización de esas solidaridades múltiples (Durkheim, 2004), o hasta de su ruptura: esa es una de las hipótesis más fértiles de las teorías del pluralismo jurídico (Roland, 2004).

Al considerar que varios son los puntos de ruptura de esa nueva noción de estado inaugurada por el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, el recurso a la pericia jurídico-antropológica representa, en concreto, una ruptura con una visión unitaria y positivista del derecho.

La superación de un sistema monojurídico con un único derecho penal, de familia y de propiedad, por un sistema plurijurídico, una nueva concepción de persona singular, plural y procesual pasando por una nueva concepción de naturaleza que incluye toda y cualquier forma de vida (Magalhaes, 2016).



Así, una vez proclamada la noción de un derecho abierto y más sensible a las especificidades que les imponen los pueblos indígenas, cabe al Estado y, en igual medida, al derecho, la superación de la crisis de legitimidad que atraviesa. En ese sentido, los recientes avances constitucionales experimentados en algunos países latinoamericanos, parecen apuntar a un futuro de muchos derechos compuestos por un sistema plurijurídico, teniendo el derecho indígena como una importante dimensión de luchas.

Conclusión

Según Fajardo (2009), en los últimos 25 años hubo 3 ciclos de reformas constitucionales en materia de derecho indígena y multicultural. El primero de ellos se inició en los años 80 caracterizado por el reconocimiento de derechos a la identidad cultural y demás derechos indígenas específicos. El segundo ciclo, iniciado en los años noventa, afirmó los derechos a la identidad y diversidad cultural ampliando la idea de nación multiétnica y la noción de estado pluricultural. El tercer ciclo ocurre en la primera década del siglo XXI, fruto de las demandas de los pueblos indígenas que buscan el reconocimiento en cuanto a naciones originarias o sujetos políticos colectivos a integrar Estado, ahora, plurinacionales.

Se constató que, apoyado en las experiencias vividas por los Estados latinoamericanos, el constitucionalismo plurinacional es o debe ser un tipo de constitucionalismo nuevo, basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales, reestructurando la institucionalidad advenida del Estado nacional (Grijalva, 2009).

Por lo tanto, debe el Estado ser dialógico, concretizante y garantista, una vez que no exista diálogo intercultural en abstracto y sin derechos que creen las condiciones de igualdad y respeto que todo diálogo y, más todavía, un diálogo intercultural requiere (Grijalva, 2009).

En este escenario, Estados como Venezuela, Ecuador, Bolivia y Perú,



iniciaron esfuerzos tendientes a institucionalizar la participación de los pueblos indígenas en el escenario político nacional por medio de ministerios, secretarías especializadas, leyes orgánicas y “componentes de transversalización de derechos indígenas” (Fajardo, 2009). Con todo, pese a los avances y las conquistas de las últimas décadas, las demandas de los liderazgos indígenas aún orbitan en temas como:

- a) Autodeterminación, autonomía y autogobierno;
- b) ejercicio del propio derecho y justicia indígena;
- c) fin de la criminalización indígena sobre la protesta social o la cultura (Wilhemi, 2009) (Fajardo, 2009).

Ante lo expuesto, queda claro que el derecho, aquí entendido como todo el conjunto normativo e interpretativo vigente en determinado territorio (*ius*, *droit*, *recht*, *law*) presenta una noción que no es correspondiente en todas las culturas; se debe, por lo tanto, saber de la no presencia universal de la categoría occidental de derecho (Sacco, 2004).

Tal vez, entonces, una herramienta que pueda ser manejada para abarcar un derecho verdaderamente pluralista, tan celebrado por el nuevo constitucionalismo latinoamericano, sea la pericia jurídico-antropológica, en calidad de facilitadora de un diálogo intercultural tan necesario en los casos en que están en juego visiones de mundo plurales que deben ser consideradas y respetadas igualmente.

Ante eso, se propugna la visión de derechos humanos como palco o mejor, dimensión de luchas, de resistencia. A esta altura, se vislumbra el nuevo constitucionalismo latinoamericano, sobre las bases de la experiencia y de participación multicultural. Y, una vez superada la crisis enfrentada por el Estado de derecho, deben estar reunidos los dos principales “...atributos de una política contra-hegemónica de derechos humanos de nuestro tiempo...” (Santos, 1995).

Supondría esto una posible refundación del Estado. Un Estado que reconocería



la existencia de una multiplicidad de culturas en el mundo y, al mismo tiempo, se reconocería en cuanto producto de coexistencia de culturas diversas en un espacio determinado sin alejar la posibilidad de que tales culturas se interinfluencien dentro de sus fronteras y más allá de estas (Santos, 2003).

Finalmente, se vislumbra una doble separación: por un lado, se debe superar la visión de Estado en cuanto a fuente única de derecho por él firmado y vigente; al lado opuesto, es preciso tomar el discurso multicultural no desde la perspectiva de una –posición global vacía– (Santos, 2003), sino como lente capaz de poner sobre la mesa de discusión y, sobre todo, de decisión diferentes perspectivas, demandas y luchas.

Referencias

- Constitución de la República del Ecuador, (2008). Recuperado de <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html>
- Durkheim, É (2004). *Da divisão do trabalho social*, 2ª ed. São Paulo, Brasil: Martins Fontes.
- Fajardo, R. Z. Y. (2009). Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. En: VERDUM, Ricardo. *Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos.
- Garavito, C. R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. (Ed), *El Derecho en América Latina. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI*. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno
- Grijalva, A. (2009). O Estado plurinacional e intercultural na constituição equatoriana de 2008. En: VERDUM, Ricardo. *Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos.



- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2010). Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas: los peritajes culturales y la visión de pobreza desde su cosmovisión. San José, Costa Rica: IIDH.
- Magalhaes, J. L. Q. (2008). Plurinacionalidade e cosmopolitismo: a diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles. *Rev. Fac. Direito UFMG* (53), 201- 216. Páginas.
- (2016). O novo constitucionalismo latino-americano 2: rupturas – diversidade. *Rev. Elec. Direito Centro Universitário Newton Paiva*. (28),
- Melo, M. P. (2013) Constitucionalismo Latino Americano: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá.
- Miranda Aponte, L. (2008). Uploading the Local: Assessing the Contemporary Relationship Between Indigenous Peoples' Land Tenure Systems and International Human Rights Law Regarding the Allocation of Traditional Lands and Resources in Latin America. *Oregon Review of International Law*. (10),
- Nações Unidas, (2008). Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Rio de Janeiro.
- Organização Internacional do Trabalho. (2011). Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais. Brasília: OIT.
- Roland, N. (2004). Direito das minorias e dos povos autóctones. Brasília: Editora da Universidade de Brasília.
- Sacco, R. (2007). Antropología jurídica. Bologna: Società editrice il Mulino.
- Santos de Souza, B. (1995). Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*. 39 (977), 105-201. Páginas.
- (2003). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.



- Trindade Cançado, A. A. (1990). *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva.
- (1997). *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- (2003). *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- Wilhelmi, M. A. (2009). Possibilidade e limites do constitucionalismo pluralista. Direitos e sujeitos na Constituição equatoriana de 2008. En: VERDUM, Ricardo. *Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos.





Normas/Instructions /Normas de Publicación

Instructions to Authours

Jeikuaauka rapetee

La Revista Jurídica es editada por el Centro de Entrenamiento del Ministerio Público, es un espacio destinado para fomentar la cultura investigativa y a incentivar, impulsar y apoyar la investigación jurídica y de otras ciencias afines que se traduzcan en aportes relevantes para la eficiencia y eficacia de la gestión fiscal. Tiene una periodicidad anual. La convocatoria es abierta a la comunidad científica nacional e internacional.

En la revista se publican artículos científicos que luego de un proceso de revisión y selección, tomando como base los siguientes parámetros, el valor científico, el rigor metodológico, la originalidad (inédito), el aporte a la función fiscal, al derecho, a las capacitaciones y su utilidad práctica.

Para la publicación del artículo se solicita al autor la firma de una carta compromiso de autoría y cesión de derechos de reproducción, en la misma el autor da fe de la autoría y originalidad de la investigación presentada, expresando su conformidad en ceder los derechos de publicación, reproducción y circulación como parte de la edición respectiva. En su caso, el autor deberá informar si su trabajo fue publicado o presentado previamente para su publicación en otros medios.

Formato general del artículo

Los artículos deben ser presentados en hoja tamaño carta, escritura a simple faz, los márgenes 2.54 izquierdo, derecho, inferior y superior en toda la hoja, la sangría a cinco espacios en la primera línea de cada párrafo, interlineado 1,5 y el texto justificado, sin espacio entre líneas y sin espacio entre párrafos.

Tipo de letra Times New Román 12 puntos. El artículo tendrá un mínimo de 15 hasta un máximo de 25 páginas incluyendo, título, resumen, desarrollo,



referencias, cuadros e imágenes si los tuviera.

Tipos de Artículos

A su vez estos artículos se distinguen, conforme a su tipo y siguiendo los lineamientos tanto de indexación y de las normas APA, en:

Artículo original: Son estudios empíricos de investigaciones originales, incluyen análisis secundarios que ponen a prueba la hipótesis, presentando nuevos análisis de datos que no se consideraron o abordaron en informes anteriores. En su estructura constan de distintas secciones que reflejan las etapas del proceso de investigación.

Artículo de revisión: Investigación que analiza, sistematiza e integra datos con la finalidad de informar al lector acerca de los avances y el estado de la investigación en curso y sugiere los pasos para resolver el problema.

Reporte de casos: Son informes obtenidos al trabajar con un individuo, un grupo o una organización. Los estudios de caso ilustran un problema; indican los medios para resolver un problema y/o arrojan luz sobre investigaciones requeridas, aplicaciones clínicas o cuestiones teóricas. En estudios de caso escritos, los autores deben determinar el balance entre proporcionar un material ilustrativo importante o emplear un material confidencial con responsabilidad.

Tema de actualidad: Artículos que aporten un real interés científico, pero sin la profundidad de un análisis crítico que requiere un artículo de investigación. Puede prescindir en su estructura de la sección métodos y materiales.

Estructura del Artículo

Título: Desprendido del tema, consiste en la forma más sucinta posible del tema a ser investigado. En lo posible se debe abarcar en pocas palabras el sentido de la investigación.



Resumen: Es una síntesis breve y global de los contenidos más importantes de la investigación, los descubrimientos básicos y las conclusiones más importantes y sus implicancias. Debe ser preciso, no evaluativo, coherente, legible y conciso. El resumen se escribe una vez terminada la investigación, en un solo párrafo y debe tener una extensión entre 150 y 250 palabras.

Palabras clave: Palabra 1, Palabra 2, Palabra 3, Palabra 4 (de 4 a 6 palabras clave que describen el contenido principal del artículo, separadas por comas).

Introducción: La introducción debe plantear el problema a identificar, el objetivo general, debe justificar los fundamentos de la investigación y delimitar sus alcances, establecer la hipótesis. Realizar una explicación de los antecedentes y/o las bases teóricas.

Marco Teórico: El marco teórico o la perspectiva teórica se integra con las teorías, los enfoques teóricos, estudios y antecedentes en general, que se refieran al problema de investigación. Para elaborar el marco teórico es necesario detectar, obtener y consultar la literatura, y otros documentos pertinentes para el problema de investigación, así como extraer y recopilar de ellos la información de interés.

Método: En esta sección se describe a detalle cómo se realizó el estudio, incluyendo las definiciones conceptuales y operacionales de las variables empleadas, así como, la teoría de recolección de datos y si fuera el caso, de las herramientas de medición que permitan evaluar la metodología, la fiabilidad y la validez de los resultados obtenidos.

Análisis de los resultados: El análisis de datos se realiza una vez que el investigador ha codificado los datos, transferido a una matriz y revisado los errores, se centra en la interpretación de los resultados. Se describen los hallazgos mediante tablas, cuadros, gráficos.

Los resultados deben ser expresados de manera clara pues implican los nuevos conocimientos que se están aportando con la investigación realizada.



Discusión/Conclusión: En la discusión/conclusión se presentan los principios, relaciones y generalizaciones que los resultados indican. Se mencionan los resultados relevantes, incluso los que van en contra de lo esperado. El autor evalúa e interpreta las implicancias, inferencias y a partir de ellas obtendrá conclusiones a la vez que se enfatiza las consecuencias teóricas o prácticas de los resultados.

Recomendación: las propuestas que se presenta a partir del análisis de los resultados y que permitirán ofrecer una alternativa para mejor o una mejor aplicación.

Referencias: Listado de libros y otras fuentes que se emplean y consultan durante la investigación y en la elaboración del marco teórico. Se lo introduce en orden alfabético por autores siguiendo las reglas del sistema internacional de referencia (APA).

En la lista de referencias, el autor escoge e incluye sólo aquellas fuentes que utilizó en su trabajo. En este sentido, “una lista de referencias cita trabajos que apoyan específicamente a un artículo en particular. En contraste, una bibliografía cita trabajos que sirvieron de fundamento o son útiles para una lectura posterior, y puede incluir notas descriptivas”. (American Psychological Association, 2002, pág. 223).

Sistema de revisión

Todos los trabajos de investigación presentados para su publicación serán revisados, evaluados y seleccionados por un equipo editor interno conformado por la Dirección de Análisis y Evaluación Curricular, el Departamento de Investigación y Publicación, el funcionario asignado para corrección de Redacción y Estilo y miembros del Consejo Editorial externo, seleccionados según su especialidad en relación con la materia objeto de investigación.

Los artículos serán evaluados a través del sistema de arbitraje por pares en la modalidad doble ciego, a fin de preservar la objetividad. Los mismos, integran



el Consejo Editorial externo. Será seleccionado un miembro por artículo para la revisión. Los evaluadores elevarán sus sugerencias de modificación, aprobación o rechazo del artículo en cuestión. En caso de disconformidad por parte del autor con la evaluación, la Dirección de Análisis y Evaluación Curricular podrá convocar a otro árbitro de modo a obtener una segunda evaluación. El dictamen final será elaborado por la Dirección de Análisis y Evaluación Curricular, sobre la base de las evaluaciones realizadas. Esta puede ser de aceptación, rechazo o condicionamiento a las modificaciones sugeridas por los revisores.

La revisión, evaluación y selección de las investigaciones serán realizadas conforme a los criterios establecidos en este Reglamento.

Criterios generales para la aceptación de artículos

Las investigaciones se evaluarán según la naturaleza del trabajo, teniendo en consideración:

- El valor científico.
- El rigor metodológico.
- Su originalidad (los artículos deben ser originales) y aporte a la función fiscal, al derecho y a las capacitaciones.
- Su utilidad práctica.

Envío de artículos

Luego de presentado el trabajo, el Consejo Editorial interno y externo designado para el efecto lo revisará, formulará las consideraciones que crea pertinentes y se expedirá a través de la Dirección de Análisis y Evaluación Curricular.

Al respecto podrá:

- Devolver el trabajo al investigador para que, en el plazo de tres días, corrija o ajuste su investigación a las reglas formales y metodológicas.



- Devolver el trabajo al investigador y fijar un plazo adicional para los cambios pertinentes si el equipo editor considera que requiere alguna modificación, ampliación, reducción, ajuste o adaptación en cuanto al contenido sustancial. En estos casos, se podrá fijar una entrevista con el investigador para exponerle las sugerencias sobre su trabajo.
- Rechazar la publicación si el trabajo no responde a las políticas de investigación, se aparta de los parámetros y reglas metodológicas o no guarda el rigor científico debido.
- Rechazar la publicación de la investigación ante la detección de cualquier indicio o elemento manifiesto de transcripción total o parcial de textos, publicaciones o cualquier documento u obra protegido por el derecho de autor, sin las debidas referencias. Esta decisión será irrecurrible.
- Aprobar el trabajo de investigación para su publicación. En caso de no ser posible su publicación en la Revista Jurídica por la limitación de plazas, si el investigador así lo indica, su trabajo quedará en expectativa para concursar por una plaza de publicación para el siguiente periodo, por lo que quedará archivado en la dirección a ese efecto. Mientras, dicha investigación será publicada en la página web del MP en el espacio designado para ese efecto. En todos los casos, las decisiones serán comunicadas al autor del trabajo de investigación.



Carta compromiso

Compromiso de autoría y cesión de derechos de reproducción

Quien suscribe, con C.I. n.º autor de la investigación titulada por intermedio de la presente, doy fe de la autoría y originalidad de la obra mencionada que se presenta ante la Dirección de Análisis y Evaluación Curricular del Centro de Entrenamiento del Ministerio Público, para ser publicada en la Revista Jurídica 7ma. Edición 2017.

Asimismo, expreso mi conformidad de ceder de forma gratuita los derechos de publicación, reproducción y circulación de esta investigación como parte de la Edición de la Revista Jurídica en forma exclusiva, al Centro de Entrenamiento del Ministerio Público.

Dicha reproducción y circulación se podrá realizar, en una o varias veces, en cualquier soporte, para todo el mundo, con fines sociales, educativos y científicos.

Se firma la presente en la Ciudad de Asunción, a losdías de..... de.....de.....

FIRMA

ACLARACIÓN

C. I. n.º

Discusión contemporánea sobre la justicia: Rawls-Habermas
ALEXIS RUBÉN GIMÉNEZ

Eficacia de las políticas de mano dura en Paraguay. Análisis a partir de datos objetivos de inseguridad en Asunción, Central y Amambay 2010-2016
**JUAN ALBERTO MARTENS MOLAS Y
RODRIGO EMANUEL ESTIGARRIBIA BENÍTEZ**

Importancia de la inteligencia estratégica para la defensa nacional
EMMANUEL NICOLÁS TSAQUIS

El VRAEM: entre el narcoterrorismo y el descaso del Estado Peruano
**DANIELLE ANNONI Y DAVID FERNANDO SANTIAGO VILLENA DEL
CARPIO**

La esclavitud del Siglo XXI en Paraguay, con referencia al derecho penal de España
**LETICIA ROSSANA CASACCIA OCAMPOS Y
MARÍA EUSEBIA SEGOVIA CABRERA VIEDMA**

Importancia de la recuperación de activos en la lucha contra el crimen organizado
SARA MARIEL SOSA VILLALBA

Ejercicio abusivo del derecho recursive
JOSÉ ÁNGEL DOS SANTOS MELGAREJO

Procedimiento especial aplicable cuando una mujer es sometida a un proceso penal
RODOLFO FABIÁN CENTURIÓN ORTÍZ

Autoría mediata por aparatos organizados de poder
**MIRIAN PATRICIA BALBUENA RÍOS, ROCÍO CELESTE BENITEZ
BAEZ, LIZ CARLA FRANCISCA ESCOBAR FRANCO, MARIO FLEITAS,
SILVINA NOEMÍ OVELAR, RUBÉN DARÍO RIQUELME**

Tratamientos aplicados a los agresores sexuales de niños
**FANNY SYBILLE ABARZÚA CABEZAS Y VÍCTOR EDUARDO ESCOBAR
SAID**

La pobreza: una cuestión de derechos humanos
ROLANDO E. GIALDINO

Análisis de la situación de pobreza de las mujeres privadas de libertad
DORIS FÁTIMA OJEDA DE YNSFRÁN

La administración de justicia intercultural en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano: el papel de las pericias jurídico-antropológicas
**SILVIA MARÍA DA SILVEIRA LOUREIRO, MARCELLO PHILLIPE
AGUIAR MARTINS Y CAIO HENRIQUE FAUTINO DA SILVA**

latindex

