

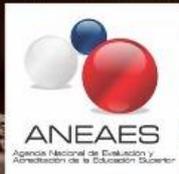
REVISTA JURÍDICA DEL CIDUPE

ISSN 2518 - 8194

Volumen 7 | Año 6 | 2023



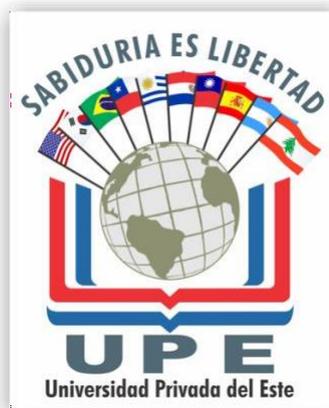
ACREDITADA



UPE
UNIVERSIDAD PRIVADA DEL ESTE
Filial Ciudad del Este



Cidupe
Centro de Investigaciones en
Derecho y Ciencias Sociales de
la Universidad Privada del Este



Rector

Dr. Roberto González Vaesken

Vicerrector

Mag. Econ. Canicio Wilfrido Soria Ávalos

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales

Dr. Lulio Vicente Gamarra Medina

**Directora Académica de la Facultad de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales
Sede Ciudad del Este**

Mag. Lidia Fleitas de Gavilán

**Coordinador de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas Políticas y
Sociales**

Sede Ciudad del Este

Abog Especialista. Hector Benegas Matiauda

**Director del Centro de Investigaciones en Derecho y Ciencias Sociales de la
Universidad Privada del Este – Sede Ciudad del Este - CIDUPE**

Dr. Carlos Rubén Galeano Arias

Consejo Editorial

Dr. Roberto González Vaesken

Dr. Lulio Vicente Gamarra Medina

Dr. Carlos Rubén Galeano Arias.

Mag. María Luisa Hermosilla

Mag. Hector Casiano Piris da Motta

Abog Especialista. Hector Benegas Matiauda

**CENTRO DE INVESTIGACIONES EN DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA DEL ESTE
(CIDUPE)**

Sedes

Ciudad Presidente Franco – Ciudad del Este

Publicación semestral del Centro de Investigaciones en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Privada del Este (CIDUPE), Sede Ciudad Presidente Franco y Sede Ciudad del Este, queda prohibida su reproducción total o parcial sin la citación expresa de la fuente.

Editores:

Dr. Roberto González Vaesken

Dr. Lulio Vicente Gamarra Medina

Dr. Carlos Rubén Galeano Arias.

Mag. María Luisa Hermosilla

Mag. Hector Casiano Piris da Motta

Abog Especialista. Hector Benegas Matiauda
Diagramación:

Diseño de tapa y arte: Dirección de Comunicaciones de la UPE, Pdte. Franco.

La opinión de los autores de los artículos de la presente edición es de entera responsabilidad de los mismos. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta Revista, se solidarice con su contenido.

Esta publicación es de distribución gratuita y se encuentra disponible en formato digital en las páginas: www.upe.edu.py – www.upecde.edu.py

Dirección Sede Presidente Franco: Area 5. Avda. Ñe’embucú esq. Ca’azapá. Ciudad Presidente Franco – Paraguay.

Contactos: (595+61)550055-552304/5

www.upe.edu.py cidupe@upe.edu.py

Dirección Sede Ciudad del Este: B° Mburucuya, Km. 6.800
Ruta Internacional José G. Rodríguez de Francia. Ciudad del Este – Paraguay.

Contactos: (595+61)575876 - 579441/2

www.upecde.edu.py revistajuridicacidupe@upecde.edu.py

Editorial

Es indudable que para la academia en su conjunto, para las universidades y para la sociedad en general, resulta beneficioso que las ideas se mezclen y contrasten constantemente, que la investigación amplíe la reflexión sobre temas que hacen a las diversas ramas de las Ciencias Jurídicas, y es precisamente con este propósito que la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Privada del Este, presenta la Revista Jurídica del CIDUPE.

Desde nuestra Revista, sumamos nuestro aporte, que abre un espacio para la publicación de pensamientos, reflexiones, opiniones y presentaciones sobre diversos aspectos de la realidad nacional. Desde una perspectiva de las ciencias jurídicas y sociales, podemos analizar y abordar este tema con la mayor honestidad y rigor intelectual gracias a los destacados docentes, académicos, profesionales y abogados que año tras año nos honran con sus escritos.

En realidad, esta publicación es un espacio de difusión y debate de las ideas esenciales y características del modelo de democracia participativa y pluralista propugnado en nuestra carta magna. Por ello, continuamos promoviendo y mejorándolo como un aporte permanente a la comunidad a la que sirve nuestra universidad.

Agradecemos la colaboración de Docentes, Estudiantes y egresados de nuestra querida Facultad quienes ayudaron para consolidar esta publicación que es una expresión concreta de este compromiso con la reflexión, la investigación y las aportaciones académicas.

Dr. Carlos Rubén Galeano Arias
Director del CIDUPE

ÍNDICE

Editorial.....	4
ÍNDICE	5
DOCTRINA NACIONAL.....	7
EXPLORANDO PROPUESTAS INNOVADORAS PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL FORTALECIMIENTO DEL ROL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO Y UNA NUEVA PERSPECTIVA EN LA DESIGNACIÓN DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO	7
Carlos Rubén Galeano Arias	7
EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS.....	22
Lulio Vicente Gamarra Medina	22
“EL LÓBULO FRONTAL Y LA CONDUCTA CRIMINAL”.....	50
Héctor Casiano Piris Da Motta	50
María Luisa Hermosilla	50
SERES SENTIENTES NO HUMANOS COMO SUJETOS DE DERECHO: IMPLICANCIAS DE ESTE NUEVO PARADIGMA	62
Viviana Alejandra De Fátima Zárate Camarasa	62
EL EQUILIBRIO DE PODERES: UNA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL PARA OPTIMIZAR LAS FACULTADES DE CONTROL ENTRE EL PODER EJECUTIVO Y LEGISLATIVO.....	75
Héctor Fernando Benegas Matiauda	75
DETERMINAR LOS ALCANCES DE LA PRUEBA PERICIAL PARA LA ACREDITACIÓN DE LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN LOS HECHOS PUNIBLES DE VIOLENCIA FAMILIAR.....	89
Hugo Fernando Flores Men	89
EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. UN CONTRATO EXTRAÑAMENTE ATÍPICO	105
Mario Damián Duarte Duré	105
PRINCIPIO DEL JUICIO PREVIO – Art. 17 inc. 3 -C. N. CONEXIÓN Y FUNCIONES CON EL PLEXO PROCESAL	129
Diego Sánchez, César Quiñonez, Rummy Rojas, Hugo Pérez	129
LA IMPRUDENCIA DE LOS COMUNICADORES SOCIALES: DEMÉRITO DE LA LIBERTAD DE PRENSA EN EL PARAGUAY.....	155
Derlis Gustavo López Vera.....	155
Ruth Vanessa Rodríguez Hrinčan	155

Teresita Fernanda Plate.....	155
Alejandro Daniel Acosta Delvalle.....	155
María Luisa Hermosilla	155
“EL MATRIMONIO IGUALITARIO UN DERECHO HUMANO NO CONTEMPLADO EN LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA”	169
Fernanda Arami Mendoza Giménez.....	169
Luna Micaela Gómez Fernández.....	169
Alejandro Daniel Acosta Delvalle.....	169
María Luisa Hermosilla de Olmedo	169
REGULACIÓN DEL CIBERDELITO: PARAGUAY Y EL CONTEXTO INTERNACIONAL	184
Lilian Nayeli Martínez.....	184
Héctor Fernando Benegas Matiauda	184

DOCTRINA NACIONAL

EXPLORANDO PROPUESTAS INNOVADORAS PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL FORTALECIMIENTO DEL ROL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO Y UNA NUEVA PERSPECTIVA EN LA DESIGNACIÓN DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Carlos Rubén Galeano Arias ¹

RESUMEN

La Constitución Nacional vigente, promulgada aquel memorable 20 de junio de 1.992 fue, sin dudas, la mejor de todas las anteriores, pues fue concebida en los albores de la era democrática, iniciada el 2 y 3 de febrero de 1.989, acontecimiento que marca el fin de 34 años de régimen autoritario. Claro está que el haber concebido una nueva Constitución Nacional fue apenas el inicio de lo que llamamos la “transición democrática” porque la teleología del Estado enfocada en la democracia es una meta que siempre debe ser perseguida. Es por ello que debemos asumir que la sociedad va adquiriendo expectativas innovadoras, en búsqueda del tan ansiado bienestar colectivo, por lo que la constitución formal debe acompañar a esa cambiante sociedad. Son estos los motivos por los cuales luego de un tiempo se amerita la reforma constitucional con actualizaciones en varios aspectos, entre las cuales, las dos instituciones que abordamos en esta obra, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público. En lo atinente a la Defensoría del Pueblo, se podría ampliar sus roles de modo a tener una incidencia procesal más activa para el cumplimiento de su finalidad de amparo a los sectores más vulnerables de la sociedad. Por otro lado, el Ministerio Público debe tener un sistema que represente plenamente a la sociedad, mediante el perfeccionamiento del proceso de elección del titular de la Fiscalía General del Estado, liberándolo de vinculación política con el Poder Ejecutivo, es decir, que sea en toda su extensión un verdadero órgano extra-poder.

¹ CARLOS RUBÉN GALEANO ARIAS, Abogado por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Egresado de Honor, Doctor en Derecho por la Universidad Privada del Este en el área de Derecho Internacional Público. Especialista en Didáctica Universitaria y Evaluación en la Educación Superior. Obtuvo un Diplomado en Investigación Científica. Dictó varios cursos y conferencias en distintas áreas del Derecho como también en programas de Radio y TV Digital. Es docente en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, la Universidad Privada del Este y Universidad Internacional Tres Fronteras en cursos de grado. Es docente del Curso de Maestría y Doctorado y Miembro del Comité de Evaluación de la Universidad Privada del Este. Docente en el Programa de Maestría en Auditoría y Tributación de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Ejerce como docente del curso de doctorado en la Universidad de la Integración de las Américas (UNIDA). Es miembro del Colegiado de Evaluación de Tesis en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción en el Programa de Maestría en Derecho Procesal e integrante del Tribunal de Tesis de dicho programa. Estuvo en la función pública en la Fiscalía de Ciudad del Este y es abogado litigante.

Palabras clave: Democracia, Régimen autoritario, Transición democrática, Estado Sociedad, Bienestar colectivo, Reforma constitucional

ABSTRACT

The current National Constitution, promulgated on that memorable June 20, 1992, was, without a doubt, the best of all the previous ones, since it was conceived at the dawn of the democratic era, which began on February 2 and 3, 1989, an event that marks the end of 34 years of authoritarian regime. Of course, having conceived a new National Constitution was just the beginning of what we call the “democratic transition” because the teleology of the State focused on democracy is a goal that must always be pursued. That is why we must assume that society is acquiring innovative expectations, in search of the long-awaited collective well-being, which is why the formal constitution must accompany this changing society. These are the reasons why, after a while, constitutional reform is warranted with updates in various aspects, among which, the two institutions that we address in this work, the Ombudsman's Office and the Public Ministry. Regarding the Ombudsman's Office, its roles could be expanded so as to have a more active procedural impact to fulfill its purpose of protecting the most vulnerable sectors of society. On the other hand, the Public Ministry must have a system that fully represents society, by perfecting the process of electing the head of the State Attorney General's Office, freeing him from political links with the Executive Branch, that is, making it its extension a true extra-power organ.

Keywords: Democracy, Authoritarian regime, Democratic transition, State Society, Collective well-being, Constitutional reform

INTRODUCCIÓN

El Paraguay desde 1.989 hasta los tiempos actuales, se encuentra inmerso en un estado político sin precedentes en toda su historia, que si tomado como referencia el inicio del periodo de dominio imperial español, -15 de agosto de 1.537, fecha en que fue fundada Asunción-, sumado el periodo de la vida independiente 1.811-actualidad-, registra poco menos que 500 años de historia. De todo este tiempo solo los últimos 34 años vivimos de manera continua en una democracia, pero democracia en sentido genérico porque es indudable que gozamos actualmente de libertad de expresión, de manifestación, libertad ambulatoria, empero tales indicadores son solo una parte, un aspecto de lo que entendemos por Estado Democrático Social de Derecho pues, otros factores como la igualdad, calidad de vida, educación, acceso a la justicia en el sentido que los beneficios de tales factores lleguen de manera homogénea a la población, están aún muy lejos de cumplirse, por lo que es categórico afirmar que no gozamos de una democracia perfecta en su amplio sentido, es decir, aunque formalmente seamos un Estado de Derecho, estamos lejos de ser un “Estado de Justicia” habida cuenta que el

Estado no puede pretender formalmente un ropaje de “Estado de Derecho” desde una perspectiva solo positivista, debe recoger los más altos valores axiológicos proveídos por la Filosofía del Derecho, por tanto, actualizarse constantemente, crear instituciones que sean capaces de hacer valer efectivamente esos derechos.

En este aspecto es dable destacar lo que Bidart Campos da en llamar “Estado de Justicia” cuando afirma que: *“el formalismo de que haya un derecho creado por el estado al cual éste se somete voluntariamente, peca por deficiencia, y que el contenido justo del derecho estatal no pueda quedar librado a una autolimitación sino que debe derivar de un orden objetivo de justicia, que es el derecho natural. Por eso rechazamos la noción de “estado de derecho” afiliada al positivismo y a la teoría de la autolimitación, y la sustituimos por la de “estado de justicia” derivada de la acepción del derecho natural.* (Campos Bidart 1.991).

Obviamente ese modelo de estado que al decir del citado gran maestro argentino, es más apropiado llamarlo de “estado de justicia”, fue diseñado de manera innovadora en la Constitución de 1.992 porque representa el anhelo de los “Ciudadanos Constituyentes” por recoger los más grandes axiomas proveídos por una conciencia filosófica del Derecho, pero en muchos aspectos, solo ha quedado en lo que da en llamarse estado ideal, no se refleja en el estado empírico. Si nos referimos a un estado de justicia por tanto es dable considerar que el concepto de lo que entendemos por Estado de Derecho en sentido formal es insuficiente, un estado de justicia es aquel que efectivamente garantiza ampliamente la eficacia de los derechos individuales y los derechos de posteriores generaciones, como los sociales y políticos y los Derechos Humanos, por lo que las normas constitucionales deben garantizar no solo ese estado de vigencia de las leyes, sino que también crear instituciones eficaces que garanticen promuevan y hagan tangible los derechos humanos.

No obstante, aunque indudablemente la Constitución actualmente vigente es la mejor que hemos tenido, deberán ser analizados los logros y los aspectos que deberían ser modificados para adecuarlos a las actuales pretensiones de una población aun sedienta de aquel estado ideal o “estado de justicia” que para muchos sectores de la sociedad resulta verdaderamente utópico, por lo que a continuación desarrollaremos los logros obtenidos con la Constitución Nacional vigente respecto a estas dos instituciones abordadas -Defensoría del Pueblo y Ministerio Público- como también los aspectos a ser considerados en su reforma cuya necesidad se hace evidente a sus 31 años de vigencia.

DESARROLLO

INNOVACIONES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1.992 SUS VENTAJAS Y DEFICIENCIAS. SUGERENCIA DE MEJORAS

DEFENSOR DEL PUEBLO

La actual Constitución Nacional en sus artículos 276 al 280 dedica un capítulo a la figura del Defensor del Pueblo lo cual constituye una verdadera novedad respecto a las anteriores constituciones que fueron concebidas, la mayoría de ellas, bajo regímenes autoritarios y tal figura simplemente sería inconcebible para los intereses de los gobernantes autocráticos de aquellos tiempos, en efecto, nos referimos más específicamente a las de 1.940 y 1.967 ambas promulgadas para y por gobiernos autoritarios militaristas y con rasgos evidentemente fascistas.

La mal llamada Constitución de 1.940 ni siquiera puede considerarse una Constitución, se trata de una Carta Política al no provenir de una Convención Nacional Constituyente. En cuanto a la de 1.967, fue una buena constitución desde el punto de vista formal, por cuanto que ha sido producto de una Asamblea Constituyente y ha introducido principios importantes en lo atinente a los derechos ciudadanos, pero con graves deficiencias en lo que respecta a unos los más elementales postulados del principio republicano cual es el del equilibrio e independencia de poderes pues daba una clara preeminencia al Poder Ejecutivo además, su promulgación respondió a los intereses del “dictador Alfredo Stroessner” para buscar su reelección y así, dar la cosmética de un gobierno democrático

Es harto conocido, que el gobierno de Stroessner en nada tenía legitimidad de ejercicio, por lo que obviamente con estas características no se daban en lo mínimo las condiciones para que exista ni por asomo alguna institución siquiera que se pareciera al Defensor del Pueblo, debido a que la cuestión de Derechos Humanos se ve plenamente deficitaria y hasta inexistentes con los gobiernos autoritarios, obviamente con otro rasgo importante a resaltar cual es la de ausencia de supranacionalidad. Recordemos que el Paraguay solo se ha adherido al Pacto de San José de Costa Rica y por tanto a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de 1.989.

Ahora bien, es preciso conceptualizar lo que se entiende por la figura del Defensor del Pueblo, institución esta surgida por primera vez en la Constitución Sueca de 1.809 denominado “*Ombudsman*” por tanto, de origen escandinavo, pero ampliamente difundido en los sistemas normativos constitucionales iberoamericanos.

El autor Donad Row citado por el profesor Justo Prieto expresa tres características resaltantes del Ombudsman y al respecto menciona: *“El Ombudsman es un funcionario autónomo sin vinculación con los partidos políticos pero que depende de una manera flexible en la mayor parte de los casos del órgano legislativo -ya que recientemente se le puede situar dentro del Ejecutivo- que normalmente está regulado por los textos constitucionales, y tiene como función la fiscalización de la Administración; b) conoce de las quejas específicas del público contra la injusticia, y la defectuosa actividad de las autoridades administrativas: c) Posee la facultad de investigar, criticar y publicar, pero no la de revocar o anular los actos de las propias autoridades administrativas. (Prieto Justo José, 1.987)*

Asimismo, importante mencionar la obra de Firen Guillen Víctor citado por Martin Minguijón Ana Rosa en una publicación de la Revista de la UNAM en donde se consigna que: *“se pretendía garantizar los derechos de los ciudadanos mediante la supervisión de la actividad de la administración a través de un representante del pueblo elegido por el Parlamento”* (Fairén Guillen, Víctor, El Defensor del Pueblo — Ombudsman—, 2 vols., Madrid, Centro de Estudios Profesionales, 1986, citado en la obra publicada en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Obviamente, si analizamos estas conceptualizaciones, vemos que el Defensor Del Pueblo posee amplitud de funciones según sea la necesidad política y la realidad social de cada ambiente, pues bien puede ser un comisionado parlamentario, como es nuestro caso, o puede ser designado incluso por el Poder Ejecutivo para cumplir funciones de contralor, puede que sus atribuciones estén más restringidas o sean más amplias. En la Constitución de 1.992 su función es la de Comisionado Parlamentario, tal como se expresa en el artículo 276 en los siguientes términos *“El defensor del pueblo es un comisionado parlamentario cuyas funciones son la defensa de los derechos humanos, la canalización de los reclamos populares, y la profesión de los intereses comunitarios. En ningún caso tendrá competencia judicial y ni función ejecutiva”* En el artículo 279² están

² Artículo 276 de la Constitución Nacional: Son deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo: 1. recibir e investigar denuncias, quejas y reclamos contra violaciones de los derechos humanos y otros hechos que establecen esta Constitución y la ley. 2. requerir de las autoridades en sus diversos niveles, incluyendo los de los órganos policiales y los de seguridad en general, información para el mejor ejercicio de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna. Podrá acceder a los sitios donde se denuncie la comisión de tales hechos. Es también de su competencia actuar de oficio; 3. emitir censura pública por actos o comportamientos contrarios a los derechos humanos; 4. Informar anualmente de sus gestiones a las Cámaras del Congreso; 5. elaborar y divulgar informes sobre la situación de los derechos humanos que, a su juicio, requieran pronta atención pública, y 6. los demás deberes y atribuciones que fije la ley.

regladas sus deberes y atribuciones que actualmente lo convierte en una figura mucho más amplia que la de mero supervisor o informante de las buenas o malas gestiones de la Administración Pública,

El Defensor del Pueblo según como sus funciones están normativamente configuradas en la Constitución Nacional vigente, es un verdadero promotor de los Derechos Humanos y de los intereses comunitarios, pues como se observa en las precitadas normas constitucionales, entre las varias de sus funciones resalta que no se limita a la de recibir quejas o denuncias, sino la de requerir información a las autoridades públicas incluyendo los órganos policiales y de seguridad general, sin que pueda oponérsele reserva alguna, con la facultad de actuar incluso de oficio. Evidentemente, es una figura que podríamos incluso calificarla de imprescindible en un sistema democrático porque se erige como un verdadero “contralor y promotor de la Democracia y del Estado de Derecho”, pues como prevé las citadas normativas constitucionales, sus funciones se extienden incluso a la posibilidad de emitir censura pública. Sus atribuciones están regladas con mayor precisión en la Ley 631/1.995.

Ya los Ciudadanos Constituyentes que han tomado parte en la génesis de esta Constitución vigente han visto la necesidad imperiosa y han fundamentado su incorporación a lo que en aquellos tiempos era nuestra “Nueva Constitución” en las palabras de la Convencional Susana Morínigo en los siguientes términos: *“Esta institución de Ombudsman o el Defensor del Pueblo como ya señalara el preopinante, es de origen nórdico, pero es una figura incorporada a diversas Constituciones europeas y americanas y, en los hechos ha demostrado su eficacia; por sobre todo, busca frenar los abusos del Poder Estatal y porque los órganos de procedimientos tradicionales han sido ineficaces. El defensor se constituye en un eficaz colaborador de la Administración Pública en el sentido de buscar que ésta esté en una situación democrática y tenga una mayor preocupación por la defensa de los derechos y de las libertades de los ciudadanos. La institución del Defensor del Pueblo por sobre todo, no busca poner un remedio mágico a los problemas, pero sí la subsistencia de estos derechos necesariamente tiene que ver con la consagración de instituciones de control como es la del Defensor del Pueblo. Gracias a ella, se podrá también ejercer un verdadero y eficaz control de la Administración Pública. La situación en especial del Paraguay, como consecuencia, de 35 años de despotismo que derivó en una ausencia de las libertades y de las garantías individuales, con seguridad va a ser superada, o por lo menos, va a contribuir a su superación con la incorporación de esta institución a la Constitución Política del Estado.*

Por ello, entonces, debemos apoyarla y defenderla de manera que estos derechos que estamos consagrando tengan realmente plena vigencia.” (MORINIGO SUSANA. Diario de Sesiones N° 38 página 25, plenaria) (Plano de Egea, J. Manuel (compilador) CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY CON SUS FUNDAMENTOS 1.992 Primera Edición)

Aspectos en el rol del Defensor de Pueblo que podrían mejorarse en cuanto a su legitimación procesal para promover acciones judiciales que garanticen mayor eficacia y tangibilidad en el ejercicio de sus funciones: Tanto la Constitución Nacional como la citada Ley 631/1.995 otorgan amplias facultades y posibilidades al Defensor de Pueblo, lo cual es indudable. Sin embargo, a los efectos de lograr una mayor y plena eficacia de sus labores, deberían ampliarse, desde el punto de vista procesal su legitimación activa para actuar en los procesos incluso como litigante cuando las circunstancias especiales que deban ser también reglamentadas lo ameriten, por ejemplo, incluirse en el Código Procesal Penal su rol como parte cuando promueva acciones en representación de sectores especialmente vulnerables, como sería por citar, integrantes de comunidades indígenas o personas que puedan demostrar que se encuentren en grave situación de abandono e indigencia y cuyo caso requiera mayor sensibilidad.

Esta función más incisiva en el proceso se daría cuando no pueda ser suficiente la asistencia por parte del Ministerio de la Defensa Pública, pues bien se sabe que, aún acceder a la asistencia de un defensor público podría ser en la práctica difícil, puesto que dicha institución posee limitaciones operativas que en lo pragmático implica, al menos mínimamente, la colaboración de las personas que recurran a los servicios de esta dependencia, (tramitar oficios, obtener documentaciones, fotocopias, traslado frecuente de las personas asistidas por la Defensoría Pública entre otras) y que su falta de acceso a la justicia también implica violación de los Derechos Humanos. Claro está, que la ley debería definir exactamente en qué casos y circunstancias deba atender el Defensor del Pueblo y ello solo se daría cuando los afectados se encuentren en situaciones donde directamente estén violados sus Derechos Humanos y cuando el mismo acceso a la justicia le sea impracticable aún ante la gratuidad del servicio de las instituciones públicas ya vigentes.

En otras palabras, el Defensor del Pueblo asumiría funciones muy similares a la del Ministerio de la Defensa Pública, pero más específicamente circunscripta tales funciones a lo que atañe a los Derechos Humanos, y a la defensa de los intereses difusos

que pudiesen estar contemplados dentro del marco de los Derechos de la Colectividad y vinculados a los Derechos Humanos. Siendo más claro, sabemos, el Ministerio de la Defensa Pública abarca una infinidad, un abanico de casos que rebasan su capacidad operativa, a pesar que sus integrantes sean capacitados y altamente formados jurídicamente, lo cual resta posibilidad de una atención más inmediata y específica, a sectores que en materia de Derechos Humanos están postergados por un Estado que por omisión los mantiene rezagados por a la imposibilidad absoluta de estos en cuanto al acceso a la justicia, incluso muchas veces, los criminaliza como es el caso del sector del campesinado (lo que Günther Jakobs, llama Derecho Penal del enemigo) si bien entre las filas de estos grupos pudieran haber oportunistas o agitadores, quizás grupos incluso antagonistas del mismo Estado que inciten a la violencia, a la sedición y la lucha armada, por otro lado, también existen de entre esos campesinos, paraguayos y paraguayas, niños mujeres y ancianos que reivindican solamente un justo derecho de ser atendidos por el Estado en cuando a los beneficios que pudiera implicar una reforma agraria.

En lo que respecta a la Reforma Agraria aplicada estrictamente en el marco de un Constitucionalismo Social, puede perfectamente coexistir con el Derecho a la Propiedad Privada también de rango constitucional, de hecho, no puede existir colisión entre principios de rango constitucionales, lo que ocurre es que en un estado cuya Reforma Agraria es mal aplicada o inexistente, condena al abandono y a la postergación, a la inequidad social a muchos sectores, y en especial al sector del Paraguay rural y a los pueblos indígenas que con la ampliación de funciones del Defensor del Pueblo pueden tener quien los represente activamente en las acciones que atañen a promover sus Derechos Humanos, por ejemplo, la recuperación de tierras o inmuebles bajo dominio privado o sectores económicos especuladores que los han obtenido de manera espuria o incluso amparar a familias paraguayas o de grupos indígenas que hayan sido despojados ilegítimamente en tiempos del autoritarismo, cuyas acciones que pudieran promoverse son imprescriptibles por cuanto que implica violaciones a sus Derechos Humanos, aquellos sectores de la lucha agraria campesina que con justicia deban reclamar indemnizaciones por parte del Estado, que fueron víctimas de las represiones en tiempos de la llamada “dictadura”, entre muchas otras situaciones que ameritarían una atención más directa, especializada y específica de la Defensoría del Pueblo.

Más concretamente, los pueblos indígenas constituyen un sector de la población especialmente vulnerable y que permanentemente están sufriendo violaciones de sus

Derechos Humanos, tanto por el propio Estado por omisión, al no darles la debida atención y por inacción, como también frente a grupos o sectores privados que abiertamente atentan contra los derechos fundamentales de estos grupos tan vulnerables, que por sus características culturales, étnicas e incluso su situación de extrema pobreza y desamparo, ni siquiera les permitiría acceso mínimo a la justicia, además de sufrir permanentemente menoscabo en sus derechos por parte de grupos que detentan grandes ventajas naturales frente a ellos, por lo que sus derechos deberían ser defendidos eficaz y tangiblemente dentro de los procesos mediante la concurrencia directa del Defensor del Pueblo como litigante, -procesalmente contextualizado- independientemente de la función constitucional que corresponde al Ministerio Público conforme a lo previsto en el artículo 268 inciso 2 de la Constitución Nacional. Si bien en la Ley de la Defensoría del Pueblo está contemplada la posibilidad de ejercer acciones especialmente a lo que atañe a las Garantías Constitucionales, la legislación procesal debe ser más directa y específica en reglamentar esta posibilidad.

Posibilidad que el Defensor del Pueblo pueda tener participación en los procesos penales y civiles en promoción de los derechos de las víctimas en materia de Derechos Humanos: Al abordar este tema, es preciso antes que nada aclarar que no pretendemos presentar en este material proyectos de Ley articulados, esto sería objeto de otra tarea más minuciosa. Sin embargo, el objetivo es lanzar ideas y postulados dogmáticos de modo a que el lector pueda tener una idea de las necesidades de innovación en algunos aspectos que puedan tenerse presente en la reforma constitucional.

Dicho esto, y como ya lo había adelantado, la Constitución Nacional y la Ley establecen amplias facultades al Defensor del Pueblo en el cumplimiento de su cometido. Sin embargo, a los efectos de hacerlo aún más tangible en la promoción de esos derechos, podría ser ampliada sus atribuciones en el sentido de incorporar en la norma constitucional además de contemplar todos los aspectos actualmente indicados en el artículo 276 de la Constitución Nacional, podría incorporarse expresamente entre las atribuciones del Defensor del Pueblo (Ombudsman) la de promover las acciones correspondientes ante cualquier fuero a los efectos de garantizar y en su caso obtener el reconocimiento de los Derechos Humanos, en representación de víctimas o sectores sociales especialmente vulnerables, cuando específicamente impliquen violaciones a Derechos Humanos, y tales sectores no puedan recurrir a otros medios ordinarios de promover la acción civil o penal que les correspondan. Más concretamente, en la primera

línea de vulnerabilidad podemos advertir el caso de los pueblos indígenas cuando pretendan realizar acciones penales por genocidio, o promover indemnizaciones en el ámbito civil.

En este aspecto, cabe resaltar que el artículo 10 de la Ley 631/95 establece en su inciso 7 la atribución de interponer habeas corpus y amparos, en su inciso 8, la de actuar de oficio o a petición de parte para la defensa de los derechos humanos la canalización de los reclamos populares y la protección de los intereses comunitarios, en el inciso 9, la de ejercer las acciones tendientes a la protección de los intereses difusos. Sin embargo, tales atribuciones aún le otorga una posibilidad muy acotada de ejercer las acciones civiles y penales en representación de las víctimas de hechos que sean contextualizados en el ámbito de los Derechos Humanos o de los Intereses Difusos, puesto que en la precitada Ley debería estar de manera más precisa la de asumir la acción como parte litigante en los procesos donde deba actuar.

Como ejemplo de lo dicho en el párrafo precedente, en el ámbito Procesal Penal, además del Ministerio Público y el Querellante Adhesivo, debería incluirse al Defensor del Pueblo con legitimación activa para representar a las víctimas especialmente vulnerables y que de acuerdo a las especificaciones mayores que una reforma constitucional pudiera dar, se encuentren sin posibilidades de recurrir a otros medios convencionales de ser representados en el proceso. Obviamente, deberá definirse concretamente que su actuación deberá estar restringida a cuestiones de violaciones a los Derechos Humanos, y quienes serían esos sectores especialmente vulnerables en estos ámbitos que generen la necesidad de ser representados por el Defensor del Pueblo, por su condición peculiar, el entorno socioambiental donde residan y como ya lo venimos afirmando reiteradamente, los pueblos indígenas, la mujer campesina que fuere víctima de la violación de sus derechos, los niños que se encuentren en áreas llamadas marginadas del resto de la sociedad, puesto que estos grupos de personas se encuentran alejados de las posibilidades mínimas de atención, ni siquiera el acceso material a los órganos convencionales como serían, los entes públicos protectores de los pueblos indígenas, el Ministerio de la Mujer, las dependencias públicas (CODENI) o las Unidades Fiscales del Ministerio Público donde puedan recibir una atención eficaz, puesto que su lejanía tanto cuantitativa como cualitativa de estos centros de ayuda tornan intangible la asistencia que puedan recibir de acuerdo a la competencia que la Constitución y las leyes definen para estos citados órganos convencionales. Es ahí en donde la Defensoría del Pueblo debería concurrir y llegar hasta los sectores más alejados y carenciados de la sociedad, proveer

los medios jurídicos y materiales, acercar a las víctimas y representarlas formalmente en los procesos sean civiles o penales.

Como hemos visto en la reseña sobre la contextualización del instituto de la Defensoría del Pueblo, sus atribuciones son variadas, según el enfoque constitucional que le sea dado, desde un fiscalizador designado por el propio Poder Ejecutivo para controlar a las demás instituciones e informar las irregularidades que detecte, hasta la de un comisionado parlamentario con amplitud de funciones cuyo eje es la promoción de los Derechos Humanos, con la amplitud de funciones definidas en la propia Constitución Nacional y en la Ley. Sin embargo, dada la realidad propia del Paraguay con graves inequidades sociales y sectores marginados, no integrados ni si quiera a los servicios mínimos del Estado, sean ellos de infraestructura, sean de acceso a la justicia, es preciso ampliar las funciones de un órgano que no esté en relación de dependencia directa con ninguno de los poderes del Estado.

Teniendo en cuenta las afirmaciones que venimos señalando, cabría entonces a una institución versátil como lo es la Defensoría del Pueblo en el sentido en que vaya a la búsqueda de esos sectores que no puedan acceder a los medios mínimos ni a los órganos convencionales de asistencias, por lo que literalmente el Defensor del Pueblo con las funciones ampliadas deberá acudir a esos sectores marginados, brindarles institucionalmente los medios jurídicos y materiales de acceso a la administración de justicia de modo eficaz y, representarlos en los procesos para la reivindicación de sus derechos, esto obviamente solo será posible mediante:

- La ampliación de funciones de, Ombudsman mediante la Reforma Constitucional.

- La ampliación de la Ley 631/95 ORGÁNICA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO de modo a convertir al Defensor del Pueblo en un litigante activo en los procesos en representación de las personas que necesiten una asistencia efectiva y que se encuentren en la situación de vulnerabilidad conforme lo ya mencionado, en los diversos fueros donde su asistencia fuese necesaria.

- La previsión normativa constitucional de un porcentaje fijo en la asignación de recursos en el Presupuesto General de Gastos de la Nación.

Ministerio Público, la Constitución Nacional de 1.992 lo ha contextualizado genuinamente en lo que debe ser su verdadero rol, empero cabe resaltar aspectos a mejorar en lo referente al proceso de elección del Fiscal General del Estado a ser tenido en cuenta en la reforma de la Constitucional: Decía el maestro Dr. Justo Prieto

en una entrevista brindada por el mismo (ABC, noviembre 22 de 1982, p 18) citado en Prieto Justo José CONSTITUCIÓN Y RÉGIMEN CONSTITUCIONAL 1.987) comentario realizado por el mencionado catedrático cuando criticaba un dictamen de la Fiscalía General del Estado en el marco de una detención ordenada por el Poder Ejecutivo y al respecto expresaba cuanto sigue: *“El Fiscal General del Estado no es un satélite del Poder Ejecutivo, ni su ciego defensor. Su misión es la de llamar la atención del funcionario público, velar porque no incurra en injusticia y, llegado el caso virilmente, con energía y hasta con riesgo, llevar a la justicia al mal funcionario. Temo que el mencionado dictamen del Fiscal General del Estado se aparta un tanto de tan bello, como postergado ideal.”*

Obviamente aquellos años -1.982- eran tiempos tenebrosos del autoritarismo o del Stronismo y reflejado, como es de esperarse en un sistema autocrático, la sumisión del Fiscal General del Estado y de todo el funcionariado público a los mandos verticalistas del sistema autocrático y militar que nos tocó vivir en esos tiempos. Sin embargo, el profesor Prieto al reflejar las falencias al tiempo de indicar cual debería ser la verdadera misión del titular del Ministerio Público, sus palabras resuenan tan actuales, hoy día en tiempos democráticos, porque aún hoy sigue un sistema de comprometimiento político del Ministerio Público hacia el Poder Ejecutivo, de sumisión, cuya génesis podría hallarse en el proceso de selección del Fiscal General del Estado.

Actualmente, el artículo 269 de la Constitución Nacional establece que el Fiscal General del Estado *“...Es nombrado por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del senado, a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura”* Obviamente, al estar tal designación supeditada nuevamente al Poder Ejecutivo, esto implica un comprometimiento político del titular del Ministerio Público por las características particularidades de la dinámica política que se sabe se rige en el marco del sistema de “favores y contra-favores” además de responder a priori a intereses unilaterales del Poder Ejecutivo como ya ha quedado demostrado en el escenario político de la época democrática, con relación a los tiempos del autoritarismo obviamente tal como lo apuntara más arriba el eximio constitucionalista Dr. Prieto ya ha realizado en varios escenarios académicos y periodísticos una puntualización del grado de sumisión del Fiscal General al Ejecutivo, lo cual hoy día es aún actual aunque no con los ribetes de los tiempos del autoritarismo y a pesar de haber sido mejorado el rol del Ministerio Público con relación a lo previsto en la Constitución de 1.967 .

El Ministerio Público es un Órgano extra-poder, obviamente una posibilidad sería excluir del proceso de selección del Fiscal General del Estado del ámbito de la triada de los Poderes del Estado, y a cambio, que la terna propuesta por el Consejo de la Magistratura –otro órgano extra poder- sea sometida directamente a elección popular, obviamente esto daría mayor legitimidad en atención a que por las mismas disposiciones del artículo 266 de la Constitución Nacional que establece: *“El Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado, gozando de autonomía funcional y administrativa en el cumplimiento de sus deberes y atribuciones. Lo ejerce el Fiscal General del Estado y los agentes fiscales, en la forma establecida por la ley”*, la sociedad o el pueblo es el más indicado a elegirlo directamente. Es por ello dable destacar que la propia norma constitucional lo define claramente como un órgano no dependiente ni integrada a la triada de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Jurisdiccional), sino que es un órgano requirente que defiende intereses sociales, intereses colectivos, difusos y promueve la acción penal pública por lo que tales funciones deben ser desarrolladas con total soltura y sin ningún comprometimiento a los otros órganos del poder público. En este aspecto, orgánicamente no existe dependencia de los tres poderes en cuanto a las funciones del Ministerio Público, pues la propia Constitución así lo establece, sin embargo, en el proceso de designación interviene directamente el Poder ejecutivo, lo que genera una suerte de dependencia política como ya lo mencionara.

Siguiendo este tren de razonamientos, obviamente lo ideal sería que sea el electorado, en general, el que decida elegir al Fiscal General del Estado por ser el titular de una institución que representa a la sociedad, sin embargo, se conoce que una convocatoria masiva a todo el electorado implica trámites engorrosos y un estrés electoral más, por cuanto que los eventos electivos en nuestro país son con una frecuencia o promedio de menos de dos años entre uno y otro, teniendo en cuenta las elecciones nacionales, municipales y las internas de los partidos políticos, por lo que una carga más tanto al Estado por las erogaciones que implica una convocatoria electoral, en un país con economía resentida, debería ser evitado. Una alternativa sería que el Fiscal General de Estado fuese designado por un órgano que si bien está dentro de la triada de poderes, al menos es el más representativo, el Congreso Nacional, en pleno entonces, que sea el Congreso Nacional el encargado de seleccionar y designar al Fiscal General del Estado en base a la terna propuesta por el Consejo de la Magistratura.

EN CONCLUSIÓN

Este artículo reconoce los avances logrados mediante la Constitución de 1.992, pero a 31 años de su vigencia, obviamente existen aspectos que deban ser tenidas en cuenta en su reforma, por lo que concretamente hemos elegido dos aspectos:

La ampliación de funciones del Defensor del Pueblo (*Ombudsman*) que sería una opción de modo a que el acceso a la justicia constituya una posibilidad para todos los sectores de la sociedad paraguaya, aun aquellos más rezagados puesto que la atención de la problemática específica de violación de los Derechos Humanos ya fuera por acción u omisión del Estado o de particulares, merece una atención calificada y diferente, con lo cual además, de considerarse la posibilidad de ampliar sus funciones como un litigante activo en los procesos, el Defensor del Pueblo descongestionará a los rebasados órganos que también están llamados a promover los Derechos Humanos, como el Ministerio Público o el Ministerio de la Defensa Pública, tal como fue señalado ya en esta obra en los párrafos precedentes.

En otro orden, siendo el Ministerio Público un órgano que representa a la sociedad, un órgano Extra-poder, la designación de su titular, el Fiscal General del Estado, debería estar totalmente libre de ataduras que lo liguen a otro poder del Estado. Actualmente conocemos las implicancias políticas recurrentes de la dependencia del Fiscal General del Estado a las presiones del Poder Ejecutivo porque debe a este poder del Estado su designación, y como bien lo puntualizáramos ya, dada su carácter altamente representativo de la sociedad, lo ideal sería ser designado mediante elección popular previa terna lanzada al electorado por el Consejo de la Magistratura, pero ante las dificultades prácticas de implementar esta opción, podría al menos derivarse su designación al Congreso Nacional en pleno, evitando de ese modo cualquier injerencia del Poder Ejecutivo en su designación.

Referencias Bibliográficas:

- Campos Bidart, Germán (1.991). Lecciones Elementales de Política, Buenos Aires, Ediar.
- Prieto, Justo José (1.987). Constitución y Régimen Político en el Paraguay. Asunción, El Lector.
- Plano de Egea, José Manuel (1.992) Constitución de la República del Paraguay. Con sus Fundamentos. Asunción, Editorial Latindcata.

Martín Mingujón, Ana Rosa, El Defensor del Pueblo, Antecedentes y Realidad Actual.

Acerbo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la UNAM, Recuperado el 17 de agosto del 2.022 de www.juridicas.unam.mx.

EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS.

Lulio Vicente Gamarra Medina³

RESUMEN

Los Estados son entes jurídicos y políticos conformadas por una estructura compleja, compuesta por una realidad abstracta bajo la cual subyacen un entramado de actores con juego de intereses que pujan entre sí y se tensionan recíprocamente, imponiéndose generalmente -en un proceso dialéctico - los grupos de poder y de presión- que una vez estabilizados, como resultante de la gestión y mantenimiento del poder, realiza sus fines al servicio y beneficio de un colectivo humano -en teoría por lo menos-, que es su objetivo primordial, la población. En ese contexto, este ente (el Estado) interactúa con sus congéneres (otros Estados) que pasan a otra línea concéntrica mucho más amplia que compiten con sus pares en un campo pragmático donde la incertidumbre es la constante de las relaciones internacionales, escenario en donde se juegan lides generalmente complicadas, que responden a las variaciones políticas, diplomáticas, económicas, jurídicas, etc. de alineaciones, confrontaciones, bloques, alianzas y contra-alianzas...todas respondiendo a un leitmotiv y denominador común: los intereses que constituyen los motores que mueven a estos entes. En este trabajo, se analiza un aspecto muy frecuente y continuo de las relaciones interestatales: el HECHO ILÍCITO y las RESPONSABILIDADES INTERNACIONALES que de él refleja, examinando cada uno de los motivos que las generan, fenómenos que violan las normas internacionales vigentes.

Palabras clave: *Hechos ilícitos Internacionales, Elementos del Hecho Ilícito Internacional, Acción y Omisión, Imputabilidad de un Estado, Evento Dañoso, Caso de Responsabilidad Estatal, Crímenes Internacionales, Consecuencias Jurídicas del Hecho Internacionalmente Ilícito y Corte Penal Internacional.*

ABSTRACT

States are legal and political entities made up of a complex structure, composed of an abstract reality under which lies a network of actors with interplay of interests that push against each other and exert mutual tension, generally imposing themselves - in a dialectical process - on the groups of power and pressure - which once stabilized, as a result of the management and maintenance of power, realizes its purposes at the service and benefit of a human group - in theory at least - which is its primary objective, the population. In this context, this entity (the State) interacts with its peers (other States) that move to another much broader concentric line that competes with its peers in a pragmatic field where uncertainty is the constant of international relations, a scenario in which where generally complicated battles are played, which respond to political,

³ Doctor en Derecho, Decano de la Facultad de Derecho – Universidad Privada del Este, Ciudad Pte. Franco y Ciudad Del Este, Paraguay y catedrático de Derecho Internacional Público y Derecho Procesal Penal en cursos de grado y posgrado..

diplomatic, economic, legal variations, etc. of alignments, confrontations, blocs, alliances and counter-alliances... all responding to a common leitmotiv and denominator: the interests that constitute the engines that move these entities. In this work, a very frequent and continuous aspect of interstate relations is analyzed: the **ILLEGAL ACT** and the **INTERNATIONAL RESPONSIBILITIES** that it reflects, examining each of the reasons that generate them, phenomena that violate current international standards.

Keywords: International Wrongful Acts, Elements of the International Wrongful Act, Action and Omission, Imputability of a State, Damaging Event, Case of State Responsibility, International Crimes, Legal Consequences of the Internationally Wrongful Act and International Criminal Court.

1- CONCEPTO E IMPORTANCIA

La expresión *responsabilidad*, si analizamos su origen etimológico, nos da una cierta pista para insertarnos en el tema y responde a las palabras latinas *res* que significa cosa y *sponsio* compromiso. Entonces en sentido lato y estrictamente etimológico la palabra *responsabilidad* nos lleva al sentido de “**compromiso con la cosa**” cuestión que, llevando al campo relacional de los Estados entre sí, vemos que los actos que realizan estos entes jurídicos comportan una serie de consecuencias posteriores que devienen importantes, más aún cuando se dan hechos irregulares que ocasionan daños cuyos orígenes responden a fenómenos ilícitos.

Concretamente, los Estados deben asumir las consecuencias de sus actos siempre y cuando se dan determinados requisitos que el sistema internacional lo considera así conforme normativas que las regulan. De modo que se entienda bien esta cuestión, se **considera al Estado responsable de sus actos a toda acción u omisión que viola normas internacionales vigentes cuyos efectos producen daños a:**

- *Estados o personas extranjeras referentes a bienes jurídicos formales y materiales.*
- También cuando violan los **DD.HH.** de los súbditos nacionales o extranjeros residentes y éstos no alcanzan satisfacción o reparación de sus reclamos en el interior del Estado violador de estos derechos. La condición para conseguir responsabilidad desde la mira de los tribunales internacionales permanentes es haber **agotado institucionalmente los reclamos** en el interior del Estado.

Estas acciones u omisiones que suscitan la responsabilidad, como resultante lógico, deben ser **imputable o atribuible** a la persona jurídica a quien denominamos Estado. Estos hechos dañosos realizan personas físicas que en definitiva son titulares o integrantes de los órganos estatales que desencadenó la acción u omisión perjudicial. Esta cuestión posee notas de logicidad en cuanto a que, si se dan actos irregulares de parte de un Estado en contra de otro, o cuando los representantes gubernamentales ocasionan hechos que dañan bienes jurídicos relevantes de personas extranjeras o nacionales, es natural que las consecuencias generadas sean satisfechas, repuestas, reparadas o recompensadas económicamente a las víctimas, o en su caso, sometido a las normas penales nacionales o internacionales, conforme la gravedad del hecho. La cuestión esencial por donde se determina, si es no merecedor de ser condenables penalmente, reparables o indemnizables estos comportamientos injustos, pasan por un elemento indispensable: *deben violar normas internacionales vigentes*.

El lector no debe confundir los *actos ilegales* que ocasionan los representantes del Estado en el orden interno, o sea, en el interior de la república en contra de sus nacionales. Estos actos también generan responsabilidades, sólo que para recuperar en justicia los daños que ocasionan estas omisiones u acciones, los mismos están cubiertos por las leyes nacionales que rigen en su interior y están a cargo de los jueces nacionales competentes, siendo esta una *regla general*. Sin embargo, tal como ya adelantamos párrafos arriba en este apartado temático de la *responsabilidad estatal*, se dan casos en que las violaciones graves a los DD.HH. hasta pueden ser satisfechas en el orden interno, pero en defeción de esta instancia actúan **complementariamente los tribunales internacionales** y este acude a favor de las víctimas cuando el mecanismo interno **no quiere o “no puede”** (este último se da por impotencia debido a a los factores de poder que impiden, o en su caso, por complicidad o encubrimiento con los autores). Lo cierto es que, quien debe atender estas cuestiones violatorias y conforme la responsabilidad determinada en juicio, el órgano internacional correspondiente en América es la Corte Interamericana de DD.HH, tribunal que no actúa penalmente, sino que sanciona a los Estados culpables con sentencias reparatorias o indemnizatorias para beneficio de las víctimas.

Referente a este tema, lo cierto es que este instituto se encuentra en pleno proceso de construcción y como tal ha avanzado con cierta seguridad hacia un rumbo de mayor seguridad jurídica.

2- ELEMENTOS DEL HECHO INTERNACIONAL ILÍCITO

A fin de alcanzar una idea clara sobre este tema, un hecho ilícito cometido por un Estado para que pueda reputarse como tal debe reunir requisitos indispensables para que pueda reclamársele responsabilidad alguna. El criterio jurídico internacional ya consolidado impone las siguientes condiciones:

Primero: ACCIÓN U OMISIÓN.

El hecho generador del acto ilícito en cuestión debe responder a una **acción o a una omisión**.

Se entiende como **ACCIÓN** cualquier acto tangible, manifiesto o patente que implique violación de normas internacionales que entrañe movimiento o energía proveniente del ejercicio del poder: *atacar, agredir, cerrar, irrumpir, atracar, atentar, matar, herir, torturar, etc.*, es decir, afectar bienes jurídicos de otros Estados (vidas, integridad física, bienes físicos, espacios territoriales, etc) como también en el interior de su propio territorio.

Como **omisión**, aquel comportamiento -siempre estatal, (sus personeros, se entiende)- que *es dejar de cumplir deberes legales internacionales* que el Estado, a través de los Tratados Internacionales *se comprometió observarlas* al aprobar y ratificarlas estos instrumentos, debiendo realizarlo por imperio de las referidas normas.

El modo como se incumplen las pautas internacionales predichas por OMISIÓN, se da por motivos **deliberados**, es decir, dolosos; o por actos culposos: *negligencia, desidia, desinterés*. Ejemplos:

- **no** atender (la administración de justicia) deliberadamente denuncias de torturas o cualquier otro crimen grave.
- **no** socorrer a las personas en caso de calamidades de magnitud considerables,
- **no** atender a un súbdito en los casos graves de enfermedad o accidentes, - Un dato elocuente de omisión de los deberes esenciales de los Estados, especialmente en el Paraguay es dejar **a su suerte a los indígenas** en el **desamparo alimentario, social, económico, enfermedad**, que si analizamos con mayor profundidad estas realidades lacerantes llevan incluso a un crimen grave: **genocidio** de las estas etnias originarias.

La **INACCIÓN** de los representantes de un Estado ante las obligaciones de que imponen los tratados internacionales resulta tan grave como la acción, porque implica

varias formas de incumplimientos: aquella que responde a actos omisivos *deliberados*, descuidos, olvidos, negligencias, desatenciones, desidias, abandonos, etc. y con ello generar consecuencias relevantes que implique resultado de consideración.

Segundo: IMPUTABILIDAD

La acción u omisión debe ser **imputable al Estado**. Es decir, que los actos manifiestos o patentes, así como los omisivos hayan sido ejecutados o dejados de realizar, respectivamente, por los **órganos representantes del Estado**. Alguien (funcionario público o particular al servicio de éste) pudo haber llevado adelante los actos o las omisiones lesivos y tales consecuencias deben ser inequívocamente provenientes de las personas ligadas –su actividad- a las estructuras del Estado.

Como ejemplo de actos gubernamentales pueden ser: una orden que provino de un jefe de Estado, ministro, jefe policial; una ley que fue sancionada por el congreso; una sentencia judicial, o un acto u omisión de algún Agente Fiscal **siempre lesivos** a otros Estados o Extranjeros etc.

Tercero: VIOLACIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES

Los comportamientos que impliquen una acción o una omisión imputables a una persona jurídica, como lo es el Estado, deben ser **violatorias de normas internacionales vigentes**, sean estos tratados internacionales o leyes no escritas, aquellas consideradas como **consuetudinarias**. Entre las primeras tenemos los tratados leyes, los tratados contratos signados por los mismos Estados.

Cuarto: EVENTO DAÑOSO

Como consecuencia lógica de esta cadena de eventos o factores concomitantes ya citados, finalmente el acto violatorio de un derecho internacional que provoca una Estado debe ser **dañoso**. Como tal se entiende un hecho que pudo razonablemente haber suscitado un perjuicio material o moral en los bienes jurídicos de un Estado perjudicado, extranjeros o nacionales.

¿Y qué cosas pueden hacer y dañar los agentes estatales en contra de otros Estados, ciudadanos extranjeros o nacionales?

Los Estados podrían incurrir en las siguientes hipótesis :

- violar la independencia,
- integridad territorial,

- ocasionar víctimas fatales en zonas fronterizas por actos de agresión, ocasionar acciones de violación de los derechos humanos (torturas, asesinatos por motivos políticos
- genocidios o genocidios *encubiertos* como el caso citado del desamparo fuerte sufrido por los indígenas,
- no atender casos de salud pública, etc) contra nacionales de otros Estados, incluyendo también a los propios nacionales.

3- CASOS EN QUE EL ESTADO ES RESPONSABLE

El Estado como persona jurídica es un todo, pero por razones funcionales y de división del trabajo, está separado por órganos, y dentro del margen de sus actividades estos entes interdependientes pueden generar fallas que importen la cuestión que estamos tratando en este apartado. Por ello, varios pueden ser los modos en que se dan las defecciones provenientes del Estado, siendo:

- **JUDICIAL** integrados por los miembros de la Corte Suprema de Justicia y todos los jueces conforme los grados en orden decreciente, Ministerio Público, etc. Los ministros, jueces y fiscales a través de fallos o decisiones que toman dentro del margen o no de sus facultades regladas o discrecionales por omisión o por acción, *trasgredir normas internacionales vigentes* en contra de otros Estados, extranjeros, y también de sus propios nacionales y en su caso, consecuentemente, pueden generar la correspondiente responsabilidad del Estado.

Pero, ¿cómo ocurriría una violación a las normas internacionales? A través de sus fallos si son jueces o decisiones adoptadas por fiscales y ellos (sus actos) **alteran, no cumplen, ignoran o desvirtúan leyes internacionales y así quebrantan los derechos o bienes jurídicos de Estados o ciudadanos extranjeros.**

- **LEGISLATIVO**, integrados por las cámaras de senadores y diputados; esta modalidad vulneradora de tratados internacionales podría partir de este órgano estatal, que como sabemos, sancionando normas que contravienen de modo explícito o implícito los principios establecidos en el denominado *ius cogens* también denominada como *normas internacionales imperativas de cumplimiento obligatorio*, como también leyes que *alteran derechos de los Estados y extranjeros.*

- **EJECUTIVO**, que comprende la labor del presidente de la república, primer ministro, los secretarios de Estados (ministros del ejecutivo) y todo el cuadro ingente de funcionarios que dependen de este órgano estatal (militares, policías, servicio exterior, etc.). Quizás sea la dependencia estatal más proclive, por la naturaleza de sus funciones, con virtualidad de generar el abuso en sus funciones y así incurrir en actos violatorios de las normas internacionales vigentes. Las conductas con desmanes que devienen en ilícitos internacionales son frecuentes tanto en Estados de sociedades subdesarrolladas, como a aquellos que pertenecen a potencias de consideración, indistintamente, variando el grado de intensidad de los actos ilícitos.

¿Cómo se materializarían estos hechos? Se dan generalmente con actos de agresión armada fronteriza, daños ecológicos, violación de normas internacionales escritas o consuetudinarias vigentes con resultado de desmanes **graves** (como las torturas) de autoridades militares contra ciudadanos extranjeros que visitan o se radican en el territorio del Estado infractor, periodistas maltratados, asesinatos políticos, represiones desmedidas, desplazamiento forzoso por la fuerza de personas interna o externamente, etc.

- **ACTOS PROVENIENTES DE OTRAS CAUSAS**, aquí la doctrina ya consolidada, construyó otros motivos relevantes que pueden generar responsabilidades estatales. Específicamente, tienen que ver con situaciones graves de descontrol interno dentro del territorio cuyas víctimas sufren desmedros en sus vidas, libertad o integridad física, intereses patrimoniales, de nacionales u otros Estados extranjeros. Entre las hipótesis de riesgos se tienen individualizados:

- a) *actos de ataques armados de paramilitares,*
- b) *distúrbios incontrolados de masas,*
- c) *rebeliones, asonadas,*
- d) *conatos de golpe de Estados,*
- e) *bandas armadas políticas ocasionando daños graves... todos provenientes ciudadanos de particulares.*

El motivo por el cual el Estado asume las responsabilidades que son suscitadas por personas ajenas a sus órganos, guarda estrecha relación al concepto *intrínseco* y *extensivo* de la *responsabilidad estatal*, ya que no solamente debe cuidar que sus propios actos sean correctos o ajustados a la licitud, sino también adoptar la **posición de garante** en cuanto al mantenimiento del tráfico normal de la vida ciudadana en sociedad dentro de su territorio. Es decir, cuidar el orden y la tranquilidad internos, impidiendo

desbordes de sus súbditos por ser un deber inexcusable del Estado, por ello es que los actos de los particulares que violen normas internacionales, para el Derecho Internacional, también *se reputan responsables al Estado ...por extensión jurídica* quien debe mantener el orden y la seguridad interna en su territorio.

4- CRÍMENES INTERNACIONALES

La historia de la humanidad ha ido registrando en distintas latitudes, con cierta periodicidad y de modo persistente, grupos humanos con un líder en frente han desencadenado comportamientos crueles en las que jalonaron sufrimientos desmedidos a otros grupos indemnes o militarmente más débiles por diversos motivos (*políticos, económicos, territoriales, aversiones étnicas, ideológicos, religiosos, etc*) sirviendo de excusa individualmente o en forma combinada estos “motivos” para arremeter con fines de dominación hegemónica a otros pueblos geográficamente contiguos u otros distantes. Nos referimos al **colonialismo**, fenómeno que ha tenido larga vida y salud internacional por inmemoriales siglos en la historia; este fenómeno político se practicó en todos los continentes y en todo tiempo. Europa, Asia, África y América han sido escenarios comunes para estas modalidades de dominación en forma ininterrumpida desde tiempos inmemorables hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial.

- El denominador común en el comportamiento de las potencias para fines de dominación ha sido –**primero-** la **fuerza incontenible de las armas**, sometiendo a comunidades y pueblos enteros y a veces con mayor rigor y saña cuando se han dado resistencias propias en defensa de una natural libertad de mantener la independencia y soberanía propias del grupo humano hostigado. Estos fenómenos sociales de conflictos con características de gravedad han transitado los tiempos de la historia ...y muy especialmente el siglo pasado –el XX- ha sido testigo de acontecimientos trágicos sin precedentes conocidos en cuanto a magnitud y gravedad inusitadas.

Los estudiosos en temas de DD.HH. han revelado que el Siglo XX está considerado como el “*siglo de la carnicería humana*” ya que se tienen registros confiables que *han perdido sus vidas alrededor de 170 millones de seres humanos* en distintos escenarios de conflictos y en diferentes partes del planeta. Esta tremenda “socialización” de horrendas formas de pérdidas de vidas humanas ha sido debido a que

la ciencia perversamente ha sido trasladada al campo militar con fines agresión en muchos casos, y en otros, de crudo exterminio colectivo etnias, minorías nacionales o pueblos enteros (como ejemplo, el caso del Paraguay en la Guerra Grande del 70 en Siglo XIX) que la historia registra con absoluta certeza. Es decir, el Estado ha ido desarrollando planes y programas de dominación utilizando la vía militar, valido del uso ilimitado que proporcionan los medios bélicos sofisticados que genera la ciencia. Uno de los motivos que desencadenó este fenómeno asustador de desgracias colectivas ha sido y lo sigue siendo, las armas de gran capacidad de destrucción desde los albores del Siglo XX, con la Primera Guerra Mundial y otros hechos relevantes y trágicos.

Otra modalidad –**la segunda**– para imponer modelos hegemónicos en el siglo pasado ha sido la **emergencia de ideologías y doctrinas totalitarias** de la mano de carismáticos líderes con gran vocación expansiva, prometiendo panaceas de solución a las grandes cuestiones de históricas necesidades sociales y económicas de sus respectivas sociedades. Estas ondas ideológicas o doctrinas políticas deterministas – marxismo, fascismo, nazismo, etc.- tuvieron especial incidencia en las masas, permeando profundamente sus convicciones hasta conseguir grandes movimientos levantiscos (insurgencias de pueblos enteros) para apropiarse de los resortes y el control del Estado y así imponer sus postulados, concepciones y modos de organizar la sociedad política, cultural y sociológicamente...en nombre de la justicia social, la igualdad y mejores condiciones de vida para las masas anhelantes de mejores días y ... que los apoyaban ciegamente.

Estas doctrinas o corrientes ideológicas (tanto de derecha como de izquierda), todos en el Siglo XX, munidos de herramientas teóricas desarrollados hábilmente por sus pensadores y puestas en práctica por no menos eficientes estrategias políticos, consiguieron mediante un disciplinado cuadro de seguidores organizados tras años de paciente lucha de zapa, supieron erosionar las estructuras del poder enemigo ...hasta alzarse con el poder estatal utilizando diferentes medios (insurgencias, levantamientos armados o mediante los votos que ofrece el juego democrático). Lo cierto es que una vez ganado, conservado y consolidado el poder, desplegaron indisimulados sistemas de fuerza con fines de dominación a millones de seres humanos. Estas “*experiencias salvadoras*” resultaron -la realidad lo confirmó- absolutamente contraproducentes, ya que ellas engendraron padecimientos nunca vistos en la historia de la humanidad. Es decir, de salvadores o redentores, se convirtieron en implacables y sanguinarios verdugos de millones de seres humanos, como ejemplos: la Alemania nazista, la Italia

fascista, los imperios comunista soviéticos (la extinguida URSS) y el cruel sistema en China que hasta hoy (segunda década del 2000) persiste desde 1949 intacto.

***PERSECUCIONES, EXILIOS, ASESINATOS, DESPLAZAMIENTOS
COLECTIVOS, TORTURAS, GENOCIDIOS...***

Es la lista de aflicciones que campearon y que siempre han existido en los tristes records históricos de la especie humana, como resultado de la muy propia ambición humana de los grupos de poder capitaneados –en las diversas etapas de la historia – llámese de modo secuencial como *jefes de clanes, caciques, rey, conquistador, caudillo, líder, “Führer”, “Il duce”, “Iman”, comandante militar, jefe de Estado*, etc. que, basta y suficiente imbuidos de poder de liderazgo-la mayoría de las veces investido de convencimiento mesiánico a ultranza- con estructura de apoyo colectivo (acompañado de nomenclaturas), y una vez consolidado en el poder, desencadenan actos de barbaries a fin de sostener y continuar en el poder, con absoluto convencimiento de realizar actos altruistas por el *“imperio”, “grupo étnico”, “Dios”, “Alá”, “reino”, “causa”, la “clase social”, el “Estado”, la “república” etc...* hasta ideas tan insólitas revestidas de seudo-ciencia y estafalarias como la *“pureza de la raza”* propugnadas – como mero ejemplo- por el nazismo, han sido motivos en diferentes épocas, algunas con apenas algunos decenios atrás nomás, han puesto en práctica las más sofisticadas formas de perversión política para generar padecimientos individuales y colectivos a personas y grupos humanos indefensos en nombre del *“Partido”, del “Estado”, de la “Revolución, del “Estado teocrático”* (los Estados islámicos) y así mantenerse en el poder sin solución de continuidad.

Haciendo un análisis rápido de las profundas causas de la 2da. Guerra Mundial, con escaso margen de error, han partido de las delirantes ideas de dominación continental diseñadas y puestas en prácticas por el líder alemán nazista **ADOLFO HITLER**, en cuyo plan se adscribió con deseos de repartirse zonas geopolíticas –aunque modestas- **BENITO MUSSOLINI** al frente del Estado italiano; completando la coyuntura mundial de aquel escenario funesto en su momento monarca imperialista del Japón – *una diminuta isla del Extremo Oriente* - **HIROHITO** y su staff de líderes militares imperialistas, con no menos delirantes ideas expansionistas en todo el oriente, generándose un funesto trío de líderes con sus respectivas cuotas *responsabilidad* de expansión hegemónica a aquellos tiempos de ignominia mundial, dejando una estela

destrucción y muerte de millones de vidas en apenas dos décadas de creación, desarrollo y fin de esta aventura por el poder demencial que implementaron.

El escenario de lucha y confrontación para frenar, reducir y vencer a tan gigantesco plan de dominación fue cruel y bizarro como nunca en la historia de la humanidad...una liga organizada de Estados le hizo frente a tan grave panorama cuya perspectiva de esclavitud mundial se mostraba en ciernes. Al terminar esta guerra cuyo corolario fue la total derrota de esta deriva y aventura totalitaria del eje Berlín-Roma-Tokio cobró 60 millones de vidas humanas y la destrucción del 80 % de las ciudades en el teatro de operaciones en Europa, por efecto de los bombardeos aéreos de ambos bloques en confrontación, amén de las valiosas infraestructuras (camino, puertos, centrales eléctricas, aeropuertos, fábricas, etc.) dejado así, un mundo destruido literalmente en estas latitudes. No obstante, tras la humareda que aún se oteaba en tan desolador panorama mundial...una esperanza se perfilaba, apenas terminada la conflagración mundial, hasta que el delirio por vencer -como corolario- de la diagonal de sangre de una época, la más trágica de la historia terminó con el estreno del arma más mortífera creada jamás por la especie humana: la **bomba atómica**, marcando así un punto de inflexión en la historia de la humanidad. A hoy, como reflejo del engendro nuclear estrenado sobre las inocentes y pacíficas personas de las ciudades de Hiroshima y Nagasaki, la sociedad humana global quedó a merced de un posible cataclismo armamentístico sin precedentes con posibilidad de destrucción casi total -y quizás para siempre- de nuestro hogar común con los miles de bombas atómicas guardadas por los 8 Estados (actualmente) quienes tienen estos mortíferos armamentos “*armagedónicos*”, cuyos resultados son absolutamente previsibles: *la posible destrucción total de nuestro planeta...hogar de millones de especies vivas que la pueblan desde hace miles de millones de años de su existencia, entre ellas el ser humano.*

Por todo este panorama trazado en el anterior párrafo, el orden político mundial post Segunda Guerra ha sufrido una significativa mutación con la creación de la ONU, entidad permanente que asocia a todos los Estados a un *sistema de organización internacional* que a través de su carta fundacional crea un mecanismo jurídico que inicia una fase difícil –en constante proceso de ensayo y error- de constituirse como modelo director macropolítico mundial que gestiona y conduce un proceso de convivencia bajo

los principios políticos-jurídicos trabajosamente elaborados por la praxis y la teoría del Derecho Internacional Público contemporáneo⁴.

Las formas de los crímenes internacionales graves

Concretamente y a fin de direccionar el contenido de este apartado referente a los CRIMENES Y DELITOS internacionales, decimos que estos hechos ilícitos cometidos por los representantes de los Estados, han sido -y que lamentablemente siguen ocurriendo- atacando integridad física y vidas de millones de seres humanos inocentes de los pueblos de países víctimas. Por ello, en el siglo XX de forma inusitadamente cruel, la humanidad ha padecido en forma sistemática graves atentados contra el ser humano a través de variadas formas de ataques, consistentes en ***asesinatos, torturas, desplazamientos de grupos humanos forzadamente (refugiados), violaciones sexuales*** masivas por la soldadesca *por diversos motivos generalmente empujados por persecuciones políticas o étnicas, guerras nacionales e internacionales, algunos de ellos convertidos en lo más grave: genocidios*. Todos estos crímenes han sido cometidos por regímenes de fuerza de distintos orígenes ideológicos (autoritarismos, totalitarismos tanto de izquierda como de derecha).

Sistema de punición:

CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI) Y CORTE INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

En el Siglo XX el panorama ha sido más acentuado por la emergencia de ideologías violentas (nazismo, comunismo, dictaduras de derecha, etc) que racionalizaron sistemáticamente el mecanismo de amedrentar, disuadir o simplemente neutralizar al “otro u otros” que piensan de forma diferente. Incluso se llegaron a concebir modos colectivos de asesinatos a través de diferentes medios que ya analizamos. Sin embargo, el sistema legal punitorio en contra de los gobernantes y colaboradores que desataron estos comportamientos políticos nunca ha tenido efectividad en toda la historia humana... hasta que el DIP con la voluntad de los sistemas internacionales generados a partir de la vigencia de la ONU y por sobre todo presionado cada vez más por una exigente conciencia mundial de la comunidad jurídica toda, los

⁴ Al respecto, más adelante será analizado este tema.

criminales de guerra están siendo más frecuentemente *llevados ante la silla de los acusados* ante los tribunales internacionales en funcionamiento. Específicamente estamos refiriéndonos a la actividad de la **CORTE PENAL INTERNACIONAL**, tribunal permanente que después de más de 50 años de lucha de la comunidad internacional desde la creación de la ONU mediante el Tratado de Roma de 1998 se puso en vigencia este alto tribunal a partir del 2004 para ser centro operativo de **denuncia, investigación, juzgamiento y condena a los criminales de guerra, crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de agresión** a partir de su funcionamiento legal y que -hoy- después de un poco más de casi dos décadas de actividad, está cosechando sus primeros frutos. Posee 18 jueces elegidos rigurosamente por competencia y de modo proporcional a las diferentes culturas jurídicas vigentes por una Asamblea de Estados. Su sede es, Holanda en el Palacio de la Paz, en La Haya, Holanda.

CORTE INTERAMERICANO DE DD.HH. (CIDH), responde a las Américas, el tribunal creado en el ámbito de la OEA (Organización de Estados Americanos), organismo idóneo para someter a los Estados de este continente para su juzgamiento por la comisión de hechos de violaciones de los **derechos fundamentales** en contra de sus nacionales, o extranjeros en su territorio. Estos hechos violatorios se encuentran punidos por normas internacionales que están contemplados en el *Pacto Interamericano de Derechos Humanos de San José de Costa Rica en 1969* la (que contiene Derechos Civiles y Políticos) y que, en caso de real y efectiva vulneración, son pasibles de denuncias, previo agotamiento en el interior de cada Estado, y recién después de ello, este tribunal posee la jurisdicción internacional correspondiente para atender el caso dado.

El funcionamiento de este tribunal ha entrado en vigencia en América por medio de un lento proceso mediante ratificaciones paulatinas desde 1985 en adelante. Este tribunal supranacional está a cargo de siete jueces y tiene su sede permanente en la citada ciudad centroamericana (San José de Costarrica) y ha entrado en vigencia real recién en los años noventa, debido a la reticencia de los Estados miembros en ratificar este tratado. Cuestión muy obvia ya que, en gran parte de América Latina, los pueblos se estaban desembarazándose de décadas de ominosas dictaduras militares, incluso, llegaron a aprobar muchos de estos regímenes de facto esta convención, más, deliberadamente demoraban su ratificación, por lo que sabemos, un tratado internacional se puede aprobar, pero si **no se ratifica** por los mecanismos **constitucionales internos** es

imposible su vigencia. Sólo la vuelta al estado de Derecho en todos los países de América permitió su real vigencia y asunción de este tratado. En verdad *casi todos*, porque existen aún bolsones totalitarios en que algunos países que hasta hoy no alcanzó la democracia con décadas ya de su ausencia, como lo es el caso de Cuba, o la vuelta a la deriva de quiebre institucional en **Venezuela** y **Nicaragua** por estos tiempos de las primeras décadas del S. XXI.

ACLARACIÓN: cómo se puede advertir, la CIDH no **castiga la conducta individual** de los que ocasionaron los comportamientos violatorios de los funcionarios responsables, sino en forma genérica, exclusivamente al ESTADO con penas reparatorias o **indemnizatorias** a través de sentencias definitivas. Sin embargo, comparando la CIDH con la **CPI (Corte Penal Internacional)** por su funcionamiento estatutario, la punición en esta corte es personalísima a los funcionarios o particulares que actuaron en su nombre, con condenas de severas penas penitenciarias...que van hasta 30 años y excepcionalmente a cadena perpetua.

5- DENEGACIÓN DE JUSTICIA

Otras de las formas por el cual un Estado puede generar responsabilidad es lo que se refiere a **actividades impropias o tratamientos defectuosos de la actividad jurisdiccional** cuando se presentan casos ante los tribunales de un país en que comprometen seriamente la efectividad de su función y dicho comportamiento estatal consecuentemente desvirtúa de modo patente la tarea tutelar que le asigna el derecho y el orden normativo.

Concretamente este fenómeno se da cuando un Estado al quebrantar o vulnerar normas jurídicas internacionales vigentes que protegen a Estados o ciudadanos extranjeros, el reclamo, natural y frecuentemente se desplaza al órgano judicial correspondiente del Estado infractor, iniciándose así la etapa propia de revisión del problema y luego, debido a motivos conocidos o no, el tratamiento del caso se dilata o se entorpece en el tiempo...hasta tornarse definitivamente inocua la solución. Es decir, los encargados de dar una solución a la demanda civil o querrela penal del justiciable sencillamente rehúye o deniega el servicio reclamado. Estamos así por parte del Estado infractor ante una *ralentización deliberada o relativización encubierta de la justicia*

de parte de los operadores jurisdiccionales (jueces o fiscales) que atienden el caso sin dar visos de solución por *motivos de inacción o impotencia para definir un acto violatorio*; este comportamiento inadecuado e impropio de quebrantamiento propio de la responsabilidad estatal es denominado como “*denegación de justicia*” en forma generalizada por los analistas del DIP. Ello implica una causa más de responsabilidad estatal ante un hecho ilícito como lo que estamos tratando.

Como se puede apreciar, comportamientos de este tipo conforman varias formas que puede sintetizarse según nuestro punto de mira en:

- a) *ralentización de los reclamos en sede judicial, frenando indefinidamente los reclamos;*
- b) *omisiones de deberes jurisdiccionales, que implica dejar pasar los plazos u obviarlos y así inocuizar el proceso;*
- c) *retardos (vulgo: “cajoneo” de expedientes) en la tramitación de la causa;*
- d) *o, directamente dictar sentencias viciadas de juridicidad procesal;*

Estos comportamientos impropios de parte de las autoridades jurisdiccionales pueden estar “sugeridas” o influenciadas por factores de poder externos al poder judicial, revelando así sujeción a poderes más determinantes.

6- CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILEGITIMIDAD

Se dan en los casos en que, a pesar de darse daños de consideración originados por un Estado a través de sus órganos en contra de intereses o derechos de otros estados, los *motivos que forzaron estos eventos en realidad no pueden ser pasibles de responsabilidad porque a pesar de la antijuridicidad intrínseca del acto, queda enervada sus causas conforme la naturaleza del hecho y a veces o en determinados casos, porque carece de libertad propia en sus actos para merecer la imputabilidad.*

Los motivos generadores o la voluntad forzada que desplegó el Estado productor del daño nos muestran la praxis internacional dada, siendo muy comúnmente los siguientes actos estatales:

- Legítima defensa

- Represalias

- Fuerza mayor

- Caso fortuito

Como se puede observar, varias son las hipótesis de riesgos que puede desencadenar un determinado Estado contra otro ente similar o ciudadanos extranjeros con casi seguras probabilidades de daños en forma consecuyente. Sólo que el DIP ha analizado estos casos a la luz de razonamientos jurídicos y con ello no es posible endilgarle responsabilidades emergentes al Estado causante. De modo concreto, estos casos se dan porque los Estados, ora están con derechos a hacer uso de la fuerza como las *represalias o la legítima defensa* –reconocidos por el Derecho Internacional-; o, se ven envueltos sin quererlos ya que son empujados a los acontecimientos, sin ser determinados por la voluntad de decidir (*Fuerza mayor y caso fortuitos*).

6.1. LEGITIMA DEFENSA, al respecto, este instituto internacional que guarda relación con la capacidad de respuesta –vía fuerza autorizada- que los Estados tienen cuando se presentan agresiones ilícitas de parte de un tercer Estado. De modo obvio este principio jurídico no solamente es privativo de esta rama del derecho, sino también del Derecho Penal, cuyas características son algo análogas y que el estudiante de Derecho que aborda esta disciplina ya podría entender con facilidad.

Sus notas en el DIP, están determinados como un derecho que tiene un Estado que puede responder reactivamente por haber sido agredido sin haber provocado. Es la defensa natural que tiene un Estado cuando es atacado, agredido sin razón jurídica alguna.

Por ello el DIP ha estudiado y elaborado un complejo de respuestas de modo que el Estado pueda defenderse adecuadamente ante circunstancias anormales como la señalada. Este instituto jurídico ha tenido vigencia desde tiempos inmemoriales en el Derecho Consuetudinario en las relaciones interestatales y que, a partir de la puesta en vigencia de la Carta de la ONU, la misma se cristalizó en norma escrita, siendo prevista el Art. 51 que reza:

*“Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el **derecho inmanente de la legítima defensa, individual o colectiva en caso de ataque armado** contra un miembro de las Naciones Unidas ...Las **medidas tomadas por los miembros en***

ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad...”

Como se puede advertir con claridad, estamos ante un permiso de una norma internacional que legitima de modo indiscutible el uso de la fuerza para *evitar, alejar o repeler* una agresión presente de parte de personeros que actúan en nombre o por encargo del Estado agresor. Para ello debe darse un condicionante clave: *ataque armado*, lo que en la jerga del DIP se acostumbra a expresar como sinónimo de *“agresión”*.

La potestad del Estado que ha sido rebasada con la fuerza de una agresión no puede ser de otra forma la respuesta que hacerlo del modo más sumario posible: contrarrestar con una acción *similar*. Esta reacción que siempre debe ser congruente y proporcional no puede ser considerada ilegítima ya que responde a un acto que manifiesta una conducta de defensa en contra *un ataque injusto*. Sus requisitos son:

- a. Ataque injusto o jurídicamente injustificado. Es decir, ataque armado.
- b. Daño a bienes jurídicos: integridad física o vida resultante, así también a patrimonio tangible o intangible.
- c. Imposibilidad de ser asistido en defensa por la premura por terceros Estados o entidades internacionales.

Consecuencias posteriores

Siguiendo lo que establece el ya referido Art. 51 de la ONU lo cual expresa:

“Las medidas tomadas por los miembros en el ejercicio del derecho a la legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad... para ejercer en cualquier momento la acción que estime a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales”

Se entiende entonces que la respuesta de este derecho no puede quedar colgada la situación en estado de indefinición. El Consejo de Seguridad es la que debe dar una solución inmediata al conflicto buscando así una salida que evite la continuidad de la agresión que en el tiempo ya puede ser recíproca por la situación desencadenada. La intervención del organismo correspondiente que atiende estatutariamente cuestiones que atañen a la seguridad internacional posee, conforme vemos lo expresado en la última

parte de este artículo, la *suficiente capacidad de sofrenamiento adecuado* a situaciones de agresión que comprometa la paz y la seguridad internacionales.

6.2 REPRESALIAS

En sentido común esta palabra en su aplicación cotidiana o común trata la idea de un comportamiento antagónica de alguien en contra de otro por un hecho dañoso, o en todo caso, injurioso.

Vemos que en el campo del Derecho Internacional es también un tanto análoga correspondiente a *una actitud reactiva* que se da cuando un Estado que ha recibido de parte de otro ente similar una actuación anormal que haya *ofendido, injuriado o que, generado una afrenta o ultraje* a los intereses nacionales, el afectado tiene *potestad para realizar acciones coercitivas que puedan punir* la referida actitud hostil que generalmente es producto de un comportamiento ilícito.

Este comportamiento que trasciende las fronteras de un Estado para colisionar intereses de otro, tiene una cualidad bien determinada ya que es una actitud que viola reglas jurídicas del Derecho Internacional de ambas partes, tanto del Estado ofensor como del que reacciona. El lector se preguntará debido a qué motivo el Estado que reacciona contra otro que generó la injuria, la ofensa o la agresión **viola el Derecho Internacional** ...y la respuesta es que no siempre es un **acto jurídico en sí** sino una potestad por ser tal (Estado) de hacer **uso de la fuerza**.

Aquí, entendemos que esta persona jurídica –el Estado- de características tan especiales, que posee notas de poder político, jurisdiccional, de crear leyes y otras funciones decisivas y determinantes, es capaz también *generar potestades coercitivas* ante hechos externos o conductas de sus pares. Esta cualidad que le confiere el poder tiene y puede sofrenar ataques indeseables de cualquier índole que provienen fuera de su territorio. Estos comportamientos provenientes de otros Estados y que normalmente van en contra de intereses del Estado que se siente ofendido, en realidad en la práctica, son difíciles ser aceptados pasivamente, dando así lugar a una *respuesta activa* que normalmente **también trasvasa los límites de lo lícito**. Es decir, a ante una situación dada como la que se plantea, sobreviene entonces una reacción al que se le denomina represalia. Actuación que implica generalmente una respuesta de fuerza de energía o en lo mínimo de protesta a una ofensa inferida.

Las formas de respuestas que entran en la categoría de represalias son las siguientes:

- **Embargo**

-Boicot

-Bloqueo pacífico

- Ruptura de las relaciones diplomáticas

a) El **Embargo** es una disposición del recurso de la fuerza del Estado que se siente ofendido por alguna causa -de menor a mayor gravedad- por el cual son capturados navíos cuya bandera responde al Estado ofensor. Este asunto de uso de la fuerza por parte de los Estados, a partir de la vigencia de la Carta de la ONU **_Arts. 2.4**, ha quedado en franco estado de entredicho y de comprensión difícil atendiendo la prohibición del uso de la fuerza por la ONU.

b) **Boicot** es otra forma reactiva por el cual el Estado que se siente molesto o afrentado por alguna causa determina desplegar actos de carácter internacional que contenga decisiones punitivas de carácter comercial contra otro Estado, debido a actos inamistosos o ilegales generados por el Estado ofensor.

c) **Bloqueo pacífico** consiste en una decisión sumamente determinante en que un Estado despliega fuerzas militares, navales o aéreas –combinada o todas juntas- por algún motivo obviamente importante por el cual procede a vedar todo tipo de contacto al Estado afectado con el fin de que proceda, actúe o tienda a cumplir exigencias imperativas **a fin de realizar comportamientos u omite realizar acto exigídoles** por alguna causa emergente. Este nombre resulta una verdadera *contradictio in adjectio* porque el despliegue de fuerzas militares es ya una manifestación inocultable de un *cassus belli* (motivo de eventual enfrentamiento militar ofensivo).

d) Por diversas causas pueden crisparse las relaciones interestatales, lo cual en determinado momento un Estado que cree haber recibido un trato inadecuado u ocurrido hechos ofensivos o injuriosos a sus intereses, decide unilateralmente interrumpir de modo emergente o como resultado a tales acontecimientos los vínculos diplomáticos y consulares entre ambos Estados. Si así ocurre estamos ante la **Ruptura de las Relaciones Diplomáticas**.

Como se ve, estamos en el cuadro de comportamientos que un Estado realiza por el imperio de sus potestades como tal. Son generalmente actos de fuerza y está dentro de sus facultades ya que el Derecho Internacional lo considera así desde mucho tiempo atrás. Obviamente, cualesquiera de estos casos, cuya gravedad varía según se pudo ver de modo rápido, la actitud coercitiva es el elemento común que determina dichas decisiones y la capacidad para llevar adelante tales acometidos es directamente

proporcional al potencial estructural que cada Estado está investido. El Embargo, el Boicot y el Bloqueo Pacífico **no son decisiones** que adopta un Estado pequeño contra otro congéner; al contrario, estas cualidades sólo lo poseen Estados con características de potencia media a grande. *Las represalias son actos potestativos que requieren condiciones fácticas especiales para los Estados y lo decide sólo **quien puede, no quien quiere.***

El Institut de Droit International (*annuaire*, 1934, pág. 708) ha expresado hace casi un siglo atrás lo siguiente:

*“Las represalias son **medidas de coerción, derogativas de las reglas ordinarias del Derecho de gentes**, tomadas por un Estado, a resulta de hechos ilícitos cometidos en perjuicios suyo por otro Estados, con el fin de imponer a éste, por medio de un daño, **el respeto del Derecho**”.*

Nuestra crítica: estas ideas son de 90 años atrás y a hoy por el avance del Derecho Internacional a la luz de la Carta de la ONU y el funcionamiento de la CIJ y de CPI con sus respectivas jurisprudencias se determinan ya prohibiciones absolutas de la fuerza de un Estado contra otro. Por ello, consideramos que aún de hecho los Estados siguen utilizando, sostenemos aquí que tales comportamientos son resabios de actitudes rayanas a la barbarie que no se justifican de ningún modo, más aun teniendo vigente la Carta de la ONU quien en sus artículo 2.4 establece precisas prohibiciones.

6.3 FUERZA MAYOR

Aquí la responsabilidad estatal queda exonerada de respuestas al Estado perjudicado ya que el acontecimiento dado ha escapado del control volitivo del Estado que ocasionó el hecho dañoso por motivos excusables.

Fuerza mayor sería cuando un buque o caza de guerra (aeronave) perteneciente a un Estado penetra en aguas o espacios aéreos jurisdiccionales de otro sin permiso por motivos de fallas técnicas que impide seguir su rumbo previsto originalmente. Aquí hubo violación del espacio marítimo, fluvial o aéreo de un Estado.

6.4 CASO FORTUÍTO

Podría darse cuando se producen hechos en que para salvar un bien jurídico ocurren otros hechos dañinos a un Estado tercero. Por ejemplo, un buque de guerra extranjero surto en un puerto recibe una descarga eléctrica fulminante que ocasiona un incendio de proporciones incontrolables y que debido a tal fenómeno y por la magnitud de lo acontecido, la capacidad operativa de los tripulantes para controlar queda rebasada como consecuencia de sucesivas explosiones que obliga a los mismos abandonar el navío ante el riesgo de perder más vidas, lo que finalmente el siniestro se propaga y daña vidas e instalaciones adyacentes en el puerto.

Art.31 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI-ONU) de la Naciones Unidas establece:

“1. La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedara excluida si el hecho se debió a una fuerza irresistible o a un acontecimiento exterior imprevisibles ajenos a su control que hicieron materialmente imposible que ese Estado procediera en conformidad con tal obligación o que se percatara de que su comportamiento no era conforme a esa obligación.

2. El párrafo no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuido para que se produzca la situación de imposibilidad material”.

Reputados doctrinarios expresan ideas al respecto de este tema :

“...el art. 31 recogió la doble figura de la fuerza mayor y el caso fortuito bien la causa de exoneración no estará en juego sea en caso de que el propio Estado haya contribuido a que se produjera la situación de imposibilidad material.”.

“En cambio en la fuerza mayor y caso fortuito, el comportamiento del otro Estado es totalmente ajeno a la cuestión de la determinación de la existencia de la circunstancia de que se trata...”

7- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL HECHO ILÍCITO INTERNACIONAL

Ante un escenario en que un Estado ha realizado un ilícito internacional que se mediatizó por la violación de normas internacionales vigentes en contra de un Estado congénere, consecuentemente con daños, importantes o considerables, el agresor debe responder por lo sucedido, convenientemente. La praxis, la doctrina y los expertos en DIP en el seno de la ONU sobre el tema, nos han dado las salidas más frecuentes, y en especial, los juristas especializados en el tema han arribado a conclusiones adecuadas cuando se dan situaciones como los que estamos analizando.

¿Qué cosas realmente pueden afectar un hecho ilícito internacional?

(BIENES JURÍDICOS FORMALES Y MATERIALES)

Necesario es aclarar qué cuestiones afectan un ilícito internacional cometido por un Estado en contra de otro.

Si observamos bien el fenómeno consecuente de un comportamiento que violan las normas internacionales vigentes es posible advertir que se tiene un espectro de bienes jurídicos que serían susceptibles de ser blanco del daño. Al respecto, tenemos ámbitos de incidencia que podrían afectar bienes jurídicos protegidos de los Estados; los *formales o los materiales*.

Entre los *bienes jurídicos formales* nos atrevemos a nombrar a la **titularidad de derechos** que goza, no sólo un Estado, sino inclusive las personas físicas (nacionales o no) que habitan en el territorio suyo, sabiendo que el Estado en su función protector asume el rol de *posición de garante* sobre todos los bienes jurídicos de sus habitantes. Así, el Estado de modo inmanente se convierte en *tutor et curator* de los derechos más caros y valiosos para su propia existencia:

- *El derecho a la vida de sus habitantes y otros derechos humanos relevantes,*
- *independencia nacional,*
- *integridad territorial,*
- *libre navegación de los mares y ríos,*
- *autodeterminación de los pueblos, la no intervención,*
- *respeto a los símbolos nacionales, etc.*

En cuanto a los *bienes jurídicos materiales o inmateriales*, que pertenecen al Estado en forma propia y también, consecuentemente a toda una nación, conforman un haz de cosas tangibles que requieren años de construcción y poseen un costo que ascienden, de centenares a miles de millones de dólares, construirlas y que son no menos valiosas que las formales. Simplemente a modo de ejemplo citamos:

- Puertos
- Aeropuertos nacionales o internacionales
- Rutas nacionales
- Centrales Hidroeléctricas, Eólicas, Atómicas
- Pozos petrolíferos terrestres o acuáticos,
- Fábricas de todas las índoles
- Transportes (navíos, aeronaves, trenes, ómnibus, etc)

Por tanto, observando estos bienes, el lector podrá dimensionar la acuciante problemática que plantea este tema y su importancia en el campo del DIP.

Por ello, tanto la *práctica consolidada de las tratativas interestatales*, la *jurisprudencia* principalmente, y, el aporte *de los expertos en el DIP (doctrinarios)* sobre este tema, plantean las diferentes hipótesis de respuestas que cubren las necesidades jurídicas de solución.

Así tenemos varias formas de soluciones o salidas jurídicas:

- **SATISFACCIÓN**

-**REPARACIÓN**

- **INDEMNIZACIÓN**

Analicemos cada uno de ellos:

a) SATISFACCIÓN

Dependiendo del grado de ofensa proferida por el Estado ofensor, puede éste ofrecer al ofendido su correspondiente disculpa o perdón de forma pública. Y si dicha manifestación permite la aceptación o complacencia enervando así el estado de crispación que ha generado el mal momento que desencadenó el agravio o insulto,

estamos ante lo que en la jerga corriente del vínculo diplomático se denomina como **satisfacción**. Esta manifestación pública de desagravio puede expiar las causas de la ofensa y sus efectos recomponer o superar la solución de continuidad de las relaciones suscitadas por la crisis. Esta modalidad de respuesta por parte de un Estado que ha agraviado u ofendido a otro, según la praxis recurrente, sigue siendo una de las formas más corrientes para resolver diferencias surgidas en las relaciones interestatales. Generalmente el agravio sucede como violación a un principio clave del Derecho Internacional: el *Respeto Mútuo*, valor trascendente que permite que las relaciones interestatales fluyan por los canales adecuados y así alcanzar clima de concordia que debe primar entre estos entes (los Estados) como vocero de las naciones.

b) REPARACIÓN

A veces las diferencias surgidas de una situación crítica son tan profundas que la mera satisfacción a través de pedidos públicos de disculpas no llenan las expectativas de una solución razonable; entonces ante una agudización de las relaciones con tendencia, incluso *in crescendo* del problema, el Estado ofendido, entonces, exige una recomposición tangible de las cosas dañadas y por ello el obligado se ve compelido a poner las cosas (**restituyendo**) en el estado anterior en que se encontraba el objeto que fue destruido a dañado.

Como ejemplo, **i)** el caso de daño ecológico que hipotéticamente una aeronave que requiere ser arreglado con una restitución, si la misma es reversible. Es decir, es posible entonces volver a dejar, con el auxilio de los medios técnicos, recomponer el daño sufrido. **ii)** El Estado que es imputable por los daños que devino en la destrucción de un puente, es posible arreglar o reconstruir nuevamente. Pueden darse muchos casos de salidas cuyos efectos son las consideradas reparativas.

c) INDEMNIZACIÓN

Aquí la cuestión del daño inferido ha sido de naturaleza tal que tornó imposible o irreversible volver al estado anterior al hecho, generalmente sus consecuencias determinan un estado de destrucción de contenido definitivo y de caracteres graves, indistintamente que correspondan a los bienes jurídicos formales o materiales. Las mismas podrían ser infraestructuras que quedaron dañadas, inútiles o inservibles. En esa categoría puede ser incluida el caso de fallecimientos de personas físicas, todos afectados por los hechos ilícitos cometidos por el hipotético Estado en cuestión.

En las indemnizaciones se tienen en cuenta los criterios aplicados en el campo del Derecho Civil que importan elaborar cálculos estipendiarios acerca de valor económico que irrogó el daño.

OTRAS OPINIONES válidas que sirvieron de base a este tema:

“...de que a responsabilidad del Estado comporta la obligación de reparar los daños causados, y eventualmente, dar una satisfacción adecuada...”

“Como se afirmó por el T.P.J.I. en el asunto de la *fábrica de Chorzow*, “Es un principio de Derecho Internacional que la violación de un compromiso entraña la obligación de reparar en forma adecuada. La reparación e, pues, el elemento indispensable de una falta de aplicación del convenio...” (Serie A n.º 9, p. 21)

“...el conjunto de medidas que tienden a restablecer la situación que existiría si ciertos hechos dañosos no se hubieran producidos”

“La idea de reparación, está implícita en el daño material, y es la del restablecimiento de la cosa al estado anterior o en su primitiva integridad (*restitutio naturalis o restitutio in integrum*) Si tal restablecimiento no es posible o solo es parcialmente, deberá intervenir entonces una indemnización o compensación equivalente”.⁵ Juan Bautista Rivarola.

CONCLUSIÓN

Como pudimos observar en este breve trabajo, los actos ilícitos internacionales generados por los Estados en contra de otros Estados o extranjeros, incluso contra sus propios súbditos, constituyen formas variadas de actos lesivos o dañosos -tanto histórica o actualmente sin *solución de continuidad*- siguen generando tantos desmanes, perjuicios y devastaciones muy dolorosas con infinitas consecuencias directas para las personas de los pueblos afectados. Estos ilícitos han quebrantado la sociedad humana

en múltiples ocasiones y circunstancias en toda la historia de la humanidad desde tiempos inmemoriales.

Al respecto, estos comportamientos generados por líderes mesiánicos han arrastrado a pueblos enteros a su paso con consecuencias ruinosas. El Derecho Internacional, sin embargo, ha realizado ingentes esfuerzos -organizándose en entidades internacionales permanentes, ONU- y ha procurado poner coto a estos comportamientos indeseables para la humanidad. Sin embargo, muchas veces hemos observado, que aun así, la comunidad jurídica internacional se ha sentido impotente ante casos de agresiones inexplicables que siguen ocurriendo en estos tiempos – en estos últimos años, febrero de 2022 con la invasión de un miembro nato de las NN.UU. que es RUSIA contra un Estado soberano -UCRANIA-, el primero, liderado por un jefe de Estado autócrata quien invocando falso nacionalismo, hizo *tabula rasa* a varios principios cardinales del Derecho Internacional (*Independencia Política, No Agresión, Integridad Territorial, Respeto Mutuo, Derechos Humanos, etc.*) procediendo contra la razón jurídica internacional y también con la unánime condena y oposición de la mayoría de los Estados miembros en las NN.UU *avanzó* -no obstante- en sus propósitos ilegítimos y anexó por la vía de la invasión armada importantes territorios de un Estado independiente, desencadenado así, en pleno segunda década del Siglo XXI una cruenta guerra internacional, que en momentos, puso en riesgo al mundo entero una -en ciernes- la posibilidad de una nueva conflagración internacional *incontrolable*, debido a las armas de gran capacidad de destrucción con cuenta decenas de potencias mundiales. Lo cierto que esta escalada de la tensión generada por este conflicto fue debido al apoyo masivo de las potencias militares occidentales al dar su inobjetable apoyo logístico armamentista al Estado agredido.

Al respecto los Artículos 2,4, 24, 25 y 51 de la ONU que prohíbe taxativamente a los Estados miembros el **uso de la fuerza**, ha quedado nuevamente en “agua de borrajas” ante el imperio de la fuerza de una superpotencia integrante -nada más y menos que- del Consejo de Seguridad quien ha sido el principal protagonista de este crudo uso de la fuerza por parte de un Estado dominado por la autocracia.

En síntesis, la comunidad jurídica internacional ha realizado -en los últimos 80 años- un gran esfuerzo por generar mecanismos disuasivos para evitar conflictos graves, sin embargo, el uso de la fuerza de los Estados introduce su cuota de desarticulación a los esquemas colectivos de seguridad, trabajosamente forjado a partir de la segunda mitad del siglo pasado y la primera década del presente.

Lo cierto es que los HECHOS ILÍCITOS cometidos por los Estados por la VIOLACION DE LAS NORMAS INTERNACIONALES, deben responder por sus actos, y este trabajo nos muestra y la desarrolla, que, a modo de resumen, sintetizamos a seguir:

1. La estructura teórica del tema en cuanto a las instituciones jurídicas que la contemplan
2. LA discriminación de los actos estatales que motivaron los hechos ilícitos de acción u omisión.
3. Los tipos de violaciones que merecen ser tenidos en cuenta para que un Estado incurra en las responsabilidades internacionales
4. Los requisitos fácticos o jurídicos de deben reunir para ser calificados como actos violatorios de las los normas internacionales.
5. Quiénes, cómo y dónde se pueden reclamar estos hechos ilícitos.
6. Qué consecuencias implican la comisión de estos actos ilícitos internacionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BROWNLIE, I.: *citado por* GONZÁLES CAMPOS, J. D.: SÁNCHEZ

RODRIGUES, L. I., y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARIA, P. I.: *Curso de Derecho Público, 5ª ed., Madrid, -1992-Pág.283*

¹ HUBER. .: *citado por* GONZÁLES CAMPOS, J. D.: SÁNCHEZ RODRIGUES, L. IMÉNEZ de ARÉCHAGA, Eduardo.: *Derecho internacional público, 6ª edición, Asunción –Paraguay. 2007. Pág.291*

DIEZ DE VELASCO VALLEJO, M.:*Instituciones de Derecho Internacional Público. 10ª ed., Editorial Tecnos-Madrid-1994. Pág.757*

GONZÁLES CAMPOS, J. D.: SÁNCHEZ RODRIGUES, L. I., y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARIA, P. I.: *Curso de Derecho Internacional Público, 5ª ed., Madrid, -1992-Pág.324*

ACCIOLY, Hildebrando. *citado por* BAUTISTA RIVAROLA, J.: *Derecho internacional público, 6ª edición, Asunción –Paraguay. 2007. Pág.311*

¹ BOLLERCKER-STERN, B. *Citado por* GONZÁLES CAMPOS, J. D.: SÁNCHEZ RODRIGUES, L. I., y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARIA, P. I.: *Curso de*

*Derecho Público, 5ª ed., Madrid, -1992-Pág. 332(informe presentado por
Arangio Ruiz Pág. 33)*

“EL LÓBULO FRONTAL Y LA CONDUCTA CRIMINAL”.

Héctor Casiano Piris Da Motta ⁶

María Luisa Hermosilla ⁷

RESUMEN

Este ensayo, trata de manera directa y concisa, responder a la pregunta del efecto que tiene cuando una persona daña su lóbulo frontal, aborda el ¿cómo esto afecta al propio individuo?, ¿cómo esto lo hace incapaz de hecho?, no contando con la conciencia, que es el eje por el cual se puede hacer exigencia de la retro paga de la conducta. Solo puede ser castigado aquel que tiene conciencia de lo que está haciendo, aquel que, en el momento de la conducta, pueda determinar la capacidad de escoger que hacer y principalmente saber que lo que va hacer. Esto permite, que el libre albedrío se el guía del hombre, hacia lo que la conducta exteriorizada, determine aquello que él es por dentro, haciendo y escogiendo su propio destino, en base a conciencia y conocimiento, que es la capacidad que tiene la persona de auto determinarse. No siendo esto una excusa para la conducta, justificando el desvío del mismo, si no para que el mismo pueda tener el cuidado y el control médico a los efectos de disminuir los efectos de ese daño que el mismo ha sufrido. Protegiéndolo a él y a la sociedad de el mismo.

Palabra clave. Conducta, Conciencia, Capacidad, Desvió, Anómico, Lóbulo Frontal, TIB (Traumatic Brain Injury.)

ABSTRACT

This essay, try in a directly and straight way, answer the question about, the colateral sides effects when a human being, get a Brain Injury, especificly when they being Injury in the Frontal Lobe, explains ¿ how this Injury affects an the effects of it, in the behavior of human being.?, ¿ how this TIB make the person not able in fact.? With no conscience, that what its the axis, to reproach the human behavior, they can't be demanded. Only can be reproach, who knows and are on the use of a full conscience about whats its the outcome of his behavior, they must be able to understand what they are doing, and the outcome, as a result, by chosen and knowing what are they doing.

This allows, the maximum expression of the free will, thats is our guide, through the acts of the human behavior, thats shows what we got inside of us, by making and chosen they own fate, in a conscience and knowledge way. Called thats capabilities, the selfdetermination. Not use this illness as an excuses to act, how we desires, to go unpunished, justifying the desviation of it self, and to get the health care measures, to

⁶ Abogado por la Universidad Nacional del Este (UNE) año 2006. Especialista en Didáctica Universitaria por la Universidad Privada del Este (UPE) año 2.013. Lengua Inglesa en Rochambeau High School White Plains, Nueva York, Estados Unidos año 1.999..

⁷ Licenciada en Ciencias de la Educación. Abogada. Notaria y Escribana Pública. Master en Ciencias de la Educación. Especialista en Metodología de la Investigación Científica. Especialista en Didáctica y Evaluación Universitaria. Especialista en Didáctica Superior Universitaria. Magister en Metodología de la Investigación Científica.

prevent the sides and colateral effects of his situation, thats him carry, and suffer on itself. Protecting his and thirds parts of society of himself.

Key Words: *Behavior, Cosnciecie, Capacity, Desviant, Anomie, Frontal Lobe, TIB (Traumatic Brain Injury.)*

EL LÓBULO FRONTAL Y LA CONDUCTA CRIMINAL

El Lóbulo Frontal, es el responsable por la función motora del cuerpo, es el responsable de la resolución de problemas que emergen a diario, también es el encargado de responder a la espontaneidad, memoria, lenguaje, iniciación, juicio, control de los impulsos, conducta social y sexual.

Es el lugar donde el razonamiento, pensamiento, emociones, la personalidad y los movimientos voluntarios están alojados, conjugamos nada más a, la emoción y a los movimientos voluntarios, transformados en impulsos, lo que ocurre por ejemplo, cuando reaccionamos en defensa de lo que para nosotros es lo más valioso, nuestras vidas, en esa fracción de milésimas de segundo, cuando no pensamos para actuar pero si reaccionamos no de manera instintiva, si no de manera a lo que hemos cargado en nuestras memorias.

Es lo que ocurre generalmente cuando nosotros a menudo vemos situaciones de la violencia cotidiana como son los asaltos en moto, o cualquier otro tipo de acto de violencia, lo que siempre decimos al opinar al respecto es, si fuera conmigo, yo reaccionaria, es una frase muy común, o si no ¿porque no hizo esto o aquello?, parecen frases inocentes, pero no lo son.

Para que nosotros creemos estas frases, mencionemos que las palabras son procesadas en áreas específicas del cerebro, cuando nosotros parafraseamos algo que tiene que ver con una reacción de una situación que ocurre con nosotros o algo que vimos, automáticamente recreamos esa imagen en nuestro cerebro, al recrear una imagen, nosotros nos transportamos al momento de esa acción con nosotros como actores principales, in esa imagen que creamos y recreamos una y otra vez, nos vemos actuando de una manera en que nosotros actuamos de una u otra manera hasta miles de veces ya que la imaginación es infinita.

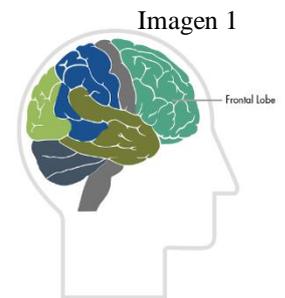
Con esas recreaciones mentales, no solo educamos nuestro cerebro si no que le enseñamos como debemos actuar en ciertos casos, por ello las reacciones emotivas y violentas, no son algo casual si no algo que exterioriza lo que cargamos en nuestro cerebro, tanto por lo que vemos o pensamos, a lo cual el responde de manera a exteriorizar lo que nosotros lo programamos de antemano.

La situación que vamos a atender en este ensayo es exactamente esta, el lugar donde nosotros alojamos lo que realmente somos, el lóbulo frontal, pero no de manera a que esta caja de pandora sea abierta, de manera forzosa, como vimos en el caso de una reacción emotiva, si no por un daño físico que hace que este órgano no cumpla su función y por ende nuestra capacidad se vea disminuida.

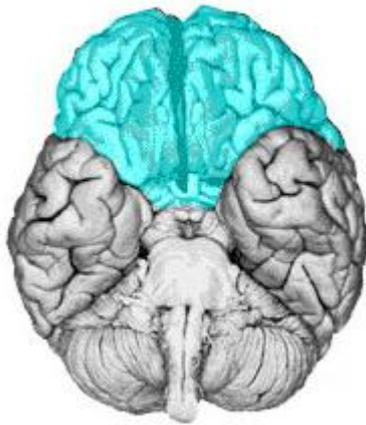
“No existe otra parte del cuerpo donde las lesiones pueden ser tan perjudicial e irreversibles” (Kolb & Whishaw, 1990).

Debido a su ubicación frontal en nuestro cráneo (Véase la imagen 1), el lóbulo frontal, es extremadamente vulnerable, la proximidad con el ala del esfenoides y su gran tamaño, hacen que esa vulnerabilidad sea patente.

Estudios de MRI siglas inglesas que significan (*Imagen por Resonancia Magnética es el método más avanzado de diagnóstico por imagen. Se utiliza un imán de gran potencia y ondas de radio para producir imágenes de gran detalle, de cualquier parte del cuerpo. Médicos que se especializan en radiología vean y evalúan las imágenes*). “Estudios estos que demuestran que esta área frontal del cerebro es una de las regiones con más danos subsecuentes que oscilan de leve a grave en lo que se refiere a traumatismo craneano” (Levin, Anglin, & Carney, 1987).



Fuente: (catálogo
descriptivo del Warren
Anatomical Museum,
1870)



Motor
Premotor
Prefrontal
Limbic

Imagen 2
Fuente: (catálogo descriptivo del Warren
Anatomical Museum, 1870)

En la anatomía del Lóbulo Frontal, existe una importante diferencia asimétrica. El lado izquierdo del lóbulo frontal, es el sector motor donde se controla el lenguaje, el habla y los movimientos, en cambio el lado derecho del mismo órgano, tiene un papel en las habilidades no verbales. Algunos investigadores incluso defienden la tesis que esto no es absoluto, que muchas veces un lado suple al otro en los roles y más en la existencia de alguna deficiencia de uno de ellos, si está más que acertado decir, que tanto el lado diestro como siniestro, ambos lados están envueltos en la conducta del hombre.

Según (Kuypers, 1981), las disfunciones motoras, son típicamente caracterizadas, por pérdida de la motricidad fina, también por pérdida de fuerza en los brazos, manos y dedos. Lo importante cuando decimos fuerza es la capacidad que tiene el individuo por sostener algo, sería la fuerza con la posibilidad de ejercer la presión necesaria para sostener un vaso, no se necesita la fuerza explosiva de un músculo como el bíceps o tríceps, pero si una fuerza regulada con la capacidad de sostenerlo, una mezcla de fuerza con delicadeza.

Del mismo modo que el complejo sistema de la fuerza motora y del movimiento, también se ven controlado por el lóbulo frontal. Un interesante fenómeno del daño al lóbulo frontal se connota en el impacto que tiene el mismo en la habilidad del pensar divergente o la flexibilidad y déficit en la resolución de problemas, también existe evidencia en la disminución de la capacidad de prestar atención luego de un TBI (traumatismo cerebral (TBI Traumatic Brain Injury, por sus siglas en inglés) Los síntomas de un TBI varían dependiendo de la magnitud de la lesión y el área del cerebro afectada. Algunos síntomas aparecen de inmediato, en tanto otros pueden aparecer varios

días o incluso semanas después. Una persona con un TBI puede perder el conocimiento o no —la pérdida del conocimiento no siempre es signo de un TBI grave.

El TBI, puede ser leve o grave, en los casos leves, los síntomas pueden pasar desapercibidos, pero ello no significa que los mismos son irrelevantes, si no tratados como toda lesión pueden repercutir de manera directa o indirecta en el organismo del individuo en cuestión. (Stuss et al., 2.001).

La repercusión, posterior de un daño, a este sector del cerebro con un rol más que importante, es lo que nos interesa en este pequeño ensayo, para comprender como afecta al ser humano, en el desarrollo de su ser y principalmente a los que están cerca de esa persona, reconociendo que, al encontrarse ante un daño en el lóbulo frontal, producido por un accidente o por cualquier otro motivo.

¿Lo hace, incapaz de derecho al sujeto, el TIB?

Es ahí donde radica la gran cuestión, para la medicina y la ciencia el daño (TIB) es el motivo del resto del desenlace de la actividad humana del mismo, como vimos más arriba, las repercusiones post trauma del lóbulo temporal, no son previsibles y menos -

- se puede esperar que todos aquellos que sufrieron un traumatismo, reaccionen de la misma manera e incluso los síntomas son diversos como por ejemplo en el Traumatismo Cerebral LEVE; Dolor de cabeza, Confusión, Mareos, Vértigo, Visión borrosa, Zumbido en los oídos, Cansancio o somnolencia, Mal sabor en la boca, Cambio en los hábitos de sueño, Cambios en el comportamiento o el estado de ánimo, Dificultad con la memoria, la concentración, la atención o el pensamiento, Pérdida del conocimiento que dura unos pocos segundos o minutos, Sensibilidad a la luz o al sonido, Náuseas o vómitos.

Ahora en el Traumatismo Cerebral Moderado o Grave, puede tener todos los síntomas del TIB leve y a más de eso surgen los posibles siguientes síntomas; Dolor de cabeza que empeora o no desaparece, Vómitos o náuseas repetidos, Dificultad para hablar, Convulsiones o ataques, Incapacidad para despertarse del sueño, Agrandamiento de la pupila (el centro oscuro) de uno o ambos ojos, Entumecimiento u hormigueo en los brazos o las piernas, Pérdida de coordinación, Aumento de la confusión, el desasosiego o la agitación, Pérdida del conocimiento que dura de unos pocos minutos a algunas horas.

Todos estos síntomas pueden presentarse por separado o en conjunto, para ello como citamos más arriba el mecanismo óptimo para certificar o descartar el TIB es el MRI.

El estudio de la mente humana, y la relación directa con la exteriorización de lo que el mismo es por dentro, mediante la conducta del mismo, es algo que el ser humano siempre trato de relacionar, las primeras hipótesis que así era, ha hecho que un sinnúmero de investigadores dedicasen sus vidas para dar respuestas a una de las más grandes necesidades del hombre, responder, el pro que actuamos de manera desviada y en muchos casos anómicas⁸, veamos algunos propulsores de estas teorías que tenían que ver como afectaba el cerebro en la conducta del ser humano.

- A Franz Joseph Gall, (Tienfenbronn, 1758 – París, 1828) es rememorado y reconocido por la medicina hasta nuestros días, por haber sido el propulsor del estudio de la conducta humana y la relación directa de la misma con el cerebro, donde el mismo expuso que cada sector del cerebro responde a una acción específica en el cuerpo y en la conducta del ser humano.

Fue uno de los progenitores y defensor de la craneología, lo que tiempos después fue conocida como la frenología (“ciencia” que ubicaba las funciones cerebrales en zonas específicas del cerebro con lugares para la bondad, la personalidad, el amor, entre otros.), fue un estudioso prodigioso, visionario un hombre muy adelantado para su época, lo cual le paso la factura en vida, ya que sus teorías y doctrinas, embestían directamente con lo que la iglesia enseñaba y predicaba.

- Paul Pierre Broca, (*Burdeos, 1824-1880- Francia*), fue un médico, neurólogo, antropólogo, cirujano, anatomista, el mismo encontró en el cerebro la localización del centro del habla, que hoy esa zona del cerebro es conocida como el área de broca, fue un paso neurálgico para la comprensión y estudios más profundos del cerebro y sus funciones y del por qué el ser humano llega a ser tan igual en semejanza y tan distinto a la vez viendo que la semejanza no nos hace previsibles, ya que a pesar de ellos somos tan distintos del uno del otro.

⁸ Díc. de la persona que presenta una conducta que no se ajusta a las normas sociales establecidas

Postulo, que, al comprender el cerebro, también se comprendería el resultante inevitable que era la exteriorización de la conducta del mismo, así como las habilidades y el potencial del mismo, también para no extendernos demasiado citemos el caso y al que atendió;

Fuente: (catálogo descriptivo del Warren Anatomical Museum, 1870)



- John Martyn Harlow: (Whitehall, 1819–1907, New York), y el caso Phineas Gage; Phineas fue uno de los tantos que trabajaron en la creación de una de las causas directa de la revolución industrial, en este caso la construcción de las vías de ferrocarriles, que hicieron que los Estados Unidos de América, estuviesen conectados de norte a sur y de este a oeste.

En setiembre, del año 1848, la vida de esta toma un cambio que nunca más volvería a ser lo que un día fue, respondiendo claramente a los investigadores que anteceden en este ensayo, tanto Broca como Gall y a tantos otros.

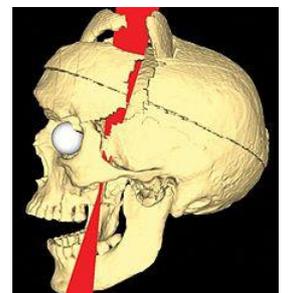
Como vemos la lámina superior un cráneo atravesado por una barra de hierro, al observar eso lo primero que diríamos es, que manera más dura de morir, pero no es así, con esta frase percibimos que el mismo no murió, tal vez digamos que la medicina con sus avances hoy, incluso a alguien quien tuvo el cráneo y el cerebro atravesado de esa manera sobrevivió.

Tampoco es así, este el famoso caso Phineas Gage, esto ocurrió en el año, de 1848, y el mismo no muere tras este episodio.

Pero, tras este episodio fortuito, se concibe que todas las teorías anteriores, estaban bien direccionadas, tras este accidente, el hombre como era descrito Phineas, apacible, dócil, calmo, tranquilo, paciente, nunca más fue el mismo, por la magnitud de la lesión y la destrucción de una gran porción del LOBULO FRONTAL, hizo que el mismo, al recuperarse no fuese la sombra del hombre que fuera antes.

Fue como si en el cuerpo de ese individuo después del episodio y de su recuperación fuera ocupado por otro ser, siendo que el mismo era todo lo opuesto a lo que fue un día, **tras solo 10 semanas las funciones del cerebro de Gage, parecían como si se hubieran recuperado casi automáticamente**, como si los tejidos

Imagen 4

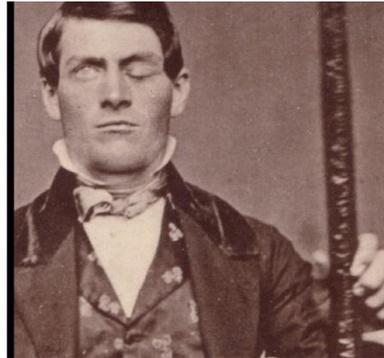


Fuente: (catálogo descriptivo del Warren Anatomical Museum, 1870)

celulares del cerebro hubiesen sabido reorganizarse para compensar la ausencia de varios centímetros cúbicos de lóbulo frontal.

Pero las secuelas hicieron que este nuevo hombre sea, violento, irritable, ofensivo, no tolerante si no beligerante, fue esto lo que llamo la atención del Dr. Harlow.

Imagen 5



Fuente: (catálogo
descriptivo del Warren
Anatomical Museum, 1870)

Este fue uno de los
primeros episodios

documentado, sobre los cambios que sufre el individuo tras una TIB, y como el cuerpo con sus escasos recursos trata de reorganizarse para dar de nuevo una posibilidad de seguir con vida.

Solo que tales secuelas hicieron trascender que por más que Phineas continuase vivo, las mismas eran irreversibles, en este caso particular ocurrió la pérdida de lapsus de memoria, la capacidad de concentración, y el efecto mayor lo sufrió la psiquis y la conducta del mismo, siendo que ya no era lo que fue. Y el principio de lo que hoy es conocida como el SINDROME PREFRONTAL, y el desarrollo de la personalidad Psicopática.

CONSIDERACIONES FINALES

Teniendo en cuenta todos las teorías que vimos y el ejemplo del caso Phineas, también es necesario tener en cuenta los síntomas, tras el TIB *leve* o del TIB *moderado* o *grave*, ¿cuán culpable de sus actos son estos sujetos?, ya que los mismos tras ese traumatismo, sufren cambios involuntarios desde la parte motora, hasta la parte conductual, como el control de la ira, el ímpetu emocional descontrolado, una percepción diferente de la realidad inmersos en una situación ajena a su conducta y voluntad anterior

lo que la razón nos indica que ante un SINDROME PREFRONTAL, y por ende el desarrollo de cualquier tipo de conducta atípica, hace que el individuo haya perdido la conciencia.

Conciencia, esta acepta, reglada y permitida por la sociedad a través de las costumbre y buena moral, establecida en las leyes y normas, que hace que, a meridiana percepción estos individuos estén incapacitados y por ende su conducta es inimputable. Ya que la relación del Lóbulo temporal y la criminalidad tienen sus conexiones directas.

Y la influencia de este caso, ha soslayado la importancia del conocer el cerebro y que al conocerlo estaríamos más cerca de comprender la exteriorización de lo que radica en la mente humana, a modo de comentario final, podemos decir que ocurrió una de las primeras lobotomías bien documentadas, solo que el ice stick fue muy grande.

Y lo llamativo es que cuando hablamos de Phineas, con toda la precariedad de la medicina de la época, el mismo consiguió sobrevivir y sobre llevar una vida digna, a tan traumático episodio, pero 12 años después se menciona que el mismo “contrajo epilepsia “por lo que el mismo llega a dar óbito, por un estatus epilepticus. Por lo que se puede decir con propiedad que fue una secuela directa de la deficiencia adquirida tras el accidente.

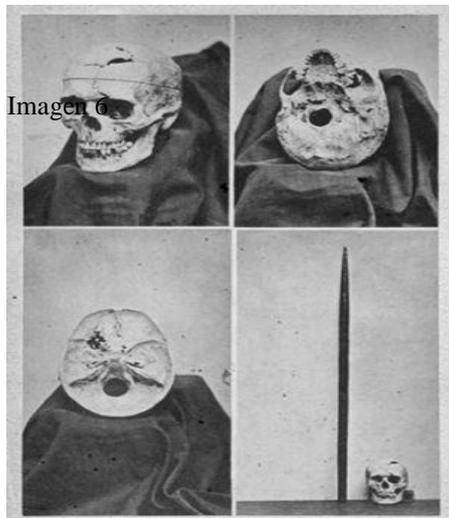


Imagen 6

Fuente: Fotomontaje que muestra cuatro vistas del cráneo de Phineas Gage (catálogo descriptivo del Warren Anatomical Museum, 1870).

Así como el, cuantos son los que tienen un daño en el lóbulo frontal, y sufren del síndrome prefrontal, cambian su personalidad, cometen hechos punibles sistemáticamente bajo una aparente conciencia que se ve turbada por el daño cerebral que los mismos padecen, por golpes, caídas, accidentes, o cualquiera que fuese el origen de tal situación, siendo los mismos víctimas de sus

situación, donde bajo esa circunstancia los mismos se desarrollan y desenvuelven sobre el lazo de esa dolencia que pasa imperceptible para muchos e incluso para ellos.

Para sumar más a esa patología, el alcohol, las drogas y la ignorancia, no solo agrava aún más esa situación de ese individuo si no que los daños y efectos pueden ser irreversibles más dependiendo del factor exógeno, pensemos ¿en la cárcel que influencia tendrá ese individuo? sin un tratamiento apropiado

Citemos el caso del Síndrome Frontal Orbital; las alteraciones, están estrechamente relacionado con cambios de la personalidad, también en el comportamiento social, el avenimiento de actos impulsivos la disminución de la empatía, específicamente este síndrome se caracteriza por; la oscilación de euforia desmedida e irritabilidad, carencia de control en la inhibición de los impulsos, pierden paulatinamente el tacto en lo que pierden el pudor y la vergüenza, pierden también la capacidad crítica y de juicio lo que contribuye a que se relacionen y familiaricen fácilmente lo que incluso llega a ser confundible con la sociabilidad, lo que hace que se vuelvan dependientes del ambiente donde se desarrollan, (François Lhermitte, en el año 1986), hablo acerca de esta conducta de imitación que sufrían los que padecían este síndrome, pierden la capacidad de conducir su conducta.

Este daño cerebral puede ser la derivación de un traumatismo craneoencefálico cerrados, meningiomas subfrontales, la vivencia de accidentes, agresiones físicas o caídas son algunas de las causas más evidentes de este trastorno. De hecho, el caso más famoso de síndrome frontal o disejecutivo es el que mencionamos precedentemente, **Phineas Gage**, también por tumores en el lóbulo frontal, también el ictus y accidentes cerebro vascular en el lóbulo frontal, al asfixiarse o ahogarse las neuronas del prefrontal, encargado de las funciones ejecutiva.

Esto no es excusa, para decir que todos aquellos que cometen una desviación de su conducta mediante su anomia, son enfermos, pero no tengo duda que una parte de ellos si, como diferenciarlos y como tratarlos será el tema de nuestra próxima investigación.

Referencias Bibliográficas

- Aguiar, R. (2013). Aggression post brain injury: a social cognitive perspective. *Social Care and Neurodisability*, 4(2), 77-85. Disponible en:
<https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/SCN-03-2013-0007/full/html?skipTracking=true>
- Badawy, A. (2003). Alcohol and violence and the possible role of serotonin. *Criminal behaviour and mental health*, 13, 31-44. Disponible en:
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/14624270>
- Bechara, A., Damasio, H., & Damasio, A. (2000). Emotion, Decision Making and the Orbitofrontal cortex. *Cerebral Cortex*, 10, 295-307. Blair, R. J. R. (2004).
<https://academic.oup.com/cercor/article/10/3/295/449599>
- Brain Trials (s.f.): Neuroscience is taking a stand in the courtroom. *ABA Journal*, 98(11), 36-42.
http://www.abajournal.com/magazine/article/brain_trials_neuroscience_is_taking_a_stand_in_the_courtroom
- Bryan Kolb; Ian Q Whishaw, Freeman, 1990. *Fundamentals of human neuropsychology*. New York.
- Blair, R. J. R. (2008). The roles of orbital frontal cortex in the modulation of antisocial behavior. *Brain and Cognition*, 55(1), 198–208.
- Brower, M. C., & Price, B. H. (2001). The amygdala and ventromedial prefrontal cortex: functional contributions and dysfunction in psychopathy. *Philosophical Transactions of the Royal Society of London B: Biological Sciences*, 363(1503), 2557–2565. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2606709/>
- Coccaro, E. F., McCloskey, M. S., Fitzgerald, D. A., & Phan, K. L. (2007). Neuropsychiatry of frontal lobe dysfunction in violent and criminal behavior: a critical review. *Journal of Neurology, Neurosurgery & Psychiatry*, 71(6), 720-726. Disponible en: <https://jnnp.bmj.com/content/71/6/720>
- Donald T. S. 2011. The Frontal Lobe Its Necessary for theory of mind. *Brain* 2001, 124 279-286
- Damasio, A. R. (1994). Amygdala and orbitofrontal reactivity to social threat in individuals with impulsive aggression. *Biological Psychiatry*, 62(2), 168–178.
- Kuyper, T.W. 1981. Notes on Clitocybe - I. *Persoonia*. 11:385-386.

Lhermitte F. (1982). 'Utilization behaviour' and its relation to lesions of the frontal lobes. Brain. (Paris).

Lhermitte F. (1981). Le 'comportement d'utilisation' et ses relations avec les lésions de lobes frontaux. Summary in 'Actes de la Société Française de Neurologie', 3 Décembre 1981. Rev Neurol (Paris).

Levin, J.R., Anglin, G.J., & Carney, R.N. Ort: In D.M. Willows & H.A. Houghton (Hrsg.) (1987), The psychology of illustration. Vol. I Basic Research (S. 51 – 85) New York: Springer Erscheinungsjahr.

SERES SENTIENTES NO HUMANOS COMO SUJETOS DE DERECHO: IMPLICANCIAS DE ESTE NUEVO PARADIGMA

Viviana Alejandra De Fátima Zárate Camarasa ⁹

RESUMEN

El reconocimiento de los seres sintientes no humanos como sujetos de derecho es un paradigma emergente en la ética y en las legislaciones de algunos países. Implica un cambio fundamental en la forma en que se concibe a los animales y en cómo se los trata. El trato dispensado a los animales ha mutado a lo largo del tiempo. Grandes pensadores de la historia han debatido acerca del estatus moral concedido principalmente a aquellos animales cuya interacción es más cercana y continua con el ser humano. A través de un proceso largo y tardío se inicia el reconocimiento de que algunas especies de animales son “sintientes” es decir, poseen conciencia del dolor, ansiedad, sufrimiento psicológico y físico así también, pueden establecer vínculos emocionales con sus tutores. El presente artículo explora a través de una revisión bibliográfica la construcción del concepto de seres sintientes no humanos como sujetos de derechos como nuevo paradigma dentro de las ciencias jurídicas, su protección internacional, a través del derecho comparado, así como en la normativa paraguaya.

PALABRAS CLAVES

Seres sintientes no humanos, Derecho Animal, Sujetos de Derechos,

ABSTRACT

The recognition of non-human sentient beings as subjects of law is an emerging paradigm in the ethics and legislation of some countries. It involves a fundamental change in the way animals are conceived and how they are treated. The treatment of animals has changed over time. Great thinkers in history have debated the moral status granted mainly to those animals whose interaction is closest and continuous with human beings. Through a long and late process, the recognition begins that some species of animals are “sentient,” that is, they are aware of pain, anxiety, psychological and physical suffering, and they can also establish emotional bonds with their guardians. This article explores, through a bibliographic review, the construction of the concept of non-human sentient beings as subjects of rights as a new paradigm within the legal sciences, their international protection, through comparative law, as well as in Paraguayan regulations.

⁹ Viviana Alejandra De Fátima Zárate Camarasa. Abogada, egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Privada del Este. Docente de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales UPE Sede Presidente Franco y Sede Ciudad del Este.

KEYWORDS

Non-human sentient beings, Animal Law, Subjects of Rights,

INTRODUCCIÓN

El Derecho animal es una rama relativamente reciente del derecho que va tomando fuerza en las últimas décadas con el afán de cambiar la visión de los animales como “cosas” y tornar su estatus jurídico como el de sujetos de derechos. La historia humana siempre estuvo ligada a la de los animales. Estos han convivido con el ser humano desde los albores de la civilización y han servido de diferentes formas al hombre, ya sea como compañía, fuente de alimento o incluso venerados como dioses en algunas civilizaciones antiguas.

El trato dispensado a los animales ha mutado a lo largo del tiempo. Grandes pensadores de la historia han debatido acerca del estatus moral concedido principalmente a aquellos animales cuya interacción es más cercana y continua con el ser humano. A través de un proceso largo y tardío se inicia el reconocimiento de que algunas especies de animales son “sintientes” es decir, poseen conciencia del dolor, ansiedad, sufrimiento psicológico y físico así también, pueden establecer vínculos emocionales con sus tutores.

Los debates filosóficos que se han suscitado gestaron cambios en la conciencia del ser humano respecto al trato de los “seres sintientes no humanos”, el hombre está transformando su visión principalmente antropocentrista¹⁰.

Por ende, cuando nos referimos al concepto de sujeto de derechos Frescura y Candia (2012) sustenta que los sujetos de la relación jurídica se llaman personas. Esta palabra originalmente se utilizó para nombrar las máscaras utilizadas en el teatro griego, no aludiendo solo al hombre sino al papel que este representa. Como concepto jurídico el mismo autor determina que la persona es todo ente con la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. Si bien, los animales para el derecho son considerados “cosas” se vio la necesidad de crear normativas tanto internacionales como nacionales en cada

¹⁰Es la posición según la cual los intereses de los seres humanos deben ser favorecidos sobre los intereses de entidades no humanas. Faria, C., & Páez, E. (2014). Antropocentrismo y especismo: aspectos conceptuales y normativos. *Revista De Bioética Y Derecho*, (32), 95–103. <https://doi.org/10.1344/rbd2014.32.10696>

Estado que tutelen el cuidado, protección y bienestar, que implica el derecho a ser protegidos de crueldad, a vivir libre de sufrimientos, a no ser abandonados.

El presente artículo explora a través de una revisión bibliográfica la construcción del concepto de seres sintientes no humanos como sujetos de derechos como nuevo paradigma dentro de las ciencias jurídicas, su protección internacional, a través del derecho comparado, así como en la normativa paraguaya.

DESARROLLO

Seres sintientes no humanos ¿sujetos de derechos?

El vínculo que une a los humanos y a los animales se remonta a los comienzos de la civilización, el hombre ha tomado de los animales todo lo necesario para su subsistencia, ya sea abrigo con la utilización de las pieles o como alimento. Con el paso del tiempo algunos animales pasaron de vivir en estado salvaje a ser domesticados por el hombre, sirviéndole de protección como los perros, de transporte como los caballos y mulas, de vestimenta como las ovejas y alimento como cerdos, vacas y gallinas.

En el siglo XVII, René Descartes filósofo de la ilustración (1596-1650) consideraba que los animales no tenían la capacidad de sentir, pues no tenían alma y, por ello, no eran merecedores de ninguna consideración. Este pensamiento de Descartes ha sobrevivido hasta nuestros días, dejando una huella indeleble en el campo del derecho moderno. Todos los sistemas legales conceptualizan a los animales como cosas; por ello, incluso muchos juristas sostienen que los animales nunca pueden ser sujetos de derecho porque son incapaces de asumir responsabilidades por falta de voluntad. Este pensamiento humanista antropocentrista se basa en restringir la idea de persona sólo para los animales humanos y negársela a los animales no humanos; amparados en su falta de voluntad

Por su parte, Jeremy Bentham (1748-1832) considerado padre del utilitarismo¹¹ argüía que, si los animales sufrían, eso era todo cuanto hacía falta para incluirlos en la comunidad moral. Sin embargo, no fue hasta 1892 cuando el humanista inglés Henry Salt ha publicado la primera obra íntegra conocida referente a la defensa racional de los animales: *Animal's Rights: Considered in Relation to Social Progress*, traducido al español simplemente como *Los Derechos de los Animales*. En su libro, Salt sostiene que

¹¹ Filosofía que considera que es bueno aquello que es útil para un mayor número de personas.

los animales deberían tener derechos más allá del simple bienestar y defiende la vida y la libertad de los animales tanto domésticos como salvajes, y plantea una crítica bien fundamentada referente a la matanza de animales para la alimentación humana y varias otras prácticas en las que son utilizados como objeto de experimentos, haciendo también una crítica a la cacería de animales y la peletería.

En el siglo XX, otros pensadores, como Peter Singer, en su aclamada obra *Liberación Animal* (1975) adhirieron a la teoría de que los animales no son autoconscientes y que así, el hombre tiene el derecho de usarlos asegurándose de que tengan una vida razonablemente agradable y una muerte relativamente indolora, así adhirió a la teoría bienestarista. Ya en el año 1983, el filósofo americano Tom Regan escribió *El caso de los derechos de los animales*, allí expuso que “los animales que tuvieran un nivel cognitivo equivalente a una autonomía preferente, como el caso de primates y grandes simios, tendrían el derecho moral de no ser tratados exclusivamente para existir como el fin de otros” (Regan, 1983)

En los años 2000, Gary Francione pensador contemporáneo, revoluciona la idea del Derecho Animal sosteniendo una teoría abolicionista donde afirma que ningún ser sintiente debería ser tratado como recurso, sin requerir para ello la existencia de alguna característica cognitiva, se debe abolir, y no regular, la utilización de los animales para beneficio del animal humano, pues siempre que los animales sean mercancías económicas, será teórica y prácticamente imposible conceder una consideración de igualdad a los intereses animales. Rechaza la postura de Singer y Regan al resaltar que el reconocimiento del derecho a no ser tratados como propiedad requiere la abolición de la explotación animal, y no meramente su regulación para asegurar un trato más humano.

Así también, (Donaldson y Kymlicka 2011) plantean en su obra *Zoopolis* una teoría de los derechos animales amplia, en la que se integren unos derechos universales negativos (derecho a no ser privados de la vida, a no ser privados de la libertad, a no ser torturados...) debidos a todos los animales “con una experiencia subjetiva del mundo”, pero en la que se incluyan derechos positivos diferenciados sujetos a (o dependientes de) la naturaleza de la relación humano-animal. situando así a los animales dentro de un marco explícitamente político, es decir, pasan el debate de los animales de un problema de ética aplicada a una cuestión de teoría política

A través de las diferentes posturas filosóficas y los debates respecto a las consideraciones morales y éticas hacia los animales, se ha gestado un cambio de paradigma referido al estatus jurídico del animal. Ya que históricamente los animales no humanos han sido considerados cosas al servicio del hombre e indefectiblemente todos los ordenamientos jurídicos de occidente han regulado su estatus jurídico como una cosa pasible de apropiación. (Sandoval,2019)

Valdés Rocha (2021) sostiene que debe considerarse que la palabra persona -en sentido jurídico- no hace referencia únicamente a los seres humanos, sino que también incluye otros entes o seres que no tienen esa naturaleza. Así, suelen utilizarse las acepciones de persona natural o física para referirse a las personas que pertenecen a la especie humana, y persona jurídica, o moral, al hablar de entidades que adquieren su carácter de persona no por su naturaleza de ser humano sino por medio de una ficción que les confiere personalidad jurídica, como ocurre con las sociedades,

Nava Escudero (2019) manifiesta que “es indispensable aclarar que la expresión sujeto de derecho es un concepto jurídico fundamental al igual que el de persona jurídica, y ningún jurista serio de nuestros días habría de sostener lo contrario. Sin embargo, existe cierta polémica entre algunos juristas respecto a que tal aseveración no deriva en aceptar de modo alguno que tales expresiones, si bien no son antagónicas, tampoco son intercambiables o sinónimas.

Como señala Giménez-Candela (2020), las últimas décadas han presenciado un auge en las reflexiones que se refieren a los animales en la esfera jurídica. Así, la concepción del animal como una cosa ha sido objeto de diversas reflexiones que ha dado como resultado, modificaciones en el ámbito legislativo. Históricamente se puede citar que esto ocurrió, en primer lugar, en Austria, donde se introdujo una modificación en el Tratado de Propiedad del Código Civil de dicho país, mediante la cual se determinó que los animales no son cosas y se rigen por leyes especiales, modificación que posteriormente tendría su repercusión en Alemania y, seguidamente, en Suiza, países cuyos códigos civiles fueron modificados en el mismo sentido que el austríaco.

Estos cambios son muestra de la ruptura con un concepto o categoría clásica, a saber, la de los animales como cosas en propiedad. Giménez-Candela señala también que, a partir de los cambios expuestos anteriormente, otros países han adoptado la fórmula de señalar a los animales como “no cosas”, y se ha visto una tendencia dentro de los códigos

civiles europeos a buscar una definición jurídica de los animales que se adapte a la condición que tienen estos de seres sintientes, condición reconocida por la ciencia ya hace bastante tiempo.

Este rompimiento con el estatus jurídico de los animales como cosas, es un paso inicial de gran relevancia, considerando que, como señala Lachance, los animales, en general, se encuentran atrapados en las estructuras rígidas del sistema del Derecho Civil, que no les admite como personas en sentido jurídico y son, en consecuencia, un bien del que se puede abusar.

Con el reconocimiento de los animales como seres sintientes se ha levantado la discusión sobre si ello implica el reconocimiento de los animales como personas -en el sentido jurídico de la palabra, por supuesto como sujetos de derecho o, tal vez, de alguna otra forma

Siguiendo con lo señalado por Nava Escudero, uno de los caminos que ha tomado esta discusión sobre las diferencias entre el concepto de persona y de sujeto de derecho, es que la posibilidad de tener derechos no es algo exclusivo de una persona y, en ese sentido, se abre la posibilidad para la existencia de otras expresiones o categorías jurídicas que designen a seres o entes que puedan ser titulares de derechos, sin tener la consideración de persona.

Como ejemplos de esto señala el autor, en el ámbito del derecho internacional, la humanidad y los movimientos de liberación nacional; en el ámbito del derecho ambiental, la madre tierra y la naturaleza, y, por otro lado, el nasciturus (un ser humano concebido, pero que aún no ha nacido) cuyo reconocimiento de personalidad o estatus de persona está sujeta al cumplimiento de una condición, cual es, su nacimiento.

Protección Internacional

La nueva y difundida sensibilidad hacia los seres sintientes no humanos ha engendrado problemas de naturaleza también jurídica. Si bien no existe acuerdos internacionales que sean vinculantes referentes a la materia de estudio, se generaron tratados internacionales meramente declarativos que sientan las bases normativas de esta nueva rama del derecho.

Declaración Universal de los derechos del animal de la ONU – adoptada por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y las Ligas Nacionales afiliadas en la Tercera

reunión sobre los derechos del animal, celebrada en Londres del 21 al 23 de septiembre del año 1977.

Fue proclamada el 15 de octubre de 1978 constituye una normativa de carácter no vinculante aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y posteriormente por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

En su preámbulo establece que todo animal posee derechos, que el desconocimiento y el desprecio de tales derechos han conducido y siguen conduciendo al hombre a cometer crímenes contra la naturaleza y contra los animales, que el reconocimiento por parte de la especie humana de los derechos a la existencia de la especie animal constituye el fundamento de la coexistencia de las especies en el mundo, que el hombre comete genocidio y existe la amenaza de que siga cometiéndolo, que el respeto hacia los animales por el hombre está ligado fundamentalmente al respeto de los hombres entre ellos mismos y la educación debe enseñar desde la infancia a observar, comprender y amar a los animales.

Lamentablemente la Declaración Universal de los Derechos de los Animales no es más que una mera declaración de principios o información ética o moral sobre el comportamiento humano hacia otros seres vivos. Esta clase de declaraciones integran el cuerpo normativo de lo que comúnmente se denomina el Soft Law internacional¹²

En el año 1987 se ha procedido a firmar en Estrasburgo, el Convenio Europeo para la Protección de los Animales de Compañía, cuyo objetivo básico es “garantizar el bienestar de los animales en general y en particular de las mascotas y animales de compañía”.

Además, a nivel de la Unión Europea, el Tratado constitutivo de la Unión Europea - Tratado de Lisboa - que entró en vigor el 1/12/2009, reconoce en su parte dispositiva (actual artículo 13), que los animales son “seres sensibles”, por lo que ya se puede hablar de un cambio en el estatus legal con efectos interpretativos de los animales de res a seres

¹² Declaraciones que no son vinculantes, que no adquieren fuerza legal y que su incumplimiento no lleva aparejada ningún tipo de responsabilidad a los estados que violen sus disposiciones. DESPOUY SANTORO, Pedro Eugenio y RINALDONI, María Celeste: Protección Penal a los Animales. Ed. Lerner, Córdoba, 2017.

“sintientes”, merecedores de la protección social y legal adecuada a dicho reconocimiento en la Unión Europea.

Desde el año 2003 se ha desarrollado una iniciativa patrocinada por diversos países, con el objetivo de lograr que las Naciones Unidas adopten una Declaración Internacional sobre el Bienestar Animal. Sandoval (2019) resalta que igualmente, hasta el momento, sólo se ha redactado un borrador de este proyecto, que enumera los cuatro principios esenciales que buscan establecer el bienestar animal como un objetivo esencial y orientador al momento de crear legislación y políticas públicas estatales vinculadas con los animales

Asimismo, otro documento internacional destacable es la Declaración de Cambridge sobre la Conciencia (Cambridge Declaration on Consciousness) que es un manifiesto firmado durante una serie de conferencias respecto de la conciencia en los animales humanos y no humanos, realizadas en julio de 2012, en la Universidad de Cambridge (Reino Unido) concluyendo que los animales no humanos tienen conciencia y capacidad de sentir felicidad y dolor al igual que las personas humanas.

Derecho Comparado

En España, se autorizó la firma del Convenio europeo sobre protección de animales de compañía del Consejo de Europa el 25 de septiembre de 2015, el Consejo de ministros, a propuesta del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, que no ha superado su última fase de tramitación. No existe en la Constitución Española un título competencial específico relativo a la protección o el bienestar de los animales. Mientras el Estado español ha legislado de forma escasa en materia de protección de animales, en los últimos años diversos ordenamientos jurídicos ya han aprobado iniciativas legislativas para redefinir el estatus jurídico de los animales, superando la mera connotación de res.

A su vez en Francia la Assemblée Nationale, en el año 2015, modificó el art. 515-14, del Code civil afirmando que el animal es “être vivants doués de sensibilité” (“seres vivos dotados de sensibilidad”) aunque sujeto al régimen de los bienes muebles.

Del mismo modo en Luxemburgo, el Conseil de gouvernement presentó, en el año 2016, un proyecto de ley considerado innovador, en el cual se garantiza dignidad, protección de vida, seguridad y bienestar a los animales. De esta manera aspira a crear,

con tal proyecto de ley, un nuevo panorama jurídico caracterizado por la tutela de la vida y la garantía del bienestar de los animales. Introduciendo así por primera vez, en el contexto del derecho, la noción de dignidad y de seguridad del animal.

En tal perspectiva dejan de ser considerados como res, pasando a considerarse como seres vivientes no humanos dotados de sensibilidad y titulares de unos derechos. El proyecto de ley hace una distinción, en sí cuestionable en realidad, entre animales clasificables como mamíferos y animales no mamíferos.

En Latinoamérica Bolivia ha dado sendos pasos en pos de este cambio de paradigma, que incorpora a su nueva Constitución “los derechos de la naturaleza”, equiparándolos con los derechos humanos, en virtud de proteger a la “Pachamama”. La Pachamama representa a la tierra, la capa de ozono, los bosques, los ríos, los lagos, las montañas y, por supuesto, los animales. Todo lo que rodea al ser humano es la “Pachamama”, y esta tampoco puede contraer contratos ni obligaciones, pero en la cultura boliviana es el pilar del respeto por toda forma de vida.

Normativa paraguaya

En Paraguay la Constitución Nacional no reconoce a los animales como seres sintientes no humanos como sujetos de derechos; son considerados cosas y como tales están a merced de los seres humanos. Sin embargo, se encuentra vigente la Ley de “Protección y Bienestar Animal”, N° 4840/13, en el cual se establecen pautas mínimas de protección de los animales domésticos, silvestres y exóticos en cautividad.

El Estado paraguayo garantizará la adopción de acciones que aseguren:

- a) La prevención y el tratamiento del dolor y el sufrimiento de los animales.
- b) La promoción de la salud y el bienestar de los animales, asegurándoles, según la especie y forma de vida, condiciones apropiadas para su existencia, higiene, sanidad.
- c) La erradicación y sanción del maltrato y los actos de crueldad hacia los animales.
- d) La implementación de programas educativos y su difusión, a través de medios de comunicación públicos y privados que promuevan el respeto y el cuidado de los animales.
- e) El bienestar animal sostenido. (“Ley N° 4840 / DE PROTECCION Y BIENESTAR ANIMAL”)

Además, en el año 2017 por la ley N° 5982 se modifica el Art. 10 y 38 de la presente ley, se refiere a las sanciones, a la creación de una unidad especializada de protección

animal conforme a la capacidad presupuestaria integrada por personal capacitado en medicina veterinaria, biología o carreras afines, intervención en los casos de violencia contra animales domésticos considerados como mascotas, poner a disposición de las autoridades a los animales maltratados para su resguardo conforme a las disposiciones legales aplicables y pena carcelaria previo proceso judicial.

En el artículo 38 se estipula que las infracciones graves serán de acción penal pública y castigadas con pena privativa de libertad de hasta 2 años con multa, en caso de que un animal doméstico considerado mascota resulta muerto se aplicará la prohibición de poseer otras mascotas por un plazo de hasta 10 años.

La institución encargada de brindar soporte a la unidad especializada de protección animal y fungir incluso de lugar de resguardo para animales rescatados será la Dirección Nacional de Defensa, Salud y Bienestar Animal, órgano dependiente del poder ejecutivo.

DISCUSIÓN

El hecho de que se reconozca que los animales no humanos tienen derechos inviolables no quiere decir que se les reconozcan los mismos derechos que a los seres humanos, incluso dentro de los seres humanos tenemos derechos diferenciados, basados en nuestras capacidades y relaciones. Así, por ejemplo, los ciudadanos tienen derechos que no tienen los extranjeros de paso, los adultos tienen derechos que los niños no tienen, e incluso personas con ciertas capacidades racionales tienen derechos que no tienen aquellas con discapacidades mentales.

Entendemos que los animales no humanos tienen capacidad de derecho en tanto deben ser conceptualizados sujetos de derechos, requiriéndose de captaciones normativas que determinen la extensión del marco tuitivo.

En cuanto a su capacidad de ejercicio, se advierte que los mismos carecen de ésta, es decir de la aptitud para ejercer por sí mismos de los derechos de que es titular. Entonces los animales no humanos no pueden accionar por sí mismos.

El principal problema que plantea la carencia de capacidad de ejercicio es quién o quiénes son los responsables de representar a los animales no humanos a la hora de hacer efectivos sus derechos. La realidad ha demostrado que es posible superar este obstáculo;

puesto que, las diferentes asociaciones que protegen los derechos de los animales se han encargado de la representación de estos ante las vulneraciones de sus derechos. Paralelamente y sin perjuicio de lo ante expuesto, se puede sostener que cualquier persona que acredite un interés razonable en la protección de los animales no humanos podrá accionar.

Pensar que el argumento que propone frenar el reconocimiento, bajo la excusa de que resulta ser prematuro debido a que ni nuestros derechos como animales humanos se encuentran receptados y respetados, es contradictorio e irracional. Es irracional porque resulta crucial consolidar y aceptar un nuevo sujeto o categoría de este que es titular de derechos para que luego inicie el camino hacia su reconocimiento. Por el otro lado también es contradictorio ya que da entender que hay categorías de sujetos que merecen ser tutelados en sus derechos unos por encima de otros como consecuencia de la calidad de sujeto, otra vez caemos en el especismo¹³

CONCLUSIÓN

A partir de las líneas que preceden estas reflexiones, se considera que debe darse un marco tuitivo que consagre el reconocimiento del carácter de sujeto de derecho a los animales. Si bien ya se han dado pasos hacia la concretización y tutela de sus derechos, aún queda camino por andar para tomarlo como un tema serio a ser tenido en cuenta.

No obstante, que la normativa deberá tomar en consideración la regulación y la extensión de la protección de estos en coordinación y armonía con los restantes criterios y ramas del derecho.

El derecho todavía no ha puesto sus ojos hacia a los animales como personas, sujetos de derechos, seres sentientes cuyos intereses como tales merecen ser respetados y equitativamente tenidos en cuenta. Sin lugar a duda, los animales son portadores mínimamente del derecho a la vida y de vivir de acuerdo con las cualidades según su especie. Los mismos son suficientes para fundamentar una legítima pretensión a su

¹³ Es un tipo de discriminación en el que arbitrariamente se otorgan ventajas a algunas especies sobre otras aun teniendo intereses equivalentes. Guerrero Naudín IC. Especismo y transhumanismo. CES Med. Zootec. 2022; 17(2): 6-7. <https://dx.doi.org/10.21615/cesmvz.7043>

reconocimiento, de la misma manera estos presupuestos son compartidos a la hora de fundamentarlos hacia las personas humanas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Donaldson, S., & Kymlicka, W. *Zoopolis* (2011): A political theory of animal rights. (New York)
- Despouy Santoro, P. E. y Rinaldoni, M. C.: (2017) *Protección Penal a los Animales*. Ed. Lerner, Córdoba.
- Giménez-Candela, M. (2020) *Transición Animal en España* (Valencia) p. 159
- Francione, G.: (2000) *Introducción a los Derechos de los Animales: Tu hijo o el perro*. (Philadelphia, Temple University Press).
- Frescura y Candia, L. P. (2012) *Introducción a la ciencia jurídica: Estudios fundamentales de doctrina y legislación Volúmenes I y II*. Marben Editora & Gráfica S.A. Asunción, Paraguay
- Faria, C., & Páez, E. (2014). *Antropocentrismo y especismo: aspectos conceptuales y normativos*. *Revista De Bioética Y Derecho*, (32), 95–103. <https://doi.org/10.1344/rbd2014.32.10696>
- Lachance, M. (2015) *Animals as Sentient Beings: Are we Concerned by Animal Suffering in Canada?* En Favre. D. & Giménez Candela. T., *Animales y Derecho* (Valencia) 259
- Nava Escudero, C. (2019) *Los Animales como Sujetos de Derecho*. dA. *Derecho Animal* (Forum of Animal Law Studies). 10/3. <https://doi.org/10.5565/rev/da.444>
- Regan, T. (2004): *Jaulas Vacías, El Desafío de los Derechos de los Animales*. Altarriba, Madrid,
- Sandoval, G. A. (2019): *El Derecho Animal, un cambio de paradigma para la tutela de los derechos de los animales no humanos*. Trabajo Final de Graduación – Abogacía. Repositorio Académico de la Universidad Siglo 21
- Singer, P. (2005): *Liberación Animal*. Ed. Trotta, Madrid.

Valdés Rocha, J.D., (2021) *Sintiencia animal: Necesidad de un reconocimiento jurídico material, y sus implicaciones teóricas y prácticas*, dA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies) 12/3 (2021). - DOI <https://doi.org/10.5565/rev/da.575>

Instrumentos normativos

Declaración Universal de los derechos del animal – ONU 1976

Convenio Europeo para la Protección de los Animales de Compañía – 1987

Tratado constitutivo de la Unión Europea - Tratado de Lisboa – 2009

Declaración de Cambridge sobre la Conciencia proclamada el 7 de julio de 2012 en Cambridge, Reino Unido, durante la Conferencia Francis Crick sobre Conciencia en Animales Humanos y no Humanos, en el Colegio Churchill, Universidad de Cambridge.

Ley N° 4840/13 - De protección y bienestar animal

Ley N° 5892/17 - Modifica Los Artículos 10 Y 38 De La Ley N° 4.840/13 “De Protección y Bienestar Animal”

EL EQUILIBRIO DE PODERES: UNA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL PARA OPTIMIZAR LAS FACULTADES DE CONTROL ENTRE EL PODER EJECUTIVO Y LEGISLATIVO

Héctor Fernando Benegas Matiauda ¹⁴

RESUMEN

La Constitución Nacional de Paraguay, adoptada en 1992 después del derrocamiento de la dictadura de Stroessner, refleja la influencia de los 34 años de gobierno autoritario. Desde el primer artículo, se adoptan corrientes opuestas a los regímenes autoritarios, centradas en la protección de los derechos fundamentales y la división de poderes. El contexto dictatorial motivó precauciones para evitar la concentración de poder en el Ejecutivo. El análisis destaca que la actual Constitución ha desfavorecido al Poder Ejecutivo en comparación con el Legislativo, concentrando la mayoría de las atribuciones en este último. Se propone una reforma constitucional para revisar las atribuciones de ambos poderes. El Poder Ejecutivo, encabezado por el Presidente, tiene responsabilidades en la dirección del país, la formación de leyes, el manejo de relaciones exteriores y la presentación de proyectos al Congreso. Sin embargo, se observa una serie de limitaciones, como la prohibición de reelección y restricciones en el proceso legislativo, que indican un sesgo hacia el Poder Legislativo. En contraste, el Poder Legislativo, compuesto por el Congreso Nacional, tiene el papel de elaborar y aprobar leyes, fiscalizar al Ejecutivo y controlar sus acciones. La representación proporcional en el Senado busca equidad regional. El Congreso puede anular el veto presidencial y destituir ministros, ejerciendo un control efectivo sobre el Ejecutivo.

Palabras Claves: Constitución Nacional, facultades de control, reforma.

ABSTRACT

Paraguay's National Constitution, adopted in 1992 after the overthrow of the Stroessner dictatorship, reflects the influence of 34 years of authoritarian rule. From the first article, currents opposed to authoritarian regimes are adopted, focused on the protection of fundamental rights and the division of powers. The dictatorial context motivated

¹⁴ Abogado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNE-2016). Especialista en Investigación Científica (UNE-2020). Especialista en Didáctica Universitaria (UNE-2018). Coordinador de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Privada del Este, Sede CDE. Docente de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Privada del Este. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNE). Docente Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNE.

precautions to avoid the concentration of power in the Executive. The analysis highlights that the current Constitution has disadvantaged the Executive Branch compared to the Legislative Branch, concentrating the majority of powers in the latter. A constitutional reform is proposed to review the powers of both powers. The Executive Branch, headed by the President, has responsibilities for directing the country, forming laws, managing foreign relations, and presenting projects to Congress. However, a series of limitations are observed, such as the prohibition of re-election and restrictions on the legislative process, which indicate a bias towards the Legislative Branch. In contrast, the Legislative Branch, made up of the National Congress, has the role of preparing and approving laws, supervising the Executive and controlling its actions. Proportional representation in the Senate seeks regional equity. Congress can override the presidential veto and dismiss ministers, exercising effective control over the Executive.

Keywords: National Constitution, control powers, reform.

Introducción

La Constitución Nacional del Paraguay, vigente desde el año 1992, fue adoptada en un contexto político y social muy particular, se cumplían tres años del derrocamiento de la dictadura del presidente Alfredo Stroessner, circunstancia que marca claramente una tendencia en las ideas tanto sociales como políticas consagradas en la Constitución.

En este sentido, es necesario señalar que el gobierno dictatorial del presidente Stroessner se constituyó en la dictadura más larga en la historia de Sudamérica, extendiéndose desde el año 1954 hasta el año 1989, con una duración de 34 años, evidentemente la intención de este trabajo no es la de entrar en detalles respecto de los hechos atroces que se produjeron en este periodo, pero sí es importante destacar que dicho gobierno tuvo una duración excesiva y ello ha influido notablemente en el contenido de la Constitución de 1992.

Esta influencia se hace evidente en el texto constitucional desde su primer artículo, a partir del cual se adoptan corrientes totalmente opuestas a los regímenes autoritarios, concentradas en la protección de los derechos fundamentales y las cuales comenzaban a ganar presencia en toda la región; de esta manera, el Paraguay pasa a constituirse en Estado Social de Derecho y opta como forma de gobierno por la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana. La influencia también puede notarse en el artículo 3 y su posterior desarrollo, a través del artículo en cuestión se adopta la denominada división de poderes

para el ejercicio del gobierno, es decir, el mismo se ejerce por medio de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control, concluyendo el artículo con la mención de que “la dictadura está fuera de la ley”. (Riera Domínguez, 2016)

Este artículo tiene particular relevancia para el análisis que será llevado a cabo, puesto que el texto constitucional, al desarrollar este sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control, establece los distintos deberes y atribuciones que corresponden a cada poder del Estado. A partir de esto, veremos en el desarrollo del trabajo que el Poder Ejecutivo ha sido visiblemente desfavorecido con respecto a los demás poderes, y en especial respecto del Poder Legislativo, el cual ha concentrado la gran mayoría de las atribuciones, así como las facultades de control sobre los demás poderes.

Es aquí donde se explica la mención del contexto político previo a la adopción de la Constitución Nacional de 1992, ya que claramente la experiencia de un gobierno dictatorial tan extenso ha motivado una suerte de recelo en relación al Poder Ejecutivo, en consecuencia, se buscó evitar de varias maneras una eventual concentración de facultades que pueda desembocar nuevamente en un gobierno de carácter autoritario. Esta situación ha perjudicado notoriamente la capacidad de desenvolvimiento del Poder administrador del Estado y en atención a esto es que se propone una reforma constitucional mediante la cual se lleve a cabo una revisión de los deberes y atribuciones otorgados, haciendo foco en las correspondientes al Poder Ejecutivo y Legislativo. (Ramírez Candia, 2016).

Desarrollo

Una vez que hemos hecho referencia a los antecedentes que motivan esta necesidad de modificación en la Constitución Nacional de nuestro país, se procede a analizar en forma particular la estructura, las atribuciones y funciones de control otorgadas al Poder Ejecutivo, comparándolas con las otorgadas al Poder Legislativo, con lo cual se hará visible la posición de menoscabo en que se ha situado al Ejecutivo con la sanción de la Constitución vigente en la actualidad.

Pero antes, es necesario señalar las notas características particulares de los poderes del Estado que son objeto de estudio de este trabajo, considerando que el sistema político de Paraguay se caracteriza por su estructura democrática, en la que se establecen tres poderes independientes: el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Cada uno de estos poderes tiene atribuciones y funciones específicas que contribuyen a la gobernanza del país.

El Poder Ejecutivo en Paraguay

El Poder Ejecutivo en Paraguay está encabezado por el Presidente de la República. El Presidente es elegido por voto popular y cumple un mandato de cinco años, pudiendo ser reelegido por un solo período consecutivo. El Presidente tiene la responsabilidad de liderar el Gobierno, tomar decisiones ejecutivas, y supervisar la implementación de políticas públicas. Además, el Presidente designa a sus ministros y tiene la facultad de proponer proyectos de ley al Congreso Nacional.

El Poder Ejecutivo tiene un papel central en la formulación y ejecución de políticas públicas en Paraguay. El Presidente y su gabinete son responsables de la gestión del Estado y de tomar decisiones en áreas como economía, seguridad, relaciones exteriores y educación. Esta concentración de poder ejecutivo es común en muchos sistemas presidenciales. El Poder Ejecutivo, encabezado por el Presidente de la República, tiene un papel crucial en la administración y ejecución de las leyes. Según la Constitución, el Poder Ejecutivo tiene el deber de "velar por el cumplimiento de la Constitución, las leyes y los tratados internacionales" (Artículo 238). Esto implica que el Presidente y su gabinete deben asegurarse de que las políticas gubernamentales estén en consonancia con la legislación y los compromisos internacionales del país. (Ramírez Candia, 2016).

Además, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de veto presidencial, lo que le permite influir en la legislación promulgada por el Poder Legislativo. El artículo 168 establece que el Presidente puede vetar total o parcialmente los proyectos de ley, lo que ejemplifica la influencia ejecutiva en el proceso legislativo. (Riera Domínguez, 2016)

El Poder Legislativo en Paraguay

El Poder Legislativo en Paraguay está compuesto por el Congreso Nacional, que a su vez se divide en dos cámaras: la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados.

Los senadores son elegidos por representación proporcional y los diputados por voto popular, ambos con mandatos de cinco años. El Congreso Nacional es responsable de la elaboración y aprobación de leyes, la fiscalización del Poder Ejecutivo y el control de sus acciones; es decir, el Poder Ejecutivo tiene la responsabilidad de implementar y hacer cumplir las leyes aprobadas por el Poder Legislativo. Además, su capacidad de veto presidencial le otorga un mecanismo de control y equilibrio sobre la legislación. Sin embargo, el Congreso tiene la facultad de anular el veto presidencial mediante una mayoría absoluta, lo que refuerza el sistema de control y balance entre los poderes.

Una de las características notables del sistema legislativo paraguayo es la representación proporcional en el Senado, que asegura una distribución equitativa del poder entre las diferentes regiones del país. El Congreso Nacional tiene un importante papel en el sistema de control y equilibrio de poderes, ya que puede censurar ministros, aprobar o rechazar proyectos de ley y ejercer un control efectivo sobre el Poder Ejecutivo. (Lezcano Claude, 2010)

Comparación de las Atribuciones y Funciones de Control

El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en Paraguay tienen roles y atribuciones claramente definidos, pero también comparten ciertas responsabilidades en la gobernanza del país. El Poder Ejecutivo se encarga de la implementación de políticas y la administración del Estado, mientras que el Poder Legislativo tiene un rol de control y fiscalización. Esta separación de poderes es esencial para el funcionamiento de la democracia y evita la concentración de poder en una sola institución. (Lezcano Claude, 2010)

El Poder Ejecutivo tiene la facultad de proponer leyes y tomar decisiones ejecutivas, pero su acción está sujeta a la aprobación del Congreso Nacional. El Poder Legislativo tiene el poder de legislar y fiscalizar al Poder Ejecutivo. Además, el Congreso Nacional tiene el poder de destituir ministros a través de mociones de censura, lo que representa un mecanismo importante de control y equilibrio. (Vera Barberán, 2020). Se debe señalar además, cuál es el mecanismo mediante el cual se llevará a cabo esta modificación constitucional; para ello, debemos recurrir a lo dispuesto por la norma fundamental en sus artículos 289 y 290, los cuales establecen el procedimiento de la reforma y de la enmienda.

Primeramente, respecto de la reforma, la norma dispone que la misma podrá realizarse una vez transcurridos diez años de promulgada la Constitución, estableciéndose que para ello se requiere una solicitud por el veinticinco por ciento de cualquiera de las Cámaras del Congreso, o de treinta mil electores; luego se menciona que, una vez decidida la necesidad de reforma, el Tribunal Superior de Justicia Electoral debe llamar a elecciones dentro de ciento ochenta días, en comicios generales, para designar a los integrantes de la Convención Nacional Constituyente. (Ramírez Candia, 2016)

En cuanto a la enmienda, el artículo 290 menciona que la misma podrá llevarse a cabo luego de tres años de promulgada la Constitución, y para su solicitud se requiere la iniciativa de la cuarta parte de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso, o de treinta mil electores y, además, se otorga al Presidente de la República la posibilidad de solicitar la enmienda; el tratamiento de la enmienda debe ser llevado a cabo por medio de las Cámaras del Congreso, y una vez que la enmienda haya sido aprobada con las mayorías pertinentes, se remite el texto al Tribunal Superior de Justicia Electoral para que este, dentro de los ciento ochenta días, convoque un referéndum en el cual la votación popular decidirá la aprobación o no de la enmienda.

Pero lo relevante se encuentra en el último párrafo del artículo en cuestión, en el mismo se dispone que: “No se utilizará el procedimiento indicado de la enmienda, sino el de la reforma, para aquellas disposiciones que afecten el modo de elección, la composición, la duración de mandatos o los atribuciones de cualquiera de los poderes del Estado, o las disposiciones de los Capítulos I, II, III y IV del Título II, de la Parte I.”, con lo que queda claro que la modificación propuesta en este trabajo deberá ser llevada a cabo por medio del mecanismo de la reforma constitucional, puesto que la redacción del artículo menciona específicamente que la misma debe utilizarse cuando se trate de las atribuciones de cualquiera de los poderes del Estado. (Méndez y Pereira, 2016)

Estructura y funciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Facultades de control.

Facultades de Control del Poder Ejecutivo

El artículo 226 establece que el Poder Ejecutivo es ejercido por el Presidente de la República, es decir, el Presidente se constituye en la figura principal de este Poder para el cual se adopta un sistema unipersonal, obviando el artículo hacer mención ya sea al Vicepresidente de la República o a los Ministros del Poder Ejecutivo. Se hace referencia

al Vicepresidente en artículos posteriores, otorgándole las funciones de sustituir al Presidente de la República, representarlo nacional e internacionalmente, y además se prevé que debe “coordinar las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo”; en cuanto a los Ministros, se los designa como responsables de la dirección y la gestión de los negocios públicos, siendo los jefes de la administración de sus respectivas carteras, actuando bajo la dirección del Presidente de la República. (Vera Barberán, 2020)

En cuanto a los deberes y atribuciones específicos del Presidente de la República, estos se encuentran establecidos en el artículo 238, son dieciséis en total, entre los cuales podemos resaltar:

- representar al Estado y dirigir la administración general del país;
- participar en la formación de las leyes, de conformidad con esta Constitución, promulgarlas y hacerlas publicar, reglamentarlas y controlar su cumplimiento;
- vetar, total o parcialmente, las leyes sancionadas por el Congreso, formulando las observaciones u objeciones que estime convenientes;
- dictar decretos que, para su validez, requieren el refrendo del Ministro del ramo;
- nombrar y remover por sí a los ministros del Poder Ejecutivo, al Procurador General de la República y a los funcionarios de la Administración Pública, cuya designación y permanencia en los cargos no estén reglados de otro modo por esta Constitución o por la ley;
- el manejo de las relaciones exteriores de la República. En caso de agresión externa, y previa autorización del Congreso, declarar el Estado de Defensa Nacional o concertar la paz; negociar y firmar tratados internacionales; recibir a los jefes de misiones diplomáticas de los países extranjeros y admitir a sus cónsules y designar embajadores, con acuerdo del Senado;
- proponer al Congreso proyectos de ley, los cuales podrán ser presentados con solicitud de urgente consideración, en los términos establecidos en esta Constitución;
- preparar y presentar a consideración de las Cámaras el proyecto anual de Presupuesto General de la Nación.

Son en general funciones destinadas a la administración del Estado, no obstante, a partir de su simple lectura ya podemos notar una serie de limitaciones impuestas al ejercicio de este poder. Así, encontramos que el Presidente únicamente realiza nombramientos de cargos vinculados al Poder Ejecutivo, desapareciendo su participación en el nombramiento de integrantes del Poder Judicial, como ocurría en la anterior Constitución de 1967, en su artículo 180, numeral 7; igualmente, desaparecen funciones tales como dictar Decretos Leyes y disolver el Congreso, ambas presentes en la anterior Constitución. (Méndez y Pereira, 2016)

En síntesis se encarga d la representación del Estado y Administración General del País, Una de las principales atribuciones del Presidente de la República es la de representar al Estado y dirigir la administración general del país. Como lo indica Lezcano Claude (2020), esto implica que el Presidente actúa como el líder máximo del gobierno y es responsable de la gestión eficiente de los asuntos públicos. Además, este deber le otorga un papel central en la toma de decisiones políticas y administrativas. El Presidente de la República participa activamente en la formación de leyes, de conformidad con la Constitución. Esta atribución se manifiesta a través de la promulgación de leyes aprobadas por el Congreso y la posterior publicación de las mismas. Asimismo, el Presidente tiene la responsabilidad de reglamentar y controlar el cumplimiento de las leyes, lo que garantiza la aplicación efectiva de la legislación en el país.

Un punto relevante en cuanto a las facultades de control la encontramos dentro del proceso de formación de leyes. El Presidente posee la facultad de vetar, total o parcialmente, las leyes sancionadas por el Congreso, expresando sus observaciones u objeciones. Esta función es esencial para mantener el equilibrio de poderes y garantizar la calidad de la legislación, ya que el Congreso puede revisar y debatir las observaciones del Presidente. Así también, el Presidente puede emitir decretos que requieren el refrendo del Ministro del ramo para su validez. Estos decretos permiten al Presidente tomar decisiones ejecutivas rápidas y eficaces en asuntos de su competencia, lo que es esencial para la gestión gubernamental.

El Presidente tiene el deber de proponer proyectos de ley al Congreso, los cuales pueden presentarse con solicitud de urgente consideración. Esta atribución permite al Presidente influir en la agenda legislativa y promover políticas de interés nacional de manera efectiva. Tiene el poder de nombrar y remover a los ministros del Poder

Ejecutivo, al Procurador General de la República y a los funcionarios de la Administración Pública, siempre que su designación y permanencia en los cargos no estén reglados de otro modo por la Constitución o la ley. Según lo afirman Méndez y Pereira (2016) este poder garantiza la alineación de los funcionarios con la visión del Presidente y permite una gestión eficiente.

En este mismo sentido, a partir del análisis del texto constitucional, podemos encontrar más de limitaciones contenidas en otros artículos, entre las que podemos resaltar: la prohibición de reelección, prevista en el artículo 229 de manera doble, primero, mencionando que la duración del cargo es de cinco años improrrogables y luego estableciendo que el Presidente y Vicepresidente “no podrán ser reelectos en ningún caso”.

Si bien la cuestión de la reelección es un aspecto que requiere un debate amplio de los distintos sectores que conforman la esfera política, aquí podemos mencionar que pocos países en la región latinoamericana la prohíben de manera absoluta, como señala Lezcano Claude (2010), apenas 4 países en la región lo hacen, siendo ellos Guatemala, Honduras, México y Paraguay; además, su prohibición ha sido considerada por muchos como perjudicial, puesto que un periodo de gobierno de cinco años no sería suficiente para llevar a cabo cambios significativos a nivel nacional.

Como se había mencionado, una de las restricciones más importantes la encontramos en el artículo 209, el cual se enmarca dentro de las facultades de participación del Presidente en el proceso de formación de las leyes. Dicho artículo regula la objeción total a un proyecto de ley, también conocida como “veto total”, disponiendo que, en caso que el Ejecutivo rechace totalmente un proyecto de ley, este volverá a la Cámara de origen, y si tanto esta como la Cámara revisora confirmaran el proyecto original por mayoría absoluta, el Ejecutivo se encuentra obligado a su promulgación y publicación; y aunque esta restricción ya se encontraba presente en la anterior Constitución, la misma fue modificada en perjuicio del Poder Ejecutivo y en favor del Legislativo, puesto que en la redacción de la anterior Constitución, en su artículo 158, se disponía que en caso de rechazo total de un proyecto de ley, el mismo solo podría ser tratado nuevamente en las sesiones del año mediante el voto afirmativo de la mayoría absoluta de dos tercios, lo cual implica que la mayoría requerida para dejar sin efecto la objeción total del Ejecutivo ha sido disminuida a una mayoría absoluta.

Otra limitación que puede ser mencionada es la referente al denominado Estado de Excepción, regulado por el artículo 288, el cual dispone que el mismo se prevé para casos de conflicto armado internacional, formalmente declarado o no, o de grave conmoción interior que ponga en inminente peligro el imperio de la Constitución o el funcionamiento regular de los órganos creados por ella, pudiendo el Estado de Excepción ser declarado tanto por el Poder Ejecutivo como por el Poder Legislativo; no obstante, se establece que si el mismo es declarado por el Ejecutivo, deberá ser aprobado por el Congreso dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, mientras que si es declarado por el Congreso, no se requiere ninguna participación del Ejecutivo, cuando en la Constitución de 1967, artículo 181, el Ejecutivo podía declararlo y simplemente debía dar aviso al Congreso dentro de los cinco días. (Méndez y Pereira, 2016)

Con esto se mencionan solo algunas de las restricciones impuestas al Poder Ejecutivo en la Constitución Nacional vigente, si bien existen muchas otras, las descriptas son más que demostrativas de las limitaciones impuestas al Poder administrador del Estado, siendo resaltante que la mayoría de ellas son establecidas de manera a favorecer las atribuciones del Poder Legislativo, las que pasamos a analizar seguidamente.

El Poder Legislativo. Sus Atribuciones y facultades de control.

En lo que se refiere al proceso de formación de leyes, facultad por excelencia del Legislativo, vemos que se suprime la sanción ficta presente en la anterior Constitución de 1967, la que en su artículo 156 disponía que, en caso que los proyectos remitidos por el Ejecutivo no fuesen tratados en el periodo de sesiones anual, se considerarán sancionados y el Ejecutivo podrá promulgarlos; esta situación no se produce en la Constitución vigente, disminuyendo una de las facultades del Ejecutivo en su participación en la formación de leyes.

Entre los nombramientos de cargos, los que son realizados por el Poder Legislativo aumentan considerablemente, más en importancia que en número, respecto a la Constitución del año 1967, de esta manera, el Poder Legislativo nombra a los miembros de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Superior de Justicia Electoral, al Defensor del Pueblo, al Contralor y Subcontralor de la República; anteriormente, el Poder Ejecutivo realizaba los nombramientos de los ministros de la Corte Suprema de Justicia, así como también de miembros de Tribunales, Jueces y demás magistrados del Poder

Judicial, mientras que actualmente su participación se ha relegado a la de prestación de acuerdo para la realización de dichos nombramientos. (Ramírez Candia, 2016)

A partir de aquí es importante hacer mención a las facultades de control del Poder Ejecutivo que se han otorgado al Poder Legislativo en la vigente Constitución. En primer lugar podemos mencionar el artículo 202, el mismo, en su numeral 15, dispone que el Congreso debe recibir del Presidente de la República, un informe sobre la situación general del país, sobre su administración y sobre los planes de gobiernos, en otros términos, el Ejecutivo debe realizar una rendición de cuentas de su gestión al Congreso; luego tenemos el artículo 233, el cual se refiere a las ausencias del Presidente de la República, disponiendo que en caso de que la ausencia del país tuviere que ser de más de cinco días, el Presidente requerirá de una autorización de la Cámara de Senadores, situación que no se daba en la Constitución de 1967, y por supuesto, no podemos dejar de lado el artículo 225, el cual consagra el procedimiento del Juicio Político, mediante el cual el Congreso puede remover de su cargo al Presidente de la República, al Vicepresidente, a los ministros del Poder Ejecutivo, entre los cargos relacionados a este poder, siendo un gran acierto de la Constitución la inclusión de esta institución como mecanismo de control.

Una de las facultades de control e influencia de mayor relevancia sobre el Ejecutivo la encontramos en el artículo 216 de la Constitución, el cual regula la importante institución del Presupuesto General del Estado. El artículo en cuestión establece que el proyecto de ley del Presupuesto General del Estado debe ser presentado anualmente por el Poder Ejecutivo al Congreso para su consideración, y a partir del análisis de la redacción del artículo no surge ningún tipo de limitación a las Cámaras del Congreso para introducir modificaciones al proyecto presentado por el Ejecutivo; es decir, el Congreso puede llevar a cabo recortes en el mismo, disponer aumentos de los gastos sin necesidad de hacer mención al financiamiento de los mismos, sin mencionar que muchas veces todo esto se encuentra sujeto a acuerdos de carácter meramente político, entre otras cuestiones, evidentemente, una limitación existente será la del presupuesto de aquellos órganos a los cuales la Constitución otorga autarquía presupuestaria, la que no podrá ser afectada por el Congreso. (Riera Domínguez, 2016)

Otro aspecto importante a ser señalado es el del tiempo que dispone el Congreso para el tratamiento del proyecto del Presupuesto, se le otorgan sesenta días corridos para

la aprobación, esto sin contabilizar los eventuales prolongamientos que puedan darse en caso de objeciones de alguna de las Cámaras, mientras que en la Constitución de 1967 se preveían 30 días para la sanción. (Lezcano Claude, 2010)

Todas estas situaciones referidas al Presupuesto General perjudican gravemente al Poder Ejecutivo, pues, además de las demoras que puedan darse para su aprobación, lo cual obstaculiza la vigencia del mismo, las modificaciones que pueden ser llevadas a cabo por el Congreso resultan excesivas, y, en consecuencia, al ser el Presupuesto General el elemento fundamental que determina el campo de acción del Poder Ejecutivo, así como lo señala Vera Barberán (2016), la posibilidad de llevar a cabo sus planes de gobierno, se desemboca en una afectación innecesaria en el ejercicio de sus funciones.

La Constitución del Paraguay otorga al Poder Legislativo, compuesto por el Congreso Nacional, la facultad de aprobar o rechazar proyectos de leyes presentados por el Poder Ejecutivo. Esto establece un mecanismo crucial de control, ya que el Congreso puede influir en las políticas gubernamentales y garantizar que se ajusten a la voluntad popular y al interés general. El Congreso Nacional tiene la capacidad de llevar a cabo un juicio político contra el Presidente de la República u otros altos funcionarios del Poder Ejecutivo en caso de incumplimiento de sus deberes constitucionales. Esto implica un control efectivo sobre la conducta del Poder Ejecutivo y la rendición de cuentas. (Riera Domínguez, 2016)

Para entender mejor estas facultades de control, es relevante recurrir a teorías políticas. La teoría del "gobierno de leyes" promovida por Montesquieu sostiene que el poder debe ser ejercido bajo la ley y que la separación de poderes es esencial para evitar el abuso. En este contexto, el Poder Legislativo actúa como un contrapeso necesario para el Poder Ejecutivo.

Con la descripción de los distintos artículos realizada precedentemente, resulta más que claro el cercenamiento que ha sufrido en sus funciones el Poder Ejecutivo a partir de la adopción Constitución Nacional vigente desde el año 1992, no obstante, resulta oportuno para reafirmar dicha situación traer a colación lo que nos menciona Mendonca (1997), quien al realizar un recuento de las funciones de control otorgadas a los poderes del Estado en la norma fundamental, señala que: el Poder Legislativo cuenta con un total de 35 funciones de control de los demás Poderes, el Poder Judicial cuenta con 12, mientras que el Poder Ejecutivo cuenta con solo 3, de las cuales apenas 1 (el veto

de leyes) se refiere al Poder Legislativo, a esto añade el autor, que es fácilmente observable, como indica Mendonca (1997) que “el Poder Ejecutivo es el órgano más controlado, y a la vez, el que menos facultades de control tiene” (p.44).

Conclusión

Una vez finalizado el análisis respecto de los deberes y atribuciones otorgados a los Poderes Ejecutivo y Legislativo en la Constitución Nacional vigente en nuestro país, surge la necesaria propuesta de reforma constitucional que se propone en el presente trabajo, basado esencialmente en las siguientes cuestiones.

En primer lugar, con la sanción de la nueva Constitución, y conforme lo menciona el artículo 3, se buscó implementar un sistema en el cual los tres poderes del Estado se encuentren separados, equilibrados, coordinados y en recíproco control; sin embargo, ante el recelo existente respecto del Poder Ejecutivo, motivado en una negativa experiencia histórica, se acabó por debilitar de manera significativa el mismo, y, en contrapartida, se otorgaron una cantidad importante de nuevas atribuciones al Poder Legislativo, al mismo tiempo que no se previeron un igual número de vías de control sobre este poder.

En segundo lugar, con estas reformas propuestas no se pretende que el Poder Ejecutivo vuelva a recuperar su predominio respecto de los demás Poderes, dando lugar a un eventual gobierno de carácter autoritario, sino todo lo contrario, buscar que el mismo se encuentre en pie de igualdad sobre todo respecto del Poder Legislativo, que como hemos visto, es el Poder menos controlado en nuestro actual esquema Constitucional, lo cual en la práctica termina por disminuir las posibilidades de desarrollo de los planes del Poder Ejecutivo.

Con esto, se considera que los principales cambios a ser llevados en una posible reforma de la Constitución Nacional deberán concentrarse en las facultades del Poder Legislativo respecto del tratamiento Presupuesto General del estado, es decir, imponerle mayores restricciones a la hora de introducir modificaciones; modificar nuevamente la mayoría establecida para rechazar el veto de leyes realizado por el Poder Ejecutivo, de manera que este pueda tener un mayor peso en el proceso de formación de leyes; prever una mayor participación del Ejecutivo en el nombramiento de los integrantes de ciertos cargos de relevancia para el gobierno nacional; y, por último, introducir nuevas funciones de control sobre el desempeño del Poder Legislativo, puesto que, como hemos visto,

actualmente el Poder Ejecutivo cuenta únicamente con una función de control respecto del Poder Legislativo.

Referencias Bibliográficas

Constitución Nacional del Paraguay. 1992 Constitución Nacional del Paraguay. 1967

Lezcano Claude, L. (2010). Poder Ejecutivo: Propuesta de Reforma Constitucional.

Revista Jurídica Universidad Americana, 1. p.175-203.

Ramírez Candia, M. (2016). Derecho Constitucional Paraguayo. Asunción, Litocolor.

Riera Domínguez, M. (2016). Reforma o enmienda: un tema que debe interesarnos a todos. Revista Jurídica, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción.

Mendonca, J. (1997). El Equilibrio de Poder en la Constitución de 1992. Comentario a la Constitución, Corte Suprema de Justicia.

Méndez, M. y Pereira C. (2016). Enmienda y reforma de la Constitución. Revista Jurídica, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción.

Vera Barberán, L. (2016). La reforma constitucional como presupuesto para la gobernabilidad y el fortalecimiento de las instituciones del Estado. Revista Jurídica, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción.

DETERMINAR LOS ALCANCES DE LA PRUEBA PERICIAL PARA LA ACREDITACIÓN DE LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN LOS HECHOS PUNIBLES DE VIOLENCIA FAMILIAR

Hugo Fernando Flores Men ¹⁵

Resumen

El presente trabajo, tiene como objetivo principal hacer notar de que manera los Tribunales Penales de Sentencia de Ciudad del Este, dan por acreditadas la existencia de la violencia psicológica, dentro de lo que es la violencia familiar, tipificado en el Art. 229 del Código Penal Paraguayo, en algunos casos, por no decir en la mayoría de ellos, únicamente se basan en el testimonio de la víctima, o en informes remitidos por la Oficina de Asistencia a Víctimas del Ministerio Público, que básicamente consiste en un formulario pre elaborado, que de ser verificado detalladamente se podrá notar que se trata de una hoja utilizada en todos los casos, con conclusiones casi que idénticas en todos los casos, resultados de una sesión de evaluación a las víctimas. No obstante, desde el punto de vista del garantismo penal, se necesita más que un simple formulario, para determinar la existencia real de la violencia psicológica, se necesita de una pericia psicológica, realizada en cada caso conforme a los métodos científicos, que permitan verificar luego de un seguimiento al estado de salud mental de la víctima, si la misma sufre o ha sufrido violencia psicológica, y esto debe hacerse en caso uno de los casos sometidos a juzgamiento, de manera que se pueda justamente garantizar a cada una de las partes la justicia que corresponde.

Palabras clave: violencia familiar, violencia psicológica, entrevista psicológica, pericia psicológica.

Abstract

The main objective of this work is to note how the Criminal Sentencing Courts of Ciudad del Este consider the existence of psychological violence to be accredited, within what is family violence, typified in Art. 229 of the Code. Paraguayan Penal Code, in some cases, if not in most of them, are only based on the testimony of the victim, or on reports sent

¹⁵ Actuario Judicial del Juzgado Penal de Sentencia N° 12 de la VI Circunscripción Judicial de Alto Paraná. Ciudad del Este. Paraguay. Correo electrónico: fernandoflores0106@gmail.com. Abogado, egresado de la Promoción 2016 de la Universidad Privada del Este. Egresado de la Escuela Judicial, Promoción XX – XXI. Especialista en Didáctica Universitaria por la Universidad Nacional del Este. Notario y Escribano Público por la Universidad Nacional del Este. Especialista en Ciencias Penales (Parte General y Especial) por el Centro de Ciencias Penales y Política Criminal. Alumno del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales del Paraguay (INECIP-Py) en proceso de defensa de tesis en la Maestría en Garantismo Penal y Derecho Procesal.

by the Victim Assistance Office of the Public Ministry, which basically consists of a pre-prepared form, If verified in detail, it will be possible to notice that it is a sheet used in all cases, with almost identical conclusions in all cases, results of an evaluation session for the victims. However, from the point of view of criminal guarantees, more than a simple form is needed; to determine the real existence of psychological violence, psychological expertise is needed, carried out in each case in accordance with scientific methods, which allow verification. after monitoring the mental health status of the victim, if the victim suffers or has suffered psychological violence, and this must be done in the case of one of the cases submitted to trial, so that each of the parties can be fairly guaranteed the justice that corresponds.

Keywords: family violence, psychological violence, psychological interview, psychological expertise.

Introducción

Para comenzar a detallar el presente trabajo, es importante, hacer una breve descripción de la violencia familiar, para Martínez Díaz “la violencia intrafamiliar es un fenómeno de ocurrencia mundial en el que las mujeres y niños son los grupos más vulnerables” (Martínez Díaz, 2003, págs. 353-355).

La violencia que ocurre dentro del ámbito familiar, como venimos observando puede tener consecuencias muy severas, que van desde agresiones físicas, verbales, malos tratos, desembocando incluso, en la muerte de la víctima. Sin embargo, la violencia familiar no solo son agresiones físicas, verbales o sexuales, también dentro de ella existe un tipo de violencia, que podría decirse es una de las menos atendidas, que es la violencia psicológica, citando a Safranoff.

“La violencia psicológica es una de las modalidades menos exploradas y, al mismo tiempo, posiblemente, la más sufrida” (Safranoff, 2017). “Manifestaciones de violencia familiar: Psicológico: Infligir angustia a través del control y limitación de acceso a amigos, escuela o trabajo; aislamiento forzado, ser testigo involuntario de actividades e imágenes violentas; intimidación, usar el miedo o el daño físico, las amenazas, los chantajes, amenazas de suicidio y acoso hacia los demás (Alonso Varea, 2006). “La violencia psicológica aparece muy habitualmente en estas situaciones, siendo

más difícil de identificar...///...Este tipo de violencia “invisible” puede causar en la víctima trastornos psicológicos, desestructuración psíquica, agravar enfermedades físicas o, incluso, provocar el suicidio” (Asensi P., 2016).

La violencia psicológica, se encuentra el mismo nivel de gravedad que la violencia física o sexual, que son aquellas que dejan rastros o marcas en el cuerpo de la víctima, no obstante, el hecho de que la violencia psicológica no deje marcas o rastros no significa que sus consecuencias no sean dañinas, o dejen secuelas de por vida en las víctimas.

Ahora bien, para que este tipo de violencia, la psicológica, pueda ser realmente demostrada, la existencia del daño debe ser acreditado con pruebas fehacientes y pertinentes, que permitan conectar sin lugar a dudas de que daño psicológico que padece la víctima sea consecuencia directa del hecho punible denunciado, a dicha conclusión solo podrá arribarse mediante el trabajo de expertos psicólogos, a través de una pericia psicológica.

Violencia psicológica y la prueba pericial psicológica

La Ley 5777/16 de la Protección Integral a la Mujer contra la violencia, define en el artículo 6, específicamente en el inciso c) la violencia psicológica como “acto de desvalorización, humillación, intimidación, coacción, presión, hostigamiento, persecución, amenazas, control y vigilancia del comportamiento y aislamiento impuesto a la mujer”. Se podría decir que este artículo, trae una definición legal que nos permite comprender sin ninguna duda lo que es la violencia psicológica.

Lo que se debe destacar es que, en la violencia psicológica, el agresor/a actúa de una manera, que no necesita dejar lesiones o marcas en el cuerpo de su víctima, sino que actúa de una manera tan dominante, que controla y somete a sus víctimas, a través de presiones emocionales graves, mediante el maltrato verbal, la opresión, denigración, humillación, logrando de forma gradual desestructurar o desequilibrar a su víctima, quien pasa a crear una dependencia absoluta hacia su agresor.

Es por ello que, cuesta identificar o este tipo de violencia, ya que a menudo se encuentra oculto o invisibilizado, como dirían los expertos, ante los ojos de la sociedad, esto debido a que las presiones psicológicas, se producen en la intimidad del ámbito doméstico.

Describir la violencia psicológica como manifestación de malos tratos en situaciones de violencia de género, es básica para comprender la importancia de considerar este aspecto en las evaluaciones psicológico-forenses, teniendo presente tanto el proceso violento sin lesiones psíquicas, como las consecuencias emocionales en las víctimas de malos tratos psicológicos continuados. En el contexto de la violencia de género, las agresiones físicas habitualmente producen consecuencias psicológicas. Asimismo, se puede dar, únicamente, la violencia psicológica, pudiendo provocar numerosas secuelas tanto a nivel físico como emocional. Este tipo de violencia “invisible” puede causar en la víctima trastornos psicológicos, desestructuración psíquica, agravar enfermedades físicas o, incluso, provocar el suicidio. (Asensi L. F., 2016)

De allí que, para determinar con precisión y sin lugar a dudas, la existencia de la violencia psicológica dentro de la figura de la violencia familiar, es que el órgano encargado de la investigación, en este caso y en principio, el Ministerio Público recurre a los expertos o profesionales en el área, cuya evaluación les permita entender o comprender el fenómeno de la violencia psicológica, pero más que nada, si una víctima en particular padece las consecuencias de la violencia psicológica, si esos daños fueron causados directamente por el hecho punible sometido a proceso, o simplemente agravo una condición antecedente que venía sufriendo la víctima.

Es por ello que, un simple informe psicológico, resultante de una evaluación, obtenida mediante una única entrevista que dura unos 45 minutos aproximadamente, no es suficiente para determinar la violencia psicológica, y menos aún, si es consecuencia directa del hecho punible en cuestión, la misma debe ser necesariamente acreditada por medio de una prueba pericial con contenga métodos científicos más detallados y específicos.

Según Bedoya Arias, en el 2022, refirió que cada caso es individual, ninguno es igual a otro, por lo tanto, basar las conclusiones utilizando un formulario preestablecido

no es correcto, en cada caso particular, se debe tener en cuenta, el objeto de la evaluación, el Juez, Tribunal o autoridad que solicita la pericia, analizar los antecedentes relacionados al caso, revisar las documentaciones, llevar a cabo las entrevistas (en plural), realizar observaciones a la persona sometida a la pericia, aplicar las pruebas que estén actualizadas y validadas, valerse de las distintas investigaciones sean estas básicas o forenses. Es decir, claramente se puede observar que son muchos los pasos a seguirse a fin de llevar a cabo una correcta prueba pericial y que de ninguna manera podrá ser realizada en una única sesión con la supuesta víctima; de allí que el informe pericial psicológico pasa a ser el documento objetivo y científico, que fue elaborado y firmado por un experto psicológico, que contiene una fecha cierta, en donde se expone sus consideraciones y por sobre todo las conclusiones sobre el objeto sometido a la pericia o evaluación y en los casos de violencia familiar, en su forma de violencia psicológica es imprescindible.

Importancia del dictamen pericial psicológico

Para el caso nos ocupa, específicamente la violencia psicológica, el informe pericial resulta esencial para evidenciar o confirmar, por medio de una evaluación profesional y técnica, una situación no visible a simple vista, por lo que podría decirse que su percepción se encuentra oculta, en otras palabras, la finalidad del dictamen pericial psicológico es hacer visible lo invisible, que son los daños o secuelas emocionales causadas por la violencia familiar.

Uno de los obstáculos más grandes con los que se deparan los Tribunales Penales actualmente, para averiguación de los casos de violencia psicológica, vienen a constituir las propias pruebas del hecho, esto se debe a que, en los casos de violencia psicológica, la misma se lleva a cabo en la intimidad del hogar, sin la presencia de testigos, sin rastros o lesiones físicas, y con lo único que se cuenta es la declaración de la víctima y, aquí donde nos cuestionamos el valor de esa declaración y la posible violación de las garantías procesales; ya que no son pocos los casos, en los que únicamente con la declaración de la víctima, (que en la mayoría de los casos ni se ratifican en sus manifestaciones) es suficiente para llegar a condenar a su supuesto agresor.

Navarro Góngora, Navarro Abad, Vaquero y Carrascosa (2004) proponen tres aspectos a valorar: en primer lugar, establecer que el maltrato y la violencia psicológica ha tenido lugar, en segundo lugar, valorar las consecuencias psicológicas (lesión psíquica

o secuelas) de dicho maltrato y, por último, establecer y demostrar el nexo causal entre la situación de violencia y el daño psicológico (lesiones psíquicas y secuelas emocionales).

Como se puede apreciar claramente, en lo expuesto por los profesionales, los mismos abordan y explican de forma detallada lo que se trata de exponer en el presente trabajo, es decir, para que un dictamen pericial psicológico, o en su caso un protocolo de evaluación (como es descrito por las psicólogas del Ministerio Público), determine la existencia o no de la violencia psicológica y, para que la misma sea confiable y ofrezca las garantías necesarias de validez al proceso, indispensablemente tiene que abarcar los tres puntos expuestos anteriormente. Además, el dictamen debe ser realizado de manera a descartar totalmente indicios de simulación y contener indicadores de credibilidad, según lo expone Asensi, en su trabajo Evaluaciones Psicológico-Forenses en asuntos de Violencia de Género de 2016.

Es de trascendental importancia, que en el dictamen pericial psicológico, que se lleve a cabo a los efectos de determinar la existencia de la violencia psicológica, se descarte de forma absoluta las declaraciones falsas o simuladas, ya que en muchos casos, las supuestas víctimas alegan que como consecuencia del hecho punible objeto del proceso (violencia familiar en su forma de violencia psicológica) padecen síntomas o daños asociados al mismo, como ansiedad, temor, falta de sueño, híper vigilancia, indefensión, entre otros, síntomas estos que no es posible detectar mediante una única evaluación (generalmente de 40 a 45 minutos) sino que requiere un período más o menos prolongado de observación, que permitan verificar tal situación, y por sobre todo si todas esas secuelas psicológicas están conectados directamente al hecho investigado.

Es por ello, que en los casos de violencia familiar en su forma de violencia psicológica, en los que los daños o lesiones no son visibles, la prueba o el dictamen psicológico es indispensable, ya que por medio de esa prueba los profesionales realizaran una exhaustiva y completa descripción del hecho investigado, explicaran las causas o razones que impulsan al agresor a actuar de esa manera, así como las secuelas que el hecho puede dejar o ha dejado en la víctima, en la familia e incluso en su entorno y, lo más importante, porque considera o qué nivel de credibilidad tiene lo expuesto por la persona sometida a los actos violentos.

Valoración del informe pericial en la decisión judicial

Según el aforismo jurídico, es sabido que el Juez es el perito de peritos, lo cual no significa que su conocimiento está por encima de cualquier otro profesional, ya en algunos casos complejos que requieran conocimientos especializados en determinada arte, ciencia, industria, que sean ajenos al real saber del juez, este puede recurrir a profesionales del área específica, a fin de emitan un dictamen sobre determinados puntos; sino, como director del proceso este puede resolver no teniendo en cuenta ese dictamen, que por general recibe el nombre de pericia.

Pero lo esencial de esta cuestión, es que, si el juez o el Tribunal decide no sustentar su decisión en una pericia, tiene toda la libertad de rechazarla si considera que la misma no se encuentra apoyada por otros medios de prueba, o es dudosa o incluso contradictoria, siempre y cuando esa postura se encuentra debidamente fundamentada en la resolución respectiva.

Por el contrario, si el juzgador considera que, los fundamentos y las conclusiones del dictamen reúnen todos los requisitos de lógica, de técnica, de ciencia, de equidad, de validez, de eficacia, que para el caso pueden exigirse, y no existen otras pruebas mejores o iguales en contra, no puede rechazarlas sin incurrir en arbitrariedad. (Martorelli, 2017)

Pero que sucede, si al contrario de lo expuesto, el Tribunal decide sustentar su decisión de tener por acreditado la existencia de un hecho punible de violencia familiar, en su forma de violencia psicológica, únicamente en un informe psicológico que fue elaborado, como resultado de una única entrevista con la supuesta víctima, sin observarse todos requisitos legales correspondientes, ya que la valoración de las pruebas en nuestro sistema lo permite ya que se rige por la sana crítica, en la cual el valor de las pruebas es otorgada por el juez teniendo en cuenta la conjunción de una serie de factores.

El carácter racional de este sistema radica en las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, entendidas como criterios de valoración racionales únicos aptos para fundar el juicio sobre el hecho, se encuentran esencialmente asociados al sistema de libre valoración de la prueba. Son justamente estos lineamientos los que sirven de guía y límites para la función probatoria que realiza el juez en el proceso y los que permiten diferenciar a la libre valoración de la mera arbitrariedad subjetiva. (Taruffo, 2002, pág. 401)

Sin embargo, se puede afirmar que arrimar a un proceso penal, un dictamen o una evaluación pericial psicológica, que fue llevada a cabo sin las exigencias o técnicas científicas correspondientes, en las que se hacen constar conclusiones subjetivas o interpretaciones personales, no solo dotaran al órgano judicial de argumentos inválidos sino que también sería extremadamente perjudicial a la persona sometida a juicio. Es por esa razón, que se puede considerar violatorio al debido proceso o al derecho a la defensa, que dentro de un juicio por violencia familiar.

Realizar evaluaciones psicológicas forenses con ausencia de rigor y de fundamento teórico, utilizando metodología inapropiada, con desconocimiento del fenómeno de la violencia de género y de las manifestaciones del maltrato psicológico, causas, evolución, mantenimiento, victimización, indicadores de riesgo, etc., puede llevar a interpretaciones, análisis y conclusiones forenses inválidas e incluso iatrogénicas. (Asensi L. F., 2016).

En otras palabras, los errores en la detección de daños o secuelas emocionales relacionadas a la violencia psicológica que no se ajustan al caso concreto, pueden provocar daños irreparables a una persona sometida a proceso, ya que está en juego su libertad, pero a la víctima en su caso a todo su entorno.

Criterios de acreditación de la violencia psicológica de los Tribunales de Sentencia de Ciudad del Este

A los efectos de analizar la manera en que los Tribunales de Sentencia, dan por acreditados la existencia o no de la violencia psicológica en los casos penales sometidos a su juzgamiento, necesariamente se debe realizar un análisis de las resoluciones judiciales, es decir, se debe proceder a verificar las sentencias definitivas de condena.

Para lo cual, se procederá a analizar sentencias definitivas de condenas por violencia psicológica, dictadas por el Tribunal de Sentencia Permanente N°4 de Ciudad del Este, de la VI Circunscripción Judicial de Alto Paraná. Las sentencias se presentan en el orden cronológico en que fueron dictadas, que comprenden entre los años 2020, 2021 y 2022 y, a los efectos de proteger la identidad de las víctimas y los datos relacionados, se menciona solo las iniciales de víctimas, victimarios y otras personas en los respectivos fallos.

Caso N°1: Causa N° 7725/18 – Ministerio Público c/ J.F.S. s/ Sup. Hecho punible de violencia familiar. Sentencia Definitiva dictada en fecha 18 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: los hechos se remontan, específicamente, desde que la pareja se ha separado tras 23 años de concubinato, el acusado J.F.S., ha estado persiguiendo y hostigando a su ex concubina, la señora R.M.S., asimismo la amenazó de muerte. Precisamente la agresividad por parte del acusado ha hecho que R.M.S., tome la decisión de terminar la relación, Pese a decretar el Juzgado de Paz la prohibición de acercamiento a la víctima, constantemente el acusado llegaba a la casa, en fecha 9 de julio le llamó diciéndole que se despida de sus hijas porque en estos días todo termina, todo se acaba, él ya no tiene nada que perder. En fecha 13 de julio el acusado refirió a su hija E.A.F.M., que se vengaría de su madrina E.V., por haberse metido y de su madre por haberle denunciado. Venganza que días después consumó en parte, en fecha 22 de julio de 2018 oportunidad en que la señora R.M.S., se encontraba en la vivienda junto con su hijo menor J.F., ha llegado una vez más a la vivienda el acusado pese a la nueva prohibición de acercamiento, fue a chocar directamente contra el vehículo de la víctima, así como por el vehículo de E.V. (comadre de la víctima), quien igualmente se encontraba en la vivienda. Tras chocar comenzó a gritar reiteradamente que la mataría y luego se suicidaría, refiriéndose a la víctima R.M.S., por lo que ante el temor que tenían en ese momento la víctima junto con su hija se refugiaron en la casa de un vecino y vía celular desesperadamente llamó a la Sub. Comisaría Norma Luisa al N° (061) 583-377 a pedir auxilio, minutos después llegaron al lugar agentes policiales de la Comisaría Octava a bordo de una motocicleta, los mismos solicitaron refuerzos, porque el acusado con arma blanca en mano amenazó a los agentes policiales intervinientes de que no se entregaría, que él vino para morir luego y que vivo no saldría de ahí, tras ser totalmente rodeado por policías, uno de los intervinientes lo sorprendió tomándolo por detrás, procediendo a su aprehensión.

Valoración del Tribunal: En este caso en particular, el Tribunal para determinar la existencia de la violencia familiar, deducimos, que en su forma psicológica, se valió únicamente de pruebas documentales como ser las notas policiales, no se contó con el testimonio de la víctima o de cualquier otra persona que pudiera acreditar lo expuesto en los documentos, es más, refirió exactamente: “...J.F.S., ha actuado de forma agresiva y violenta con su concubina maltratándola, amenazándola, hostigándola por lo que se

configura el hecho punible de violencia familiar... ”, no aclarando a que modalidad de violencia familiar se refería.

Respecto a lo que hace a la pericia psicológica, se cuenta con un solo informe clínico forense, elaborado por la Lic. L.A. de R., de la Corte Suprema de Justicia, en la que expone los daños psicológicos que padece la víctima a consecuencia de la violencia sufrida, lo cual resultó de una única entrevista llevada a cabo con la misma, sin embargo, es de resaltar que en el mismo informe también se hace constar una evaluación psicológica practicada al acusado a los efectos de determinar su capacidad.

Caso N°2: Causa N°9869/18 – Ministerio Público c/ G.C.B. s/ Sup. Hecho punible c/ El estado civil, el matrimonio y la familia (violencia familiar). Sentencia Definitiva dictada en fecha 25 de noviembre de 2020.

Hechos del caso: En fecha 28 de agosto de 2018, la señorita N.B.P.Z., se presenta ante el Ministerio Público a formular denuncia en contra del acusado G.C.B., refiriendo que fue su novio durante 8 años y que hace seis meses aproximadamente rompieron la relación, a raíz de los malos tratos recibidos de parte del denunciado, quien apenas tuvo conocimiento de que fue denunciado no la dejaba en paz, le seguía por todos lados, ya sea en la facultad, su trabajo, frente a su casa, incluso la amenazaba de muerte, circunstancia que le hizo temer por su vida, expreso además, que tenía una medida de protección emanada del Juzgado de Paz, por la cual se ordenaba que el acusado no se acercara a la víctima o a su vivienda, sin embargo, igual la seguía molestando, violando la disposición judicial.

Valoración del Tribunal: En la sentencia definitiva, los hechos denunciados quedaron plenamente acreditados con la declaración de la propia víctima, lo cual sumado a la denuncia efectuada ante el ministerio público y la declaración testifical de la madre de la víctima sirvieron aun más de sustento al Tribunal para condenar al acusado por violencia psicológica.

No obstante, del análisis del acervo probatorio utilizado, para determinar la existencia de la violencia psicológica, el Tribunal conto únicamente con el informe psicológico N° 1080/2018, elaborado por la Lic. M.L.P., el cual fue resultado de una sola entrevista con la víctima, sin tener un seguimiento, un acompañamiento con la misma, que permitiera, vislumbrar si realmente los daños o trastornos que padece la víctima fueron ocasionados por el accionar del acusado o podría tener otras razones.

Caso N°3: Causa N°14526/16 – Ministerio Público c/ D.A.C. s/ Sup. Hecho punible de violencia familiar. Sentencia Definitiva N°144 dictada en fecha 18 de noviembre de 2021.

Hechos del caso: en fecha 22 de noviembre de 2020, siendo las 19:30 horas aproximadamente, en el interior de la vivienda ubicada sobre la calle Las Azucenas del Barrio San Lucas de esta ciudad, el señor D.A.C.F., quien se encontraba en estado de ebriedad y presumiblemente bajo los efectos de sustancias estupefacientes, llegó al domicilio de su padre el señor E.C., a quien pidió dinero para seguir tomando bebida alcohólica, ante la negativa del padre, el acusado lo empujó, donde intervino su hermano J.A.C.F., quien advirtiéndole que parara con lo que estaba haciendo, lo que enervó más aun a D.A.C.F., quien amenazó a su hermano con cuchillo que tenía diciéndole “rojukata-te voy matar”, siguiéndolo por toda la casa, entonces J.A.C.F., corrió de su agresor logrando salir a la calle donde se encontraban los vecinos que llamaron a la policía, quienes una vez en el lugar y luego de mucho intento, lograron reducir y aprehender al acusado. El padre del acusado señor E.C., fue evaluado por la Psicóloga del Ministerio Público, quien preliminarmente informó que: “...se observa en la evaluada indicación de afectación emocional como: irritabilidad, llanto fácil, mal manejo de ansiedad, impotencia, limitan su manejo en la resolución de conflictos. Tal impacto psicológico es generado por el actuar de su hijo, a quien describe como adicto a varios tipos de drogas que lo mantiene en zozobra todos los días, en busca de dinero para saciar su adicción...”.

Valoración del Tribunal: Como se pudo observar al momento de analizar la sentencia definitiva, el Tribunal refiere que con arreglo a la sana crítica y teniendo en cuenta las pruebas testificales y las documentales, se arriba a la plena convicción de que el hecho punible ha existido, es decir, dio por acreditado la existencia del hecho punible de violencia psicológica.

Sin embargo, al verificar las pruebas de referencia se extrae que se trata de las declaraciones testificales del padre y hermano del acusado, que serian las víctimas en la presente causa, estas personas a lo sumo lo que podrían certificar son las amenazas y los insultos recibimos por parte del victimario. Por otro lado, se cuenta con las manifestaciones de la psicóloga del Ministerio Público, la Lic. M.V., que explicó la actuación que cupo realizar en la presente causa, refiriendo que lo realizado fue una contención al señor E.C., padre del acusado, quien tuvo un pico de hipertensión, por lo que no se pudo continuar con

la entrevista, se le volvió a citar en dos oportunidades a las que ya no compareció. Cabe resaltar que el acusado es una persona adicta a las drogas, circunstancia que motiva su comportamiento. En el caso particular no se cuenta con un informe psicológico completo para determinar con precisión la existencia de daños psicológicos o las causas del comportamiento violento y agresivo del acusado.

Caso N°4: Causa N°685/20 – Ministerio Público c/ E.E.K.B.A s/ Sup. Hecho punible de violencia familiar. Sentencia Definitiva dictada en fecha 26 de agosto de 2022.

Hechos del caso: en fecha 13 de enero del 2020, a las 13.00 horas aproximadamente, la víctima S.R.A., se encontraba preparando el almuerzo en su vivienda, ocasión en que llegó de forma abrupta su hijo el hoy acusado E.E.K.B.A., el mismo se encontraba furioso porque se había enterado que su padre tenía una orden de detención en su contra, por lo que éste le reclamó a su madre, además de ofenderla con palabras diciéndole que es una puta mentirosa, porque no le había contado eso, y en ese momento agarra un cuchillo de mesa y lanzó en dirección a la víctima, seguidamente comenzó a dar patadas por todo lo que había en la casa, rompió bidones de agua, dañó el sofá, dio varias patadas por la puerta de metal; por lo que la víctima tuvo que pedirle que se retire del lugar, y posteriormente le solicitó que vayan a vivir a otro lugar con su familia.

Valoración del Tribunal: En este caso, así como el anterior el Tribunal valoró las pruebas basadas en la sana crítica, casi en el mismo sentido fundado en la declaración de la madre del acusado, en este caso quien era la víctima, quien ante el Tribunal dijo que perdonaba a su hijo y solicitaba se le imponga la pena mínima.

También se valoró y tuvo en cuenta un informe psicológico practicado a la víctima, que resulto de una única entrevista con la profesional del ministerio público, en el que se resalta el fanatismo religioso que predomina dentro la familia, donde se hace constar un sometimiento de la mujer y su desvalorización por los miembros masculinos de la familia, es decir, los daños psicológicos que padece la víctima no están relacionados únicamente al hecho objeto del juicio, sino a los antecedentes familiares que relata la propia víctima.

Caso N°5: Causa N°2098/20 – Ministerio Público c/ N.D.B. s/ Sup. Hecho punible de violencia familiar. Sentencia Definitiva N°196 dictada en fecha 05 de diciembre de 2022.

Hechos del caso: en fecha 4 de octubre de 2020, a las 21:45 horas aproximadamente, R.O.A., se encontraba en el interior de su domicilio conyugal ubicada en el Barrio Fray Luis Bolaños de Presidente Franco, momento en que llegó hasta la vivienda su concubino el hoy acusado N.D.B., quien se encontraba en estado de ebriedad, lugar donde empezaron una discusión y este la maltrató verbal y psicológicamente, y para evitar una situación peor la víctima se refugió en la casa de unos vecinos y solicitó auxilio a la policía jurisdiccional, quienes se constituyeron hasta la vivienda, lugar donde el acusado se encontraba descontrolado e intentó agredir a la víctima ya en presencia de los agentes policiales, por lo que procedieron a su aprehensión, siendo derivado hasta la base de la patrulla caminera para realizarle la prueba de alcoholtest, cuyo resultado arrojó positivo. Al momento de prestar declaración testifical la víctima manifestó que esto ha ocurrido en reiteradas ocasiones y que es un hecho de realización prolongada y de larga data (hostigamiento continuado).

Valoración del Tribunal: Al analizar la resolución judicial se observa que, el Tribunal tuvo por acreditado el hecho de violencia psicológica, basándose únicamente en pruebas documentales, en este caso particular la víctima no fue escuchada, no dio su versión de los hechos. Así como en las resoluciones anteriores, también se tuvo un informe psicológico que es resultado de una sola entrevista con la víctima, en donde la misma relata los pormenores de su conflictiva relación con el acusado, en donde la profesional psicóloga concluye la existencia de una serie de daños psicológicos vinculados al hecho juzgado.

**Caso N°6: Causa N°9278/202 – Ministerio Público c/ P.A.R.R. s/ Violencia familiar.
Sentencia Definitiva de fecha 09 de diciembre de 2022.**

Hechos del caso: en fecha 15 de agosto del 2018, a las 20:30 horas aproximadamente en el interior de una vivienda ubicada en el Barrio San Isidro, de esta ciudad, donde ingresó P.A.R.R., quien destrozó el perímetro eléctrico de la casa de su madre P.R.R.E., quien se encontraba en la casa de su amiga, ínterin en que la vecina la llamó por el celular avisándole que la alarma de su casa estaba sonando, regresó a su casa rápidamente y le encontró a su hijo P.A.R.R., quien destrozó el perímetro e ingresó dentro de la casa, bajó la llave general eléctrica, dejando a oscuras, pateó la chapa de la reja. El mismo es adicto a las drogas, y en varias ocasiones ya ha realizado este tipo de hechos, lanzo piedras hacia su madre por lo que corrió para no ser alcanzada, intento agredirla, cansada y por temor puso a conocimiento de las autoridades.

Valoración del Tribunal: En el caso de referencia, el Tribunal de Sentencia, también da por acreditado la existencia del hecho punible de violencia psicológica, fundando su decisión en pruebas documentales, como ser la denuncia realizada por la víctima ante la comisaria jurisdiccional y el acta de procedimiento, como en la mayoría de los casos tampoco se le escucho a la víctima.

Se tuvo igualmente en cuenta el informe psicológico elaborado por la profesional del ministerio público, en donde la misma refiere que; “...La violencia psicológica es peor que la física. El maltrato verbal ejerce conductas de control sobre la pareja, causándole una baja autoestima, de forma a hacerlo más vulnerable y por ende manejable...”, además, concluye la existencia de daños psicológicos vinculados con el hecho punible, no haciendo referencia en que se basa para acreditar tales daños.

Al realizar un rápido análisis en todas las resoluciones expuestas más arriba, se tiene claramente que el citado Tribunal de Sentencia, da por acreditado la existencia del hecho punible de violencia, en su forma de violencia psicológica, únicamente con las declaraciones de las víctimas, en algunos casos, en otros las mismas ni siquiera son oídas, sumado a esto el informe psicológico elaborado por la profesional del ministerio público, que es resultado de una sola entrevista practicada a las víctimas que relatan los hechos denunciados, las cuales como se pudo observar fueron realizados sin el rigor científico adecuado.

En este punto, es necesario recordar la importancia de la psicología forense dentro de todo el proceso penal, ya que la misma es una aliada vital, que permite a los juzgadores tener un conocimiento más acabado de las cuestiones relativas a la salud mental y otros asuntos derivados de esa ciencia, es por ello que consideramos que esa cooperación siempre debe basarse en técnicas científicas adecuadas, utilizando herramientas de rigor que permitan a las partes intervinientes en el proceso tener la certeza o confianza que los dictámenes se ajustan a la realidad y sean realmente objetivos, para que de esa manera se dé un mejor ejercicio del derecho y administración de una justicia realmente equitativa.

Recomendaciones

Como recomendación principal es importante, mejorar el formato o mejor dicho el formulario enviado y utilizado por el Ministerio Público, a través de los profesionales de atención a víctimas (psicólogos forenses) en los que exponen sus conclusiones luego de la evaluación y en los que claramente se observa que está muy esquematizado y a

criterio personal no responde a las exigencias del hecho punible objeto de juicio (violencia psicológica).

Igualmente, se considera necesario el nombramiento de más especialistas (psicólogos) para desempeñar el cargo de peritos, porque el aumento de casos ha limitado la calidad y confiabilidad del informe que se remite como producto de una sola sesión con la víctima. Por lo que es de suma importancia que en hechos punibles de violencia familiar en su forma de violencia psicológica, se realicen los dictámenes o evaluaciones conforme a las exigencias legales, utilizando los métodos adecuados que permitan realmente para detectar los sí daños o secuelas que sufren los entrevistados son realmente consecuencias de ese hecho investigado.

Por último, de ser posible crear equipos interdisciplinarios que puedan prestar atención técnica especializada; tanto a las víctimas como a los victimarios, ya que las partes involucradas a diferencia de otros delitos mantienen en su mayoría un nivel de comunicación, esto debido a las relaciones que subsisten (hijos) lo que requiere el mejoramiento de dicha situación.

Conclusión

De todo lo expuesto se hace necesario, que los Tribunales Penales de Sentencia que tengan a su cargo juzgar las causas de violencia familiar en su forma de violencia psicológica, ordenen la realización de forma específica y detallada de un dictamen pericial psicológico, y más que nada que el mismo sea realizado de forma correcta, aplicando los tres aspectos citados anteriormente. Esto debido, a que, en los casos de violencia psicológica, el peso de la prueba recae básicamente en las declaraciones de las víctimas, ya que en la mayoría de los casos no existen, como se ha mencionado, otros elementos físicos o rastros que permitan demostrar la existencia de la misma.

La evaluación psicológica debe explicar de qué manera se demuestra la existencia de la violencia psicológica si esta existe; cuáles son las consecuencias de la misma, y por último, de qué manera el hecho punible investigado se une a los daños que sufrió o está sufriendo la víctima, obviamente que, al momento de aplicar las distintas herramientas para llevar a cabo la evaluación, el profesional psicólogo no puede dejar de observar o abstraerse de la realidad sociocultural de las sujetos intervinientes, así como el aspecto jurídico y psicológico que engloba la realidad.

Por último, y no menos importante, es necesario y urgente establecer un protocolo único, específico y más que nada, completo de evaluación psicológica forense que permitirá responder de manera clara y fundamentada a las solicitudes periciales en los casos de violencia psicológica, descartando los casos simulados y faltos de credibilidad, y así evitar el dictamiento de condenas injustas.

Referencias

- Alonso Varea, J. M. (2006). Por un enfoque integral de la violencia. *Psychosocial Intervention*, 253-274.
- Asensi P., L. F. (2016). La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género. *Doctrina Práctica - Instituto Pacífico*, 201-218.
- Asensi, L. F. (2016). Evaluaciones Psicológico-Forenses en asuntos de Violencia de Género. Errores habituales y propuestas de mejora. *Información psicológica*, 103-119.
- Martínez Díaz, A. y. (2003). Violencia intrafamiliar. *Gaceta Médica de México*, 353-355.
- Martorelli, J. P. (2017). La Prueba Pericial. Consideraciones sobre la prueba pericial y su valoración en la decisión judicial. *REDEA. Derechos en acción*, 130-139.
- Safranoff, A. (2017). La violencia psicológica hacia la mujer. *Salud Colectiva*, 611-632.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. España: Trotta.

EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. UN CONTRATO EXTRAÑAMENTE ATÍPICO

Mario Damián Duarte Duré ¹⁶

RESUMEN.

El presente trabajo se basa en el estudio analítico y bibliográfico de autores, jurisprudencias y contratos de distribución tanto en su fase genérico como internacional. El contrato de Distribución son mecanismos jurídicos que se han caracterizado por ser atípicos y han surgido por iniciativa de las necesidades del mercado gracias a que los empresarios lo han usado en busca de una utilidad económica necesaria para expandir el alcance de sus negocios. Se analiza la naturaleza de estos contratos debido al surgimiento de la empresa y al hecho que el comercio crece a gran escala, el mercado se ve en la necesidad de desvincular del productor del bien o servicio al consumidor final. Por su parte, en el Derecho Comercial Internacional se habla de contratos de distribución y cooperación para referirse a las técnicas de comercialización de productos y servicios en el exterior que benefician al empresario exportador, pues le garantizan, a bajo costo y de manera eficaz, la posibilidad cierta de contar con una red de distribución estable de sus productos y servicios en otro país.

Se analizan las distintas doctrinas y leyes que impulsan y protegen a la actividad de la distribución, con el fin de exponer y colocar a conocimiento de la comunidad académica y al público en general, sobre este contrato que, por su atipicidad dentro de nuestro ordenamiento, es típico dentro del comercio en general. Su importancia de estudio, se basa a que posterior a dilucidar las bases que marca esta rama del Derecho Mercantil, existen las cuestiones posteriores, como los efectos y las resoluciones de conflictos derivados del cumplimiento o incumplimiento del referido contrato, sea ella bajo la jurisdicción nacional o internacional. Su promoción, se debe a la creciente necesidad de asesorar a empresarios, industriales y comerciales como también a distribuidores interesados en colocar productos y servicios en un país determinado, principalmente en el Paraguay, atendiendo la capacidad y posición geoeconómicamente favorable en la que se encuentra hoy.

PALABRAS CLAVES: Contrato de Distribución, Incumplimiento, Daños y perjuicios, Indemnización.

¹⁶ Duarte Duré, Mario Damián. Abogado por la Universidad Privada del Este – Filial Ciudad del Este, Paraguay. Especialista en Didáctica Superior Universitario por la Universidad Nacional del Este. Especializando en Derecho Empresarial por la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, Argentina. Maestrando en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Autónoma de Encarnación. Agente de la Propiedad Industrial Matriculado. Oficial de Justicia. Docente de grado y pos grado en la materia de Derecho de los Contratos y Derecho Comercial. Conferencista en temas de Derecho Corporativo, Derecho Comercial y Delitos Económicos. Socio Junior de Parthenon Estudio Jurídico Corporativo con oficinas en Ciudad del Este y Asunción. Asesor Jurídico Corporativo de empresas nacionales e internacionales.

ABSTRACT

This work is based on the analytical and bibliographic study of authors, jurisprudence and distribution contracts in both their generic and international phases. Distribution contracts are legal mechanisms that have been characterized as atypical and have arisen at the initiative of market needs thanks to the fact that entrepreneurs have used them in search of an economic benefit necessary to expand the scope of their businesses. The nature of these contracts is analyzed due to the emergence of the company and the fact that commerce grows on a large scale, the market sees the need to separate the producer of the good or service from the final consumer. For its part, in International Commercial Law we speak of distribution and cooperation contracts to refer to the techniques for marketing products and services abroad that benefit the exporting entrepreneur, since they guarantee, at a low cost and effectively, the certain possibility of having a stable distribution network for your products and services in another country.

The different doctrines and laws that promote and protect the distribution activity are analyzed, in order to expose and make known to the academic community and the general public, about this contract that, due to its atypicality within our system, it is typical within commerce in general. Its importance of study is based on the fact that after elucidating the bases established by this branch of Commercial Law, there are subsequent issues, such as the effects and resolutions of conflicts derived from compliance or non-compliance with the aforementioned contract, whether it is under national jurisdiction or international. Its promotion is due to the growing need to advise entrepreneurs, industrialists and merchants as well as distributors interested in placing products and services in a specific country, mainly in Paraguay, taking into account the capacity and favorable geoeconomic position in which it is located today. .

KEYWORDS: Distribution Contract, Breach, Damages, Indemnification.

INTRODUCCIÓN.

La distribución de bienes y servicios se nos presentan en la actualidad, como una necesidad fundamental dentro del comercio globalizado. Si bien es cierto, que las distancias son cada vez un poco menores, sigue siendo un hecho del que aún es necesario afrontar dichos distanciamientos, sean ellas físicas o no, para la exitosa concreción de los diferentes negocios que se analizan en el escenario empresarial internacional.

El contrato de Distribución mercantil, se nos presenta como una meta realidad jurídico- comercial de fundamental relevancia para poder desarrollarse en los más complejos escenarios del mundo comercial. Esto implica que, los contratos de distribución no están ajenos a sus propias complejidades, puesto que, al ser un instrumento jurídico que calca la realidad, recoge los problemas que la distribución,

como fenómeno económico, plantea el estudio del derecho.

En este orden de complejas ideas, la distribución se muestra especialmente con problemas en sede de legislación de defensa de la libre competencia, puesto que, insertada en un espacio globalizado de reducción de costos y maximización de beneficios, la distribución tiene a las integraciones verticales, grandes fenómenos que generalmente son vistos por legisladores y economistas como distorsionadores del mercado meta.

En consecuencia, creemos que la mejor opción de una óptica crítica-analítica para comprender la verdadera problemática que genera el contrato de distribución en especial la internacional, es analizarlo en sede de la legislación civil y de la legislación de jurisdicciones mixta¹⁷.

El contrato de Distribución es atípico para nuestro ordenamiento, que genera determinadas preocupaciones tanto para abogados y principalmente para empresarios, motivo que se ha optado por el análisis del contrato de distribución como tema principal de divulgación académica, ya que, especialmente hoy día, es relevante dentro del comercio interno como en el escenario internacional, abarcando distintas áreas jurídicas como económicas, en atención a la actual apertura geoeconómico y logístico que se encuentra el Paraguay¹⁸.

DESARROLLO.

Para adentrarnos al mundo del contrato de distribución, necesariamente necesitamos entender la dogmática de la materia. La primera, deriva de la interpretación del espacio-tiempo que contribuye a la formación de la misma, como consecuencia de una relación negocial entre dos o más sujetos físicos o jurídicos, que es descripta en el libro segundo y tercero de nuestro ordenamiento civil, tal como nuestros legisladores han propuesto, al igual que de la mayoría de los países liberales.

En nuestro libro tercero, se conceptualiza por contrato como el interés de reglar derechos y obligaciones de forma libre, sea ella espontánea o planificada, observando

¹⁷ Sede de la jurisdicción mixta o arbitraje en el Paraguay. Ley N° 1.879 de Arbitraje y Mediación. Ley 3.303 que aprueba el acuerdo sobre Arbitraje y Mediación comercial Internacional del Mercosur.

¹⁸ El corredor Bioceánico, cuya ruta fue aprobada por Ley N° 6.232 denominado Ruta Nacional Bioceánico Lino César Oviedo Silva, que unirá los tramos de Carmelo Peralta con el empalme a la ruta Presidente Eligio Ayala. Será conocida como corredor de exportación e importación o Centro Logístico Bioceánico.

las normas imperativas de la Ley, y en particular, las contenidas en el título primero y en el relativo a los actos jurídicos. Si nos detenemos en esta parte en particular, en cuanto a los actos jurídicos, cuando hablamos de “reglar”, entendemos que se refiere a las formalidades que exige la Ley para que la o las pretensiones sean válidas y exigibles, por lo que contrato es un acto jurídico formal que deben ser ejecutados con discernimiento, intención y libertad que determinarán una adquisición, modificación o extinción de derechos u obligaciones. Así como la falta de uno de los elementos citados, no producirán por sí efecto alguno, es decir, son nulos¹⁹.

Los contratos son negocios jurídicos que reúnen los principales elementos citados de la norma en su artículo 277 del Código Civil paraguayo, pero, que deriva de distintas fuentes que generan obligaciones como los cuasi contratos, los derivados de la Ley, de las faltas administrativas y de los delitos.

Por negocio jurídico, conforme al origen alemán ‘*rechtsgeschäft*’, que principalmente se debe como lo fundamental de su dogmática a la doctrina alemana del siglo XIX, como estudiosos de las normas romanas del ‘*negotium*’ y en los textos antiguos españoles, británicos, italianos y franceses, por ellos, se introduce directamente en la ciencia jurídica, después de haberse dado una especial relevancia al término de acto jurídico, entonces, se empleará la frase negocio jurídico para nombrar un tipo especial de acto jurídico, que es el contrato mercantil en su especie atípico de distribución.²⁰

La actividad de la distribución data desde tiempos inmemorables, desde las primeras civilizaciones modernas, como las suméricas, sirianas, egipcias, turcas, chinas, rusas, germanas, romanas y escandinavas, hasta los siglos de las conquistas (VIII – XV) donde la actividad mercantil ha tomado un impulso internacional de intercambio de bienes y servicios en todo el orbe.

Mecanizando las ideas y anclando los engranajes de los hechos históricos que nos lleva al objeto de estudio, más bien a partir del siglo XVII posterior a la revolución

¹⁹ Art. 277 del CCP: se cita textualmente “ - Los actos voluntarios previstos en este Código son los que ejecutados con discernimiento, intención y libertad que determinan una adquisición, modificación o extinción de derechos. Los que no reuniesen tales requisitos, no producirán por sí efecto alguno.” –

²⁰ Concepto de negocio jurídico según las doctrinas originarias de Alemania: Bismarck, Universidad de Bohn, Karl Von Savigny: *Das Negotium Contractum*. “Es la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos”. Extracto del código civil de Sajonia, aceptada por los redactores del Código Civil Alemán 1884. –

francesa, el liberalismo ha tomado cuenta de los pensamientos mercantiles modernos que hasta la fecha persiste. Es allí donde, se acentúa el inicio de la verdadera dogmática de la materia en cuestión, pues aquellas instituciones que en su conjunto toman razón a la materia mercantil, solidifican las actuaciones de los agentes comerciales.

Cabe mencionar que, las distintas ramas del Derecho Mercantil han colaborado para que ésta dogmática tenga una secuencia sintomática y perpendicular a toda estricta observancia que cualquier jurista tenga que valorar en el momento de juzgar el comportamiento y conducta de los agentes comerciales. Estas ramas, podríamos citar como el Derecho Industrial (Rama del derecho que se encuentra regulada en la comunidad europea, principalmente en Alemania), Derecho del Seguro (Ampliamente desarrollado en países como Inglaterra, Francia y España), Derecho de la Propiedad Industrial (ciencia promocionada por los Estados Unidos y Francia) y Derecho de la Competencia y Consumidor (Ramas exclusivas que son sólidamente desarrolladas por Estados Unidos, España, Brasil y Argentina).

CONCEPTO.

El concepto de contrato, formalmente ha surgido de los pandectistas alemanes para sistematizar la ciencia jurídica (Hugo, Heise, Savigny y Thibout)²¹. Se puede destacar como decisiva la obra de Karl Von Savigny que configuró el pensamiento italiano, suizo, británico y español, en relación a lo que respecta el negocio jurídico a tal punto que, la doctrina elabora extendiendo la aplicación de las reglas sobre contratos a los demás supuestos de la autonomía privada. Este supuesto procedimiento, también utilizado por algunos Códigos actuales, donde ubicamos como ejemplos al Art. 7 del Código Civil Suizo que expresa... *“las disposiciones generales del Derecho de obligaciones sobre nacimiento, cumplimiento y extinción de los contratos se aplicarán también a las demás obligaciones civiles”* y que, *“salvo disposiciones distinta de la Ley, las normas que regulan los contratos se observarán, en lo que sean compatibles, para los actos unilaterales entre vivos de contenido patrimonial”* (art. 1.324 C.C italiano).

²¹ Karl Von Savigny, en su obra *System des heutigen römischen Rechts*, 1840-1849 - *“Sistema del Derecho Romano Actual”*, cuya dirección científica sentó las bases del Código Civil alemán, conocido como *Bürgerliches Gesetzbuch*, cerrando así el periodo centenario de la codificación, con su entrada en vigor en el año 1900.

El negocio jurídico por antonomasia, configura el poder de la persona para poder dictar reglas y para dárselas a sí misma, es decir, autonomía de la voluntad como médula del negocio jurídico²². La doctrina nos enseña que la autonomía de la voluntad es la columna vertebral de todo acto jurídico que tiende a crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, por lo que de ésta médula espinal surgen como afluentes las demás sanciones que las Leyes imponen a la regulación de dichos actos.²³

Al abordar los ejes del presente trabajo, partimos de una reconducción del fenómeno económico subyacente a una categoría jurídica unitaria. El espontáneo momentum de la autonomía privada de los autores económicos como operadores del movimiento jurídico comercial-financiero, ha incorporado a éste campo una extensa variedad de supuestos atípicos que tienen como punto común de referencia la comercialización de productos y servicios. Para este punto, se plantea la cuestión de la delimitación del fenómeno en un plano estrictamente jurídico.

Para realizar una especie de predicación por dicha atipicidad del fenómeno jurídico de la distribución, hay que partir por necesidad del hecho de la aparición en las negociaciones una serie de figura novedosas no previstas por los legisladores, que tienen en común en todo caso, desde una perspectiva de derecho, la actuación del distribuidor en nombre y por cuenta propia. Desde éste ángulo, se trata, de una moderna forma de distribución superadora de las anteriores prácticas que la actual, que se encuentra socialmente consolidada.

Mediante este proceso con sus procedimientos, el productor/proveedor se libera de los inconvenientes de la distribución directa. A su vez, el distribuidor goza de una autonomía de posición privilegiada en relación con los productos o servicios objeto del contrato, apreciándose entre los sujetos obligados una cierta comunidad de intereses.

La gran difusión práctica de estos supuestos negociales contrasta con la amplia ausencia de una regulación a nivel de derecho comparado²⁴. Ni siquiera se puede apreciar una asunción legal de carácter fragmentada del fenómeno, excepto por

²² Art. 36 del CCP, cito “La capacidad de hecho consiste en la aptitud legal de ejercer uno por sí mismo o por sí solo sus derechos. Este código reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido veinte años de edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente”.

²³ Aquellos contratos con efectos suspensivos o condicionales, dependiendo de la naturaleza del objeto principal de la relación jurídica negociada por las partes, pueden regular, modificar y extinguir los derechos y obligaciones por incumplimiento de la condición principal o accesorio.

²⁴ Estas disposiciones se mencionan en el Libro II del CCP, en sus Títulos I y II en su capítulo II in fine; Concordantes en el libro III del CCP. -

algunos códigos de países latinoamericanos como la Argentina, que en su reforma del año 2.015 incluyó el contrato de concesión como una institución típica en su ordenamiento jurídico²⁵.

Cabe mencionar que, para entender las diferencias que suscitan de un código a otro, de una ley a otra, consideramos pactar una pontifica definición del contrato de distribución, que podemos expresar de la siguiente manera:

“ El Contrato de Distribución es aquél contrato por el cual un fabricante, productor o representante autoriza, habilita y concede a una persona jurídica denominado distribuidor, la posibilidad de adquirir mediante la compra, en determinadas y específicas condiciones, los productos generalmente de la producción y marcas del proveedor de acuerdo con unos mínimos prefijados y, a revenderlos en una determinada zona de forma exclusiva o no, bajo la retribución por su cuenta propia a través de las ventas de las mismas o por un porcentaje de comisión pactada, con determinadas obligaciones con el cliente final”.

A la vez, es menester agregar un concepto que particularmente consideramos que es bastante completa desde el punto de vista técnico, trayendo las palabras del Prof. Dr. Arturo Díaz Bravo, que define al contrato de distribución como:

“ Instrumento para fomentar el mercado, es el que permite al productor o fabricante, vender su mercadería a un distribuidor, a quien fija, taxativas de reventa en cuanto a precio, condiciones, territorio, publicidad, presentación del local y otras, sin correr riesgos económico alguno, pues cobra el precio de la mercadería vendida, y en cambio, los gastos de reventa que dan a cargo del comprador-vendedor, el que además de ver coartada su libertad de operar frente al consumidor, suele tener prohibida la venta de otros artículos y aun la del mismo artículo elaborado por otros productos, pues otros productores, pues, nuestro contrato es con frecuencia, de concesión exclusiva.”²⁶

²⁵ Capítulo 18: de la Concesión. Libro IV del CCyC argentino

²⁶ Díaz Bravo, Arturo; Derecho Mercantil, 5ta. Edic.; Editado por Escorza, Iure Editores, 2017, México.

Al tener definido el concepto genéricamente apreciada por la gran mayoría de los juristas, podemos destacar los siguientes elementos y características que rigen al contrato de distribución, que se citan de en las siguientes:

1. *Los sujetos*, que pueden ser dos o más participantes en el negocio comercial;
2. *El objeto*, cuya prestación pueden definirse con única finalidad o mixta y;
3. *La forma*, como atipicidad del contrato, se define por la tradición del negocio jurídico invocando a aquellas relativas a los nominados con los que tuvieran más analogía.

Las principales características que podemos citar del contrato de distribución, podemos destacar que son:

- a) atípico;
- b) consensual;
- c) conmutativo;
- d) formal y no formal; de ejecución continuada;
- e) de adhesión y/o mixto.

Ha señalado el maestro Ricardo Lorenzetti en su célebre obra²⁷, que, para definir sus caracteres, *el contrato excede del mero acuerdo individual entre el proveedor y el distribuidor, para aproximarse en su naturaleza a un vínculo múltiple que une a este en forma simultánea a toda red y en cuyo centro se halla el concedente, quien habitualmente, a partir de una organización autocrática, planifica la conducta del resto de los integrantes de la matriz a quienes controla y lo subordina.*

Otro comentario que podemos acotar es que, se verifica en la desigualdad en el poder de negociación de las partes, puesta en el relieve la existencia de cláusulas predisuestas en el ya referido contrato de adhesión que responde a un esquema

²⁷ Lorenzetti, Ricardo; Tratado de los Contratos Parte Especial. 3ra. Edic. Ampliada y Actualizada. Rubinzal – Culzoni. 2015. Argentina.

constante y estandarizado para regular las relaciones del proveedor con los distribuidores. No obstante, ello no importa de suyo una invalidez, sino solo la necesidad de tener que apreciar el contrato a la luz de otros parámetros que, dejando a un lado la presunción de un equilibrio inherente a los contratos conmutativos, atiende a la necesidad de crear un riesgo de que este abuse de la posición privilegiada que presenta ante el distribuidor.

Sin perjuicio a todo lo mencionado, no debe olvidarse que una de las partes es comerciante, empresario, industrial y, consecuentemente, están en condiciones de evaluar los riesgos a los que se van a someter, aunque esto no autoriza a ejercer abusivamente aquella posición de dominio que naturalmente tiene el empresario industrial o proveedor y en algunos casos, el distribuidor.

FIGURAS RELACIONADAS AL CONCEPTO DE DISTRIBUCIÓN.

Hemos previsto anteriormente, que todo acto comercial necesariamente devenga una serie de procesos que, a veces, se inician por el mero hecho de manifestar una voluntad como modo sencillo de impulsar un interés en particular, y cuando se presentan intenciones formalmente estructuradas que serán definidas etapa por etapa hasta la conclusión. A estos elementos se les denominan actos negociales.

La atención que se debe tener para determinar el objeto de la prestación, es menester conocer los principales elementos y características de la actividad que se desarrollará. Así como Delmar Carrasco y Peña, en su obra *‘El enigma en las intenciones’*, menciona que, *‘si se incurre en el desconocimiento de las intenciones de las partes, principalmente del sujeto que se encuentra con la mayor ventaja, el producto de las negociaciones podría terminar en una tragedia económica irreparable para el de menor ventaja, por el mero hecho de no haberse interpretado concurrentemente el objeto de la prestación’*.²⁸

Esto obedece a que, la falta de práctica y/o conocimiento específico del área comercial, podría incurrirse a graves errores e irreparables consecuencias económicas cuando se dispone de escasas herramientas para definir el objeto de la prestación. Por consecuente, la mayoría de los ordenamientos jurídicos que tratan la materia, como así

²⁸ Del Mar, José y Peña, Martín. *El Enigma de las Intenciones*; Edit. La Providencia, 2008. España. Pag. 85.

las doctrinas y jurisprudencias, han manifestado esta preocupación distinguiendo las modalidades de la compra-venta, dejando claro que la elaboración de un concepto unitario de este contrato no resulta sencilla por las dificultades señaladas, pero, podríamos promover de la siguiente manera:

‘Es el contrato privado por el cual una persona de derecho privado le otorga a otra de iguales características, la autorización para la explotación de un servicio que le compete ya para ser prestado a terceros, obligándose el prestador, también llamado distribuidor, a realizar tal explotación en su propio nombre, por su cuenta propia y riesgo, bajo control del autorizante o proveedor, por tiempo limitado y con derecho a cobrar por sus servicios’²⁹

En tal sentido, podemos explicar que el contrato de distribución debe ser estudiado con un sentido meramente funcional, es decir, sin perder de vista que es el componente de una serie de conjunto de otros contratos idénticos celebrados por el fabricante para facilitar la existencia y coexistencia de nuevas fuentes de comercialización de productos para el mercado, formando de este modo una red de distribución integrada y sometida a su dirección y poder, lo que, debería expresarse como una subordinación económica de las empresas agrupadas, que subsiste aun cuando se advierta su autonomía patrimonial y jurídica.

La jurisprudencia para este caso, ha coincidido en señalar que se trata de un contrato de coordinación, por lo que podemos resumir que si la subordinación técnica y económica del contrato de distribución comercial se le suma el reconocimiento del uso gratuito de la marca, la implementación de planes de capacitación para el personal del distribuidor por parte del proveedor, la delimitación del nombramiento en un territorio determinado, se está ante un contrato normativo de coordinación, y no de concesión o distribución.

Vale la redundancia, el contrato de distribución y de concesión se asemejan en cuanto a que ambos son comerciantes autónomos, que adquieren determinadas

²⁹ Hoczman, Heriberto Simón; Contrato de Concesión Comercial; Edit. La Rocca, 1994. – Se menciona la jurisprudencia estudiada y analizada para este trabajo, conforme a la CNCom., Sala B. 8/5/87, ‘Automóviles Saavedra S.A C/ Fiat Argentina S.A., LL, 1987, citada por Hoczman en su libro mencionado.

mercaderías y asumen el compromiso de su posterior colocación en el mercado, en nombre y a propios riesgos, a condición de que el fabricante les otorgue la venta de tales productos generalmente en un sector determinado.

Por lo tanto, la doctrina identifica como distinción entre las figuras el hecho de que el concesionario tiene obligaciones específicas de garantía y de servicios post venta, caso que no ocurre en la actividad de la distribución, donde el distribuidor cumple en la medida que vende el producto, pero sin asumir estas obligaciones adicionales.³⁰

Otros autores, señalan que una de las diferencias que se denotan en estas prácticas comerciales es que, para la concesión, lo que se comercializa son productos que exigen el tratamiento de la post venta, en cambio, para el ejercicio de la distribución en su mayoría, se destinan a un mercado meta para el consumo masivo. Por otra parte, la exigencia económica para la inversión entre la actividad de la concesión y distribución es que, para la concesión el industrial o proveedor exige como requisito:

- a) un capital importante de inversión por parte del concesionario, con seguros, fideicomiso u otras garantías reales que asegure la ejecución y cumplimiento de las obligaciones de las partes,
- b) dotación de personales altamente capacitados.
- c) infraestructura conforme a las exigencias de los productos que serán comercializados entre otros;

por otro lado, para la distribución, sólo se estipulan condiciones sustantivas como:

- a) Capital mínimo para realizar la compra inicial,
- b) obligaciones en cuanto a los registros de marcas,
- c) metas de compras,
- d) exclusividad total o parcial,
- e) una adecuada infraestructura.

³⁰ Más allá de lo que podría ofrecer el comerciante a los clientes directos o indirectos, la garantía es un beneficio o responsabilidad que el distribuidor asume por motus proprio ante el mercado, no teniendo la obligación como requisito esencial para la formalización del contrato con el proveedor principal.

Otras figuras por lo que se suele confundir con la actividad de la distribución, en un escenario o territorio donde las normas no son bien claras para la materia y éstas se dejan al arbitrio de la analogía (Art. 670 CCP)³¹, nos delimitaremos a citarlos sin detallar, dejando para otra presentación en extensión al presente trabajo, que mencionamos los siguientes más comunes:

a) Contrato de Agencia; b) Contrato de Compra Venta; c) Contrato de Mandato; d) Contrato de Franquicia; e) Contrato de Coordinación Comercial; f) Contrato de Representación, g) Contrato de Fason, g) Contrato de concesión entre otros.

Como hemos señalado en apartados anteriores, destacando que existe mínimas diferencias entre las características extrínsecas de los contratos que, por su figura, son atípicas en la mayoría de los ordenamientos civiles de países latinoamericanos y europeos, donde la actividad de la comercialización de bienes y servicios cumplen una finalidad similar entre todas, pero con un modus operandi distinto una de las otras desde el punto de vista intrínseco.

Cabe resaltar, mirando desde el objeto del contrato, decimos que es un conjunto de situaciones jurídicas que contemplan el uso de ciertos derechos, como el derecho de la propiedad intelectual respecto a determinadas marcas o productos desde la exclusividad otorgada por los productores, así como su finalización en el mercado a través de lo que se denomina en el mercado internacional ‘good will’.³²

El contrato de distribución, se trata de un tipo de contratos personalistas que se construyen sobre la confianza mutua de los contratantes donde juega un preponderante papel aquellas virtudes, capacidades, crédito y condiciones particulares, especialmente del distribuidor, aunque en algunos de ellos las condiciones del fabricante también son determinantes en actividades como la de franquicia, o como sucede también en muchos casos en la concesión.

En el acto negocial, las partes tienden a discutir cuáles son las pautas de ejecución del contrato siempre y cuando exista un *know how* entre las partes. Este

³¹ Art. 670: Las reglas del título I del libro III del CCP, serán aplicables a todos los contratos. Los innominados se regirán por las disposiciones relativas a los nominados con los que estuviesen más analogía.

³² Expresión good will: Utilizada conforme a las normas internacionales de Información Financiera (IFRS o NIFF), se traduce como el Key match o valor llave, que hace referencia a un bien intangible que se utiliza para explicar la parte adicional en el precio de compra que una compañía paga por otra.

conocimiento se debe a que se ha realizado un previo estudio tanto por parte del productor/proveedor como del distribuidor, con el fin de obtener la mayor información posible del comportamiento y conducta que los sujetos involucrados desarrollan en el mercado, cada uno desde su propio escenario (SWOT Matriz)³³. Bajo estas circunstancias, las negociaciones normalmente se convierten en extensas discusiones sobre términos intrínsecos y extrínsecos que determinarán el futuro del contrato. Durante estos periodos, que en algunas ocasiones se desarrollan en un medio a largo plazo, varias circunstancias podrían surgir para la determinación de las condiciones, obligaciones y forma de ejecutar el contrato que, de una u otra manera, indicarán cuáles serán los efectos por el incumplimiento de los mismos.

Cuando el proveedor tiende a ser la parte débil y el distribuidor un potencial comerciante dentro de un territorio determinado, o viceversa, las condiciones normalmente se encuentran desfavorables en relación a la parte débil, que, en muchas ocasiones, se termina supeditado a un contrato de adhesión, que en su mayoría de los casos resulta desproporcionalmente desventajosa.

En otro sentido, cuando una de las partes se encuentra en una posición con poca experiencia ante la otra que sí representa una fuerza comercial, las diferencias que podrían surgir en el momento de cerrar el contrato, representará en un futuro una amenaza que podría derivarse en grandes pérdidas económicas para la parte débil.

Las características del contrato descrito, si bien pueden generar cierto margen de duda acerca de su tipificación, no desvirtúan la idea de que nos hallamos, en lo esencial, ante lo que la doctrina considera como contrato de distribución. Esta categoría de contrato experimenta un crecimiento exponencial en su práctica, atendiendo el crecimiento económico en Latinoamérica, principalmente en el Paraguay, donde las inversiones en infraestructura, inmobiliarias e industriales se acentúan cada vez más.

En un contrato de distribución de las características mencionados, si bien el comitente puede desvincularse en cualquier tiempo de esa relación contractual con la distribuidora, dicha facultad no puede ser ejercida de forma intempestiva o abusiva, con menoscabo de las legítimas expectativas de ésta.

³³ La matriz SWOT o FODA en su sigla en español, es la técnica comercial cualitativo y cuantitativo donde se estudian las Fortalezas, Debilidades, Oportunidades y Amenazas en la que una empresa, emprendimiento o inversión podría incurrir como perfil de viabilidad de negocio.

Las obligaciones básicas que se deben tener en cuenta en el momento de las negociaciones, en relación al productor/proveedor, pensando en los posibles daños y perjuicios que los incumplimientos podrían causar, son las siguientes:

- a) proveer al distribuidor en una mínima cantidad de mercaderías que le permita atender adecuadamente las expectativas de venta en su territorio o zona, de acuerdo con las pautas de pago, de financiación y de garantías previstas en el contrato. El contrato puede prever la determinación de objetivos de ventas (Market point, Sell in, Sell out), los que deben ser fijados y comunicados al distribuidor de acuerdo con lo convenido, pero, esto no debe interpretarse bajo ningún sentido como un Join Venture³⁴, elemento que debe ser aclarado en una cláusula del contrato;
- b) respetar el territorio o zona de influencia asignado para la exclusividad al distribuidor. Son válidos los pactos que, no obstante, la exclusividad, reserva para el productor/proveedor cierto tipo de ventas directas o modalidades de ventas especiales;
- c) proveer al distribuidor la información técnica y, en su caso, los manuales y la capacitación de personal necesario para la explotación de la distribución;
- d) proveer durante un periodo razonable, en su caso, repuestos para los productos comercializados;
- e) permitir el uso de marcas, enseñas comerciales y demás elementos distintivos, en la medida necesaria para la explotación de la distribución y para la publicidad del distribuidor dentro de su territorio o zona de influencia, respetando las normas nacionales e internacionales en cuanto a los límites civiles y penales del uso y tráfico de las marcas (Inscripciones ante la

³⁴ Contrato de Join Venture o Aparcería: un contrato atípico de casi nula promoción en nuestra sociedad comercial, que trata el acuerdo de dos o más sujetos comerciales con un proyecto de inversión en común. Es decir, al llevar a cabo el negocio comercial o emprendimiento, las partes comparten las ganancias como las pérdidas, cada miembro tiene derecho a participar en la administración del proyecto entre otras características.

DINAPI y ANNP)³⁵;

e) de la logística de entrega de las mercaderías, salvo pacto en contrario, conforme a las normas internacionales vigentes (Incoterms) y resoluciones del Mercosur, Uncitral, Unión Europea, Asia International Trade Law entre otros.

f) determinar la jurisdicción aplicable para las controversias que suscitaren durante la ejecución del contrato.

En concordancia con la legislación nacional, el principio rector en la materia de contratación es la libertad contractual. Básicamente eso significa que los sujetos contratantes son libres de determinar cuál es el contrato que desean celebrar y cuál es el contenido que tendrá dicho contrato. En consecuencia, el hecho de celebrar un contrato de distribución exclusiva es *per se* legal, pudiendo las partes interesadas reglar libremente las distintas cláusulas que dicho contrato tendrá, lo que lo convierte en un contrato típico.

LEYES APLICABLES A LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN. OBLIGACIONES DE LAS PARTES.

La aplicación de la ley para el contrato de distribución podría variar conforme al territorio o jurisdicción que las partes opten para las resoluciones de conflictos derivados de algún incumplimiento de obligaciones pactadas en el contrato.

Conforme a la legislación que rige a la materia y lo establecido en la Ley 1.034 del *Comerciante*, en su capítulo I – Art. 3°...son comerciantes: *inc b) las sociedades que tengan por objeto principal la realización de actos de comercio*; y, en cuanto a lo que dispone el Art. 11° de dicha Ley, que expresa sobre las obligaciones del comerciante, en su inciso que considero principal, que dice: *...a) someterse a las formalidades establecidas por la ley mercantil, en los actos que realice*, en función del

³⁵ Permiso por el proveedor a través de una cesión de derecho temporal, mandato o permiso para el uso y explotación de la marca y/o producto a ser distribuido ante la DINAPI. Como así, para evitar los import blocking por falta de autorización de importar mercaderías con marcas, logos o patentes registrados o, evitar productos falsificados, violaciones del derecho de marcas entre otros (Anti dumping).

Art. 71 de la presente Ley, son actos de comercio: ...f) *la actividad de la distribución de bienes y servicios.*

A partir de la Ley 194/93 de la *Representación, Distribución y Agencia de perfil Internacional*, uno de los problemas que ha comenzado a causar dichas divergencias que hemos mencionado, deriva al problema más frecuente de este contrato, que es la definición del principio de territorialidad. Esta norma comenzó a construirse con las discusiones legislativas que finalmente termina de construirse (destructivamente) en cada caso según los antecedentes de los distintos jueces que han tratado el tema. Esta Ley, protege a las empresas nacionales que han sido contratadas como distribuidoras, agentes o representantes por empresas internacionales, cuando estas toman la decisión de concluir con el vínculo comercial sin justa causa.

Dicha ruptura, es susceptible de causar daños y perjuicios de considerable proporción económica para el contratante. Si dicha firma extranjera, cancela, revoca, modifica o se niega a prorrogar el contrato, la firma nacional adquiere una indemnización que por derecho le corresponde. Éste derecho a ser indemnizado es irrenunciable. Para ejercer la cantidad a ser indemnizado, la Ley tiene en consideración los siguientes criterios:

- a) el tiempo de duración de la empresa nacional en escala ascendente;
- b) el promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por la actividad comercial de la empresa nacional durante los tres últimos años y;
- c) un coeficiente multiplicador por el que se calcula el monto de la indemnización.

Para obtener el monto indemnizatorio, las citadas pautas se conjugan de la siguiente manera. Primero, se debe calcular el promedio de las utilidades brutas anuales de los últimos tres años.

Dicha Ley, no especifica explícitamente qué o cuáles conceptos de daños se cubren con la aplicación de las pautas de cuantificación señaladas más arriba, pero se puede deducir que lo que se pretende es cubrir es el rubro del lucro cesante. Éste consiste en lo que se dejó de obtener o la pérdida de ingresos como consecuencia del hecho lesivo.

La mencionada Ley, ofrece pautas indemnizatorias que incluyen un promedio de ganancias multiplicadas por el coeficiente según la antigüedad de la relación comercial, el cual, en algunos casos, sobrepasan al lucro cesante porque para el cálculo indemnizatorio se toma como criterio el promedio de utilidad bruta, esto es, sin deducir otros gastos de comercialización que por lógica tuvieron que ser realizados por la empresa distribuidora, con lo cual, se estaría incurriendo a la vez a cubrir al daño emergente ya que se estaría devolviendo en promedio toda la inversión de comercialización, al menos la de los últimos años.

Por otra vertiente, la Ley 4956/13 que promueve la Ley de la *Defensa de la Competencia (CONACOM)*. Su finalidad es la consecución del interés general, ya que la libre competencia es un medio para organizar la vida económica en la forma más conveniente posible para la sociedad.

El tratamiento dado por el derecho a la competencia a los contratos de distribución depende del momento histórico vivido por un país y de la línea política adoptada por la autoridad anti competencia desleal y por las autoridades jurisdiccionales. Vale la pena destacar que la jurisprudencia paraguaya ha indicado que los contratos de distribución exclusiva, no se encuentran prohibidos, es decir, no se encuentran sancionados por la legislación que regula la promoción y protección de la libre competencia, ello por cuanto generan eficiencias económicas, aportan ventajas a los consumidores y contribuyen a mejorar la producción, comercialización y distribución de bienes y prestación de servicios, claro está, siempre que no establezca cláusulas que puedan afectar el mercado o restringir la libre competencia.³⁶

No obstante, el autor Rubén Alízar, destaca que:

“ no se puede hablar en principio del Derecho del Consumidor como una rama jurídica en el sentido de separación de un tronco común del Derecho Civil, pues todas las normas del Derecho del Consumidor provienen de un mismo sector del ordenamiento jurídico, sino que éstas cortan transversalmente

³⁶ Ley 4956/16 Ley Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

*todo el ordenamiento, desde la Constitución hasta los decretos, desde las sentencias hasta el contrato, de las normas escritas a las no escritas, todo el ordenamiento tiene que ver con el Derecho del Consumidor*³⁷.

Nuestro Código Civil, en lo que respecta al comprador, supliendo la figura del Distribuidor como comprador, las partes tienen la potestad de subordinar a condiciones, cargos o plazos, o modificar de otra manera los efectos normales del contrato.³⁸

En el Art.759 del Código Civil, detalla las principales obligaciones del vendedor, que son:

- a) hacer adquirir al comprador el derecho vendido, si su adquisición no es efecto inmediato del contrato;*
- b) entregar al comprador la cosa vendida o el título que instrumenta el derecho enajenado, si no surge lo contrario de lo estipulado, o de las circunstancias del negocio;*
- c) recibir el precio en el lugar y tiempo pactados; y*
- d) garantizar al comprador, conforme a las reglas de este Código, por la evicción y los vicios de la cosa.*

Al igual que las mencionadas, cuando hablamos del Contrato de Distribución Internacional, nos encontramos en un escenario mucho más complejo, ya que las negociaciones en su parte, se rigen por las reglas y características del contrato de adhesión, opcional y supeditada al tamaño de la empresa que busca el servicio de una de las partes.

Para comprender mejor, las normas que regulan las relaciones internacionales, son mucho más dinámicas, pero, en determinados casos desequilibrados, porque cada país ejerce su potestad de reglar sus condiciones y normas que seguir en cuanto a las

³⁷ 21 Prof. Dr. Rodrigo Facio Brenes, en su obra ‘‘ El pensamiento jurídico contemporáneo’’, donde expone filosóficamente sobre las nuevas tendencias del pensamiento jurídico desde los avances de la tecnología y del consumo’’.

³⁸ Art. 766 del Código Civil. Título II – Capítulo II - Sección V.

conductas y comportamientos que los connacionales deben seguir para el fiel cumplimiento de las obligaciones que constriñen a las partes. Como ser, ambos contratantes deben cumplir con las normas administrativas que regulan el ingreso y comercialización del producto a ser importado por el distribuidor, como aquellas normas internacionales que rigen sobre aduanas, transporte terrestre, transporte fluvial y aéreo, medio ambiente, salubridad, laboral, marcaría, industrial, entre otros requisitos que cada país impone para el ingreso de productos en el país del distribuidor.

En este aspecto, podemos mencionar el tratado de Mercosur reconoce la convención de Viena, cuya finalidad es prever un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos de compraventa internacional de mercaderías, por lo que contribuye notablemente a dar seguridad jurídica a los intercambios comerciales y a reducir los gastos de las operaciones. Dicha convención es únicamente aplicable a las operaciones internacionales y su vigencia impide que los contratos que entran en su ámbito de aplicación se rijan por reglas de derecho internacional privado. Los contratos internacionales que no entren en el ámbito de aplicación de la Convención, así como los contratos en los que las partes hayan convenido en la aplicación de otra ley, no se verán afectados por la Convención y seguirán rigiéndose por el derecho interno, es decir, por el Código Civil Paraguayo y concordantes administrativos.

En cuanto a las garantías de los contratantes, La Constitución Nacional actual garantiza en su Art. 248 la posibilidad de arbitrar en caso de controversias. Por la Ley 948/96 se adoptó en el Paraguay la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, actualmente vigente en más de 140 Estados partes, además de otros instrumentos convencionales de orden regional y continental.

Al igual que, nuestro País ratificó el Tratado de Montevideo sobre Derecho Internacional privado, tanto derivados del primero que hemos suscrito en el año 1.888-1.889 como del segundo congreso sudamericano de 1.939-1.940, que ha introducido algunas pocas modificaciones.

También dentro del MERCOSUR, el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias, ratificado por Ley paraguaya 2.070/03, reconoce un orden jurídico supranacional o transnacional al referirse en su Art. 34.1, entre las consideraciones a

ser tenidas en cuenta con respecto al derecho aplicable, “...a los principios y disposiciones de Derecho Internacional aplicables a la materia”.

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá) se remite en su Art. 3º, a falta de acuerdo entre las partes, a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), cuyo Art. 30 prevé, a su vez, que en todos los casos se tendrán en cuenta “los usos mercantiles aplicables”. Por su parte, los acuerdos de arbitraje del MERCOSUR aluden en su Art. 10 “al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional”. Esta apertura surge también del Art. 25, inciso 3º.

Demás está decir que la praxis mercantil y bancaria del país acepta ampliamente la utilización de INCOTERMS³⁹, cartas de crédito documentario, garantías a primera demanda y otras. Ello, como se verá, merece incluso reconocimiento a nivel legislativo en materia bancaria.

DE LOS TRANSPORTES.

El Código Civil Paraguayo incluye reglas relativas a los contratos de transporte. Los Arts. 922 y 923 contienen disposiciones generales y los Arts. 926 a 943 del transporte de cosas. Para cuestiones marítimas rige aún –está visto– el viejo Código de Comercio, cuyas normas al respecto se encuentran en el Libro III. En materia conflictual, prevé el Art. 21 del Código Civil: “*Los buques y aeronaves están sometidos a la ley del pabellón en lo que respecta a su adquisición, enajenación y tripulación. A los efectos de los derechos y obligaciones emergentes de sus operaciones en aguas o espacios aéreos no nacionales, se rigen por la ley del Estado en cuya jurisdicción se encontraren*”.

El Código de Comercio contiene una norma conflictual en el Art. 1.091 relativo al fletamiento, contraria a cláusulas de libre elección del derecho y jurisdicción – en tanto que admitirlas prepondera en la región–, señalando que el contrato al respecto de

³⁹ INCOTERMS: en su sigla en inglés, International Commerce Terms. Son términos utilizados en los contratos internacionales que detallan las obligaciones de cada una de los contratantes (exportador/vendedor – Importador/Comprador) como acuerdo de los gastos por el transporte y seguro para la entrega de las mercaderías. -

un buque extranjero, que haya de tener ejecución en la república, debe ser juzgado por las reglas de este código, sea cual haya sido su lugar de celebración.

Con relación a la avería gruesa, la respuesta se encuentra en el Art. 1.335 del Código de Comercio, del que se desprende la admisión en este tema de la autonomía de la voluntad. En materia de transporte aéreo, el Paraguay cuenta con la Ley 1.860/02 (Código Aeronáutico), y la Ley 73/90, que crea la Dirección Nacional de Aeronáutica Civil (DINAC).

El Código aeronáutico prevé normas de inscripción (Arts. 16 y concordantes), sujetando a las aeronaves al régimen general de bienes muebles, con excepción de las normas allí establecidas (Art. 21). Con respecto al fletamiento, los Arts. 266 a 267 regulan las condiciones y formas; los Arts. 268 y 269 de las obligaciones de las partes; el Art. 270 del subfletamento y el Art. 271 la responsabilidad de las partes.

El Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional, en su Art. 14, se remite al derecho del lugar de celebración en cuanto a forma, efectos y naturaleza de las obligaciones de los contratantes, y para el cumplimiento se remite al lugar de destino de la carga.

Con respecto a la jurisdicción, el Art. 16 prevé que el actor puede elegir entre jueces del lugar de partida o de destino, o de cualquiera de los lugares de tránsito en donde haya un representante del porteador demandado. El transporte terrestre con Bolivia se rige por las normas generales del Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889. Con respecto a países fronterizos no ratificantes de los Tratados de Montevideo se aplica la regla general del Art. 17 del Código Civil, que remite los derechos de crédito a la ley del lugar de cumplimiento de la obligación.

El Paraguay ratificó, además, entre otros, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo Internacional de 1.978, conocido como “Reglas de Hamburgo”, según Ley No. 2.614 de 2.005; el Convenio de UNCITRAL sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional, aprobado por Ley No. 2.611 de 2.005; y el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque, firmado en Bruselas en 1924 y adoptado en el país por Ley N° 1.025 de 1.965.

En materia aeronáutica, además del Tratado de Montevideo de 1940 de

Derecho de Navegación Comercial Internacional, el Paraguay ha ratificado importantes instrumentos internacionales.

DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.

UNCITRAL⁴⁰ elaboró en 1.996 la Ley Modelo sobre comercio electrónico (así como, en 1.997, una Guía para su incorporación al derecho interno), modificada en 1.998. UNCITRAL también cuenta con una Ley Modelo sobre firmas electrónicas.

Si bien se han hecho esfuerzos para incorporar una normativa con respecto a estos temas, siguiéndose los lineamientos de UNCITRAL, el país cuenta con legislación que reglamente específicamente la contratación electrónica, como la Ley 4.868/13 del Comercio Electrónico. A la vez, se ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, también propiciada por UNCITRAL, a cuya firma se adhirió el Paraguay el 12 de junio del 2.023 a través de la Ley 7.120/23.

CONCLUSIÓN.

En la actualidad, el contrato de distribución no se encuentra regulado por lo que continúa siendo un contrato atípico. Además, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina han determinado ciertos lineamientos y requisitos generales para que exista un contrato de distribución. Debido a que no se encuentra regulado por ley en este tipo de contratos prima la autonomía de la voluntad de las partes y se deberá estar a ello siempre que se interprete un acuerdo de esta naturaleza.

Resulta importante recalcar que la Ley de Código de Comercio establece un régimen legal para la actividad comercial que incluye la distribución, pero al ser tan delimitado bien podría provocar que este contrato pierda la flexibilidad y el dinamismo necesario impuestos por el mercado y el derecho mercantil, por lo que a pesar de que aparentemente menciona la actividad, no es tampoco lejana la posibilidad de que pueda anquilosarse o estancarse conforme evoluciona el derecho comercial.

En este mismo sentido, se advierte en para nuestro país, el hecho que no resulta necesario o justificado tipificar los contratos de distribución como el de la ley 194/93 como tampoco debe su evolución estar marcada por su legalización, ya que por una parte los elementos de estos contratos han sido marcados al ritmo de la evolución del

⁴⁰ UNCITRAL: United Nation Commerce International Trade Law. Unidad Comercial Internacional de las Naciones Unidas.

comercio, han sido determinados, por la práctica comercial, por las necesidades del comercio; siguiendo la tradición del derecho comercial, los comerciantes han creado y lo siguen haciendo, los instrumentos jurídicos que les permitan desarrollar su actividad, y, además, su formalización muy probablemente haría que se quedaran rezagados frente a un mundo económico en permanente cambio. Entonces, uno de los riesgos que tienen los contratos de distribución es precisamente su “formalización” o “legalización”, pues como en Paraguay podrían gestar costosas experiencias. Por ello, el Estado seguirá protegiendo al mercado con normas de orden público que le eviten distorsiones o abusos, pero no legislando los contratos de distribución propiamente, a fin de centralizar las soluciones para las controversias tanto nacional como internacional.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Cano, José, Manual práctico de contratación mercantil, Madrid, Editorial Tecnos, 2010.
2. Cevallos Vásquez, Víctor, Manual de Derecho Mercantil, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 1995.
3. Cordero, Encarna, “La extinción del contrato de distribución en la jurisprudencia”, Newsletter Pérez- Llorca, Núm. Enero – Marzo, 2012.
4. Esplugues Mota, Carlos et al. Derecho del Comercio Internacional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011 Etcheverry, Raúl, Derecho comercial y económico, Buenos Aires, Astrea, 1995.
5. Farina, Juan, Contratos comerciales modernos, Buenos Aires: Astrea, 2005.
6. Código Civil Paraguayo, Edit. El Foro, Actualizado y Concordado, 2022.
7. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Edit. La Ley, Actualizado y Comentado; 2018.
8. Anuario del MERCOSUR. Actualizado y Comentado. 2.022.
9. UNICTRAL Annuary Complement Law. 2.020.
10. Ley 194/93 de los Contratos de Agencia, Representación y Distribución Internacional.

11. Ley 1.034/83 del Comerciante.

12. Ley 2.422/04

13. Misthopheles, Juan Ancio. Tratado del Comercio Internacional. Edic. EuroLaw.
España, 2015.

PRINCIPIO DEL JUICIO PREVIO – Art. 17 inc. 3 -C. N. CONEXIÓN Y FUNCIONES CON EL PLEXO PROCESAL

Diego Sánchez, César Quiñonez, Rummy Rojas, Hugo Pérez⁴¹

RESUMEN

El juicio previo es un principio que inclusive puede ser ubicado en la cúspide del Debido Proceso, propio y exclusivo de un Estado Social de Derecho, que otorga plena garantía al justiciable que recibirá una condena justa previa sustanciación del proceso. En aras del constitucionalismo moderno, la función jurisdiccional responde a parámetros estrictamente reglado, sin permitirse arbitrariedades ni discrecionalidades más allá de lo permitido en la Constitución y en las leyes. El juicio previo conlleva a una serie de otros principios como la de que el juicio sea sustanciado por jueces con competencia -por razón de la materia y el territorio-, imparciales y no condicionados a ningún otro factor sea interno o externo, es decir dentro o fuera de la triada de poderes. Finalmente, es dable destacar que tanto el individuo, el justiciable, como el propio magistrado tienen disponibles defensas o garantías ante injerencias indebidas en la labor del magistrado.

Palabras clave: Debido proceso, juicio previo, defensas, garantías.

ABSTRACT

The prior trial is a principle that can even be placed at the apex of Due Process, typical and exclusive of a Social State of Law, which grants full guarantee to the defendant that he will receive a fair sentence after substantiating the process. For the sake of modern constitutionalism, the jurisdictional function responds to strictly regulated parameters, without allowing arbitrariness or discretion beyond what is allowed in the Constitution and the laws. The prior trial entails a series of other principles such as that the trial be conducted by judges with jurisdiction - due to the subject matter and the territory -, impartial and not conditioned to any other factor, whether internal or external, that is, within or Outside the triad of powers. Finally, it is worth highlighting that both the individual, the defendant, and the magistrate himself have available defenses or guarantees against improper interference in the work of the magistrate.

Keywords: Due process, prior trial, defenses, guarantees.

PRINCIPIO DEL JUCIO PREVIO

⁴¹ Egresados e Investigadores de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales / Universidad Privada del Este, Ciudad Presidente Franco, Alto Paraná, Paraguay.

El juicio previo se erige como un factor determinante en un Estado de Derecho, por lo que su tratamiento en este ensayo pretende valorar la entidad de tal instituto desde la perspectiva de un estado que otorga garantías y entidad sustancial al individuo, siendo lo primordial la vigencia de la ley por sobre la voluntad de los gobernantes, por lo que este nuevo modelo de Estado Constitucional Moderno se presenta como antagonista de aquel sistema absolutista. Por ende se impone desmenuzar dicho principio conforme se observa en el desarrollo de los sucesivos párrafos y de esta obra.

A priori, este principio, del debido proceso, establece que para el juzgamiento de las personas es requerido un proceso establecido con anterioridad. Lo que conlleva a enaltecer las formalidades procesales que no podrán ser desconocidos en ningún momento ni bajo argumento alguno por el juzgador, puesto que la finalidad de todo enjuiciamiento es llegar a una sentencia justa, sea ella condenatoria o absolutoria. En ese contexto, juicio y sentencia son tenidos como equivalentes ya que la sentencia es fruto del juicio desarrollado ante el tribunal, quién o quiénes deberán sostener su razonamiento fundado en ley anterior al hecho del proceso.

Este principio aludido se origina del adagio latino “nulla poena sine iudicio” no hay pena sin juicio, es interpretado en que la sentencia que condena decretando la culpabilidad del reo, debe ser el resultado de proceso y procedimientos hechos en estricta sintonía con normativa la normativa legal, los tratados internacionales y todos ellos en congruencia con la Constitución del Estado como máximo orden jurídico, postulados que si llevados conforme a su finalidad ratifica la promoción y vigencia de los derechos humanos, las garantías procesales.

En lo atinente al ordenamiento jurídico nacional, el artículo 16 de la Constitución Nacional estatuye sobre la defensa en juicio que comprende: La defensa en juicio de las personas y de sus derechos como inviolables, que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.

Los derechos de las personas a defenderse en juicio son inviolables, la palabra "inviolabilidad" viene del latín *inviolabilitas* y significa "cualidad de no poder ser profanado (ignorado o desconocido)". En ese tren de razonamientos, el artículo 17° inciso 3 de nuestra Constitución dispone: *“En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: que no se le*

condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales”.

Las normativas, a nivel legal, en congruencia con la disposición constitucional es incorporada por el Código Procesal Penal en su artículo 2º: *“La potestad de aplicar la ley en los procedimientos penales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente a los jueces y tribunales ordinarios, instituidos con anterioridad por la ley. Nadie podrá ser procesado ni juzgado por jueces o tribunales especiales”.*

De igual manera hace referencia a este principio el Código de Organización Judicial, ley 879, en su artículo 5º: *“La jurisdicción consiste en la potestad de conocer y decidir en juicio y de hacer ejecutar lo juzgado. No habrá más jurisdicciones especiales que las creadas por la Constitución y la ley”.*

En efecto, el debido proceso implica una serie de postulados que están enumerados en el citado artículo 17 de la Constitución Nacional y que será objeto de análisis en el decorrer del presente ensayo.

AMPLITUD DE DESARROLLO DEL JUICIO PREVIO

Concepto de juicio previo (J.P.)

La garantía del juicio previo es la que posee toda persona y consiste en no ser condenada sin haber sido juzgada previamente. La exigencia del proceso previo supone dar al demandado y a todos los intervinientes en el proceso, la posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos de manera plena y amplia, es decir, en cualquier instancia y en cualquier grado de conocimiento. Hacer saber al sujeto contra quien se realiza el proceso, la infracción o el ilícito que se le reprocha, y facilitarle el ejercicio de los medios de defensa, son circunstancias ineludibles para el goce irrestricto del derecho de audiencia, pero no son suficientes, ya que tal notificación debe ir acompañada de una oportunidad real de defensa previa de parte del encausado.

Análisis contextual en la Constitución Nacional

El Art 17, inc. 3 y su conexión con todo el plexo procesal

a) Análisis de este principio

b) Conexión integral del J.P. con sistema procesal

Nuestra Carta Magna del año 1992 en su art. 17 establece un serie de garantías constitucionales que orbitan en torno al proceso penal, así dentro de los primeros segmentos encontramos un principio axial denominado el “juicio previo” del mentado artículo en su inciso 3° expresa “que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales”, de estos nace que la mayoría de los doctrinarios han enseñado que ninguno podrá ser sometido a condena en una sentencia, si ella no ha derivado de un juicio obediente al principio de la lógica, cuya sentencia debe ser debidamente fundada con arreglo a derecho denotando la culpabilidad de un procesado que se ha estructurado en base a cimientos objetivos que fueron efectivamente controvertidos.

Las sentencias recaídas en juicio deberán tener como sostén en todo tiempo una normativa legal vigente con anterioridad al supuesto factico del proceso con esto nos referimos al principio de legalidad esbozado en el artículo 18 del código ritual penal.

Hay muchas formas de violar la garantía del juicio o el juicio previo (Binder 2013) tales como la violación del principio de inmediación, que cuando el magistrado no está percibiendo el juicio y las pruebas con sus sentidos completos, esto desnaturaliza el esquema de enjuiciamiento propugnado por nuestro orden constitucional. En efecto, observamos de dicha manera que el principio de juicio previo es una garantía fundamental y que constituye el punto de partida de las otras garantías constitucionales, cuya primera emanación de es el principio de inocencia, que importa que ningún reo podrá recibir un trato de culpable, hasta que emerja una resolución judicial definitiva que exprese lo contrario, esto es una condena, a lo que Binder indica: *“No siempre se ha reconocido la existencia de esta situación de la persona imputada. El positivismo criminológico por ejemplos, o ciertas tendencias procesales basadas en concepciones autoritarias, pretendieron limitar este status a ciertos imputados, por ejemplo, ocasionales. Para estas concepciones no podía jugar esta situación cuando el imputado era un multireincidente, un “habitual”, o simplemente un sujeto peligroso”* (Binder, 2013, pág. 125 y 126).

Siguiendo esa línea de ideas, el art. 17 en su inc. 1° manifiesta *“que sea presumida su inocencia”*. De esto se desprende que se debe desvirtuar del estado de inocencia, reconocido constitucionalmente a todos los paraguayos y constituye el pensamiento del

Estado de Derecho, consagrado además en las Convenciones Internacionales que por tanto se erige como un postulado universal.

De esta forma Binder indica que el principio de juicio previo y el de inocencia son caras de la misma moneda, por la cuál se erige una muralla protectora delante del ejercicio del ius puniedi del Estado, que en un modelo liberal, respetuoso de los derechos fundamentales, debe ser abstencionista, es decir, frenarse ante la vigencia de los derechos individuales entre los cuales, los abordados en el presente ensayo. En ese contexto, cabe redundar que el estado de inocencia es objeto de reconocimiento por las declaraciones relativas a los derechos humanos de mayor importancia, tenida como un derecho inherente a la naturaleza del ser humano.

En sintonía con este principio, el estado de inocencia tiene dos vertientes elementales, la primera importa que el imputado no está obligado a demostrar su inocencia, puesto que por orden constitucional ya está reconocida, de la cuál también deriva otro derecho fundamental que es el de permanecer en silencio y no declarar contra sí mismo. Por lo tanto, al contar con este estado de inocencia deberá indefectiblemente ser receptor de trato como inocente, qué cesará solo en el caso en que se haya dictado una sentencia donde ese estado de inocencia haya sido destruido y en su lugar erguido la culpabilidad del imputado, y que dicha sentencia esté firme y ejecutoriada.

No obstante, al estado de inocencia, el imputado podrá ser pasible de la aplicación de medidas cautelares tales como la prisión preventiva, con el fin de garantizar que este efectivamente se someta al proceso, siempre y cuando estén acreditadas el peligro de fuga u obstrucción posible a la investigación, pero dicho instituto cautelar, regulado en el artículo 19 de la Constitución Nacional debe ser el último recurso.

Otro postulado congruente con el juicio previo tenemos el principio de defensa en juicio, contenida en la Constitución Nacional art. 16 la cuál prescribe la inviolabilidad “defensa en juicio”, también una garantía fundamental y que sin su existencia se verían vulneradas todas las demás garantías.

Binder señala a este respecto: *“El derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativa a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la*

que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta en el proceso penal” (Binder, 2013, pág. 155).

Este principio de defensa en juicio se percibe en el art. 17 de la CN, De los Derechos Procesales, inc. 6) que dispone: *“Que el Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlos;”*. En relación a esto el poder legislativo sanciona la ley 4423 la cual regla el funcionamiento de la Defensoría Pública, que es dependiente del Poder Judicial, en cumplimiento del citado artículo constitucional.

Es menester resaltar que A. Binder alega que la independencia de ninguna manera debe ser traducida en arbitrariedad, esta independencia dada por imperio constitucional a los magistrados tiene dos barreras insalvables: *“el supuesto legal y el supuesto factico”*, el primero se refiere al ordenamiento jurídico, y el segundo a los hechos tal cual se han traído y retratado durante el proceso. Siguiendo esa línea de pensamiento los únicos factores que influyen y de los cuales debe depender el criterio de los jueces son los hechos y el derecho vigente. Al respecto, contextualizando el deber de basarse en un derecho vigente, nuestro ordenamiento constitucional establece la garantía de la irretroactividad en los efectos de la ley *“Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo caso que sea más favorable al encausado o al condenado”*, partiendo de ello se observa que para que la conducta de una persona sea punible debe ser en virtud de la vigencia de una ley al momento de la realización de la conducta, y la ley solo tendrá efecto retroactivo en caso que favorezca al procesado o condenado.

También es relativo al juicio previo el principio del “non bis in idem”, nadie será juzgado dos veces por un mismo hecho, la carta magna dispone en su art. 17 inc. 4 *“que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procese fenecidos, salvo revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal”*. Al respecto, en un Estado de Derecho es inadmisibles la doble persecución penal sobre un mismo caso a una misma persona, se garantiza con esto, que el aparato estatal de persecución penal solo se pondrá en marcha una solo vez por un mismo hecho, pero se garantiza la revisión favorable de sentencia, aunque ésta haya quedado firme. Es decir, aun una sentencia firme y ejecutoriada puede ser revisada y modificada y favorece al condenado en virtud a hechos que podrán resultar en su

declaración de inocencia y que no hayan sido conocidos con anterioridad durante la sustanciación del juicio

Comenta A. Binder al respecto “...la doctrina es unánime en general en exigir la existencia de tres “identidades” o “*correspondencias*”. En primer lugar, se debe tratar de la misma persona. En segundo lugar, se debe tratar del mismo hecho. En tercer lugar, debe tratarse del mismo motivo de prosecución. Estas tres correspondencias se suelen identificar con los nombres latinos de eadem persona, eadem res, eadem causa pretendi” (168 y 169).

Las garantías aquí expuestas en definitiva son fundamentales para la operatividad del proceso, que, en caso de ausentarse en un proceso, este no podrá ser tenido como tal, y como consecuencia un Estado de Derecho debe favorecer con todos sus mecanismos que se hagan efectivos estos principios en cualesquiera de las casuísticas que ingresan al sistema judicial.

El Código Ritual Penal a lo largo de sus capítulos va consagrando cada una de las mencionadas garantías, así vemos que en su Título I inserta en su artículo del 1 al 13 el reconocimiento pleno de las garantías consagradas en la Constitución Nacional e inclusive en el art. 12 de la ley de ritual estipula: “La inobservancia de un principio o garantía no se hará valer en perjuicio de aquel a quien ampara. Tampoco se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, sobre la base de la violación de un principio o garantías previsto a favor del imputado, salvo cuando él lo consienta expresamente”, y sigue en el siguiente articulado de la ley; “Los principios y garantías previstos por este Código serán observados en todo procedimiento a consecuencia del cual pueda resultar una sanción penal o cualquier resolución restrictiva de la libertad”, y que de esta manera se va desarrollando a lo largo del Código que rige en la materia.

Esto es juicio previo, un juzgamiento ceñido a los principios contenidos en el mentado artículo 17 de la carta magna, del debido proceso.

Operatividad procesal de este principio

El principio de Juicio previo torna operativo a todo el engranaje procesal, cumpliría un rol protagónico al ser el eje principal. El principio de Juicio Previo está estrechamente relacionado al artículo 16 de la inviolabilidad de la defensa, de donde se desprenden como deben ser los jueces:

Juez Natural

El juez natural descrito en el art. 2 del Código Procesal Penal, y el art. 17 C.N.

Art. 2° de la citada normativa, juez natural. La potestad de aplicar la ley en los procedimientos penales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponderá exclusivamente a los jueces y tribunales ordinarios, instituidos con anterioridad por la ley. Nadie podrá ser procesado ni juzgado por jueces o tribunales especiales. Esta garantía también consagra en la Constitución Nacional Art. 17 “De los derechos procesales” toda persona tiene derecho a, en específico en el inc. 3 última parte “De no ser juzgado por tribunales especiales”.

En atención a lo estipulado en las normas precedentes debemos tener en cuenta los principios de igualdad de todos los hombres ante la ley, y la garantía que tienen las personas respecto de la imparcial y correcta aplicación de la ley, por tanto, en todo proceso penal o cualquiera de que pudiera derivar pena o sanción, tiene derecho a no ser Juzgado por tribunales especiales. Es decir, ante una imputación delictiva, el avance o desarrollo de todo acto procedimental debe estar bajo la dirección de órganos jurisdiccionales competentes y establecidos de manera legal, a fin de evitar juzgamientos privilegiados o agravados.

Prohibiendo de esa manera a que otros poderes del Estado “Poder ejecutivo” atribuyan funciones jurisdiccionales, entendiéndose en la coherencia de los principios básicos del Estado de Derecho republicano de División de Poderes y la igualdad ante la Ley.

Perspectiva dentro del “Debido proceso”.

El juez natural constituye una de las dimensiones que integran el principio fundamental del Debido Proceso, y un elemento esencial del mismo, por lo que no basta que este establecido previamente por ley, este debe estar previsto como un Derecho y garantía Constitucional para que se respete el derecho del Juez natural.

El deber del Estado Constitucional a fin de garantizar e impartir funciones judiciales (jueces) de poderes, deberes, responsabilidad y principios de competencia, legalidad, y sobre todo inherente a los requisitos de imparcialidad, lo que lleva a la independencia del órgano respecto a otro poder de Estado, con aptitud e idoneidad lo faculta a resolver conflictos sometidos a sus conocimientos.

Y conforme a lo que establece el Art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica: “Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro del plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente o imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Al abordar la independencia al cual se refiere tiene que ver con las designaciones de Magistrados que por mucho tiempo han sido objeto de críticas y ataques, por la injerencia sobre todo de orden político que, en el pasado influida fuertemente en las designaciones dentro del orden público, aún con la implementación del Consejo de la Magistratura, que tiene por finalidad de evitar esas injerencias sobre las magistraturas.

El Juez Natural, en el Pacto de San José de Costa Rica

El principio base relativo a la naturalidad de la judicatura es que toda persona debe ser juzgada por tribunales ordinarios o competentes, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos para el conocimiento y la resolución del caso a que se le somete. Esta garantía es base para un Estado Democrático de Derecho y se aplica a todos los fueros, no bastando con que el juez natural este establecido por ley, sino que además debe haber suma claridad y detalle en la circunscripción de los sujetos, tipos, tribunales y procedimientos.

Es dable señalar el artículo 8.1 de la Convención, donde se ha declarado la incapacidad del tribunal de ser competente, independiente e imparcial, de las cuales pueden destacarse:

- a) El principio base relativo a la independencia de la judicatura es que toda persona debe ser juzgada por tribunales ordinarios competentes, independientes e imparciales, con arreglo a procedimientos legalmente establecidos para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete.
- b) El derecho de audita parte es el primero en su ejercicio ante el tribunal competente, independiente e imparcial, en un plazo razonable"
- c) No resulta imparcial el juez perteneciente las mismas fuerzas armadas inmersas en el combate contra insurgentes.

d) Los jueces que se vean sometidos a juicio político, deben tener garantizada la competencia, independencia e imparcialidad del tribunal.

e) En los supuestos autorizados de suspensión de garantías, establecidos en el art. 27 de la Convención, debe garantizarse la plena efectividad de los mecanismos judiciales indispensables para no infringir los derechos no susceptibles de supresión o limitación en estado de excepción.

Por lo tanto, considerar las condiciones concretas de jurisdicción y competencia son un ámbito propio del derecho interno de los Estados, haciendo un análisis de los mismos. Nos preguntamos ¿Que entendemos por jurisdicción y competencia? ¿Quién la ejerce?

La jurisdicción

Es la función, potestad y facultad de las que se hallan revestidos los jueces para administrar justicia. No habrá más jurisdicciones especiales que la creadas por Constitución Nacional. Es una función inherente al Estado, es decir no se puede tercerizar la labor judicial, es indelegable, improrrogable y sobre todo de interés de la sociedad y las leyes que regulan la jurisdicción del orden público, toda esta función de conocer, decidir por sí mismo los juicios sometidos a su conocimiento y ejecutar lo juzgado, cumplen los Jueces, quienes lo ejercen dentro del límite de su competencia, en su más amplia investidura que le es consagrada por la Constitución Nacional.

Además el Código de Organización Art. 9°. *“Los Jueces y Tribunales aplicaran la Constitución, los tratados internacionales, los códigos y otras leyes, los decretos ordenanzas municipales y reglamentos, en el orden de prelación enunciado. No podrán negarse a administrar justicia. En caso de insuficiencia, obscuridad o silencio de la ley, aplicarán las disposiciones de leyes análogas y los principios generales del derecho y tendrán en consideración los preceptos judiciales.”*

La competencia

Es la capacidad de un Tribunal como órgano de un estado de entender en juicio para ejercer la jurisdicción; la idea es de racionalizar la economía y rapidez al servicio de la justicia, estableciendo la competencia en espacios específicos que desarrolla el Tribunal o el Juez, pues bien, la competencia es una forma de canalizar la jurisdicción, y tiene por finalidad racionalizar la justicia darle economía y rapidez por medio de fueros.

Las competencias se clasifican por la materia: Civil, penal, electoral, militar, laboral, niñez; el territorio que es indelegable; por los turnos o por números juzgados (primer turno, segundo turno, juzgado de garantías); por la gravedad del hecho (juzgados de paz, juzgados penales); por el grado de funcionalidad (1ra. Instancia (Juzgados), 2da. Instancia (Tribunal) y la Corte Suprema de Justicia) y *rationae personae*; adolescente, infractor, juzgados para mayores.

Por lo que también podemos mencionar lo establecido en el Código de Organización Judicial:

Art. 11. La competencia en lo civil, comercial, laboral y contencioso administrativa se determina por el territorio, la materia, el valor o cuantía de los asuntos, el domicilio o la residencia, el grado, el turno y la conexidad.

Art. 12. La competencia en lo criminal se establece por la naturaleza, el lugar y tiempo de comisión de los hechos punibles, el grado, el turno y la conexidad. En los procesos por delitos y faltas conexos, el Juez al que corresponda entender en los primeros conocerá también en las faltas. En los delitos comunes no habrá más fuero que el ordinario, y éste prevalecerá sobre los demás en los delitos conexos. En los delitos cometidos en alta mar a bordo de buques o aeronaves nacionales serán competentes los Jueces y Tribunales de la República. Igualmente lo serán en los casos en que en el momento de la perpetración del delito el buque se hallare en aguas jurisdiccionales extranjeras o la aeronave se encontrare en espacio aéreo extranjero, si los gobiernos afectados no tomaren intervención.

De lo precedentemente expuesto, podemos decir que el “Juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente”, requisitos establecido por la CN, CPP y Pacto de San José de Costa Rica.

Al definir Juez natural, podemos decir que es aquel que ha sido designado previamente por la ley para conocer de una determinada clase de delito o proceso. Esta figura de Juez Natural, es parte de la seguridad jurídica de toda sociedad y garantiza que la administración de justicia no sea perjudicada o privilegiada, el mismo es parte fundamente del Debido proceso que tiene por objeto garantizar a todo ciudadano acceder a la justicia a través de juez ordinario y especializado en determinadas materias, predeterminado por la Ley, en normas generales preexistentes, y no por tribunales creados después del hecho, más conocidos como tribunales de excepción. De esta

manera se descarta el Juez o Tribunal creado con posterioridad al hecho que se somete a su enjuiciamiento. Así que todo pleito y causa iniciado por el ciudadano, será juzgado por un órgano jurisdiccional con todos los atributos de la idoneidad y competencia exigidos. Es decir, se trata de jueces designados para ocuparse de determinados procedimientos, teniendo en cuenta las distintas variables que determinan la competencia, para conocer y decidir sobre el litigio procesal.

El Juez natural tiene por objeto asegurar la justicia imparcial, que prohíbe sustraer arbitrariamente una causa a la jurisdicción del Juez que continúa teniéndola, con el fin de atribuir su conocimiento a uno que no la tenía. Las reglas que rigen las cuestiones de competencia tienden a tutelar la garantía del Juez Natural, a modo de no considerarse violatorio de las mismas a aquellos actos procesales razonables y oportunos, inspirados en una eficaz administración de justicia.

La propia Constitución Nacional como ya habíamos mencionado, consagra la función del Juez Natural y por ende es enfática en prohibir los "... TRIBUNALES ESPECIALES..." y de acuerdo a la misma tampoco puede admitirse, la actividad jurisdiccional de Tribunales Administrativos que imponga sanciones, aunque sean leves, como se da en el caso de la justicia policial, tribunales municipales de faltas u organismos semejantes dependiente del Ejecutivo, tales órganos no tienen potestad jurisdiccional, no pueden imponer arresto ni detenciones ni incurrir en aspectos que no fueren de índole exclusivamente administrativa (Vázquez Y Centurión; año 2016).

Juez independiente

¿Qué es la independencia judicial ?

La independencia judicial es un principio que debe caracterizar a los jueces y funcionarios judiciales, el cual les exige una inmunidad ante injerencias de poderes políticos; poder ejecutivo y legislativo, como así poderes extra políticos, que podrían ser poderes económicos con intereses privados, poderes electores partidistas o cualquier otro grupo de presión o de interés. Implica que nadie deberá presionar, obligar, persuadir, imponer, mandar o dictar al órgano judicial y a sus funcionarios en su labor de impartir justicia, ningún "poder" deberá avasallar las funciones judiciales.

Importancia

Este importante principio está contenido en el artículo 16 C.N. el cual expresa: *Toda persona tiene Derecho a ser juzgada por un Juez independiente.* Destaca este principio su pertinencia para la efectiva separación de los poderes estatales, se trata de un principio fundamental del régimen constitucional y del Estado de derecho. Además, propicia un ambiente de seguridad jurídica, una sensación de confianza ciudadana, protege los derechos individuales y colectivos frente al Estado.

De esta manera cabe el siguiente cuestionamiento ¿Cuáles son los riesgos en caso de desconocimiento de la Independencia judicial? por ejemplo si Ministros de la Corte Suprema integrantes de la sala constitucional declinan su perspectiva juzgadora en pos de intereses de terceros países, u otros poderes del Estado como el ejecutivo, se corre el riesgo que la población quede en desventaja y desprotección respecto a actos inconstitucionales contenidos en tratados y decretos, los cuales podrían vulnerar derechos fundamentales como la vida, la salud, la educación y la libertad.

La sociedad con respecto al principio del juez independiente.

Es ideal que la sociedad entienda que sus jueces son independientes, por el hecho de ser parte de un poder autónomo, el cual tiene designado una función muy particular e indelegable que debe caracterizarse por un tratamiento igualitario a todos los individuos. Esto amerita un trabajo permanente para la capacitación social, porque no se trata solamente de pensar en un juez como un técnico de derecho, sino en una persona involucrada dentro de la vida social con la más alta responsabilidad, para ello es necesario una adecuada comprensión de los derechos fundamentales.

El cargo de juez contemporáneamente ya no debe ser tenida tan solamente como un grado de exaltación desde la que se ve a la sociedad desde un peldaño más alto, ni mucho menos ser tratados como seres divinos o sobrenaturales, de hecho, son personas comunes y corrientes como cualquiera de nosotros, no obstante, es menester que cuando vistan la toga se conviertan en jueces justos, investidos de integridad, honestidad, humanidad por sobre todas las cosas.

Surgimiento de Independencia de los jueces en los procesos penales de Paraguay

El constitucionalismo liberal actualmente ha configurado un Estado basado en la división tripartita que todos conocemos; el ejecutivo, legislativo y el judicial. De esa

división se desprende la independencia de todos los poderes y ello implica un poder judicial independiente, en la que el juez se ve sometido única y estrictamente a cumplir con el rigor de la ley, sin apartarse de ella, sin embargo, no siempre las leyes eran justas, y más en nuestro anterior sistema penal inquisitivo. Como tal los jueces se veían obligados en muchas ocasiones a tomar decisiones contrarias al sentido común y a veces injustas por más que en su fuero íntimo estuvieran convencidos del error que cometían, lo que nos lleva a preguntarnos si actualmente en los cuantiosos procesos penales ¿Rigen los principios el debido proceso? ¿Nuestros jueces son realmente naturales, independientes, imparciales, tal como requieren las virtudes del principio del juicio previo? ¿Realmente se cumple en Paraguay el requisito de la independencia judicial? ¿O acaso existen injerencias de órganos externos, internos o de algún ente más poderoso que manipula al poder judicial?

Ante estas interrogantes hemos descubierto primeramente; que en el actual modelo acusatorio y con el advenimiento de la reforma constitucional, entre otros factores que provocaron cambios en el Estado paraguayo, que sí está muy vigente el deber de sometimiento a los principios del debido proceso, y los del juicio previo, es más Paraguay ha pasado a formar parte del sistema interamericano de los derechos humanos desde la promulgación y publicación la Ley 1/89, que fue la primera ley pronunciada poco después del ocaso que sobrevino al régimen dictatorial del general Alfredo Stroessner, por medio de esta ley se ratifica La convención Interamericana de Derechos Humanos, posteriormente por decreto n° 1678 del 8 de enero de 1993 se reconoció de forma expresa la competencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos, del cual se ha basado la constitución actual estableciendo principios para garantizar los Derechos de todo los ciudadanos, exigiendo al poder judicial la correcta aplicación de las normas procesales y debiendo tomar toda decisión aferrándose a las leyes vigentes, a los tratados pactos internacionales, sin injerencia o intervención de ningún otro órgano interno o externo.

Definiremos entonces esta figura jurídica de la independencia judicial, cuál es su importancia, qué papel desempeña, teniendo en cuenta el debido proceso en el poder punitivo que ejerce el Estado, y que finalidad cumple. Un claro concepto a este respecto es encontrado en el artículo 248 de la Carta magna, que reza cuanto sigue: *Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso, En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni*

otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas.

Podemos afirmar entonces que: la independencia judicial es un principio propio a todos los jueces, por ello debiendo ser inmunes antes las injerencias de poderes políticos estatales, en este caso el poder ejecutivo y el legislativo, como también los poderes extra políticos o entes poderosos con intereses privados, o algún poder que deriva del electorado, partidistas o cualquier otro grupo de presión y de interés. Nadie ni nada deberá influenciar, presionar, obligar, persuadir imponer o dictar al órgano judicial y a sus funcionarios en su labor de impartir Justicia. No debe haber interferencia en sus decisiones y en sus funciones. Su finalidad se encuentra en **el artículo 247 de la CN, la cual establece claramente la función primordial de los jueces, que están autorizados, obligados y deben garantizar que los procesos judiciales se desarrollen en forma eficaz, respetando los derechos de los ciudadanos dentro de los principios del debido proceso.**

La independencia del poder judicial es vital y de suma importancia para la correcta separación de las funciones del estado, el recíproco control entre estos poderes, de esta manera se contribuye con la seguridad jurídica del país, y una eficaz protección de los derechos de las personas.

El juez independiente debe velar por la correcta aplicación de la constitución y las leyes, tiene la obligación de dar una interpretación conforme a los principios de la sana crítica a los preceptos constitucionales, legales y los tratados internacionales, esa es la firme y eficaz función interpretativa de cada juez. La independencia judicial debe ser un componente indispensable e inquebrantable en todo estado democrático y constitucional de derecho. Y ante todo este principio debe ser comprendido nada más y nada menos que en beneficio de los ciudadanos respecto a la necesidad de una correcta administración de Justicia, los demás órganos constitucionales están sujetos a respetar la libertad del juez.

Finalidad de la independencia judicial con relación al poder punitivo del Estado

Bien sabemos que es el Estado quien posee estructura y función tanto legal y jurisdiccional para el ejercicio del jus puniendi ..(Ius quiere decir derecho y puniendi castigo), es decir el derecho que tiene el Estado de castigar, esta labor es ejercida a través de los jueces, y es el estado mismo quien se encarga de establecer las reglas, pues no es un derecho ilimitado, no es un derecho discrecional y mucho menos arbitrario, esa potestad de ejercicio para imponer castigo está enmarcada por los principios de “Garantía y eficiencia” estructuradas en el debido proceso. Que constituyen derechos que el reo tiene de modo cierto y bien establecidos en la Constitución, los tratados, los pactos internacionales y en el proceso penal. En el código procesal y la eficiencia viene a ser la capacidad que tiene el estado para imponer el castigo de modo racional y garantía se refiere al máximo respeto de los derechos de los procesados. Podemos denotar la importancia del papel del juzgador en cuanto a su independencia, para interpretar y aplicar a favor o en contra del procesado todos estos principios fijados en los distintos instrumentos jurídicos.

Por tal razón ¿Se necesitan jueces independientes? Alguien dijo “denos jueces independientes y el mundo estará a salvo”. Cuando existen jueces dependientes y no se castigan los hechos punibles florece la impunidad, la sociedad es sumergida en un estado de incertidumbre, porque en la comisión de un hecho delictivo no solamente el blanco es la víctima, sino toda la sociedad, genera un pánico social, por eso a la sociedad le resulta sumamente problemático que ciertos hechos punibles resulten en impunidad por ejemplo la corrupción, los famosos delitos de cuello blanco, tráfico de influencia etc.

Del mismo modo es fundamental para el correcto andamiaje del poder judicial el mantenimiento de una postura independiente, porque existen numerosas presiones de carácter político, de empresarios, mediáticos, que atentan contra esa independencia. Sin independencia, las decisiones judiciales no son percibidas como transparentes, por ende, difícilmente tendrán un respaldo social. Los estados que cultivan el corporativismo - típico de los sistemas totalitarios- donde no se promueven a los jueces idóneos, preparados y aptos para el ejercicio, dándose lugar a jueces no capaces y funcionales a intereses corporativos satisfacer los intereses personales, de allí se desprende la frase “Si no podemos comprar jueces pongamos jueces”.

Características en la función

En base a las características funcionales de los magistrados judiciales nos preguntamos ¿Cómo deben actuar los jueces hoy día?. Al respecto, el artículo 3 del Código Procesal Penal, expresa claramente: *“Los jueces serán independientes y actuarán libres de toda injerencia externa, y en particular, de los demás integrantes del Poder Judicial y de los otros poderes Estatales. En caso de injerencia en el ejercicio de sus funciones el juez informará a la Corte Suprema de Justicia sobre los hechos que afectan su independencia. Cuando provenga de la propia Corte suprema de Justicia o de algunos de sus ministros, el informe será remitido a la Cámara de Diputados. Los jueces valorarán en su decisión también las circunstancias favorables como las perjudiciales para el imputado con absoluta imparcialidad.”*

Los jueces tienen plena libertad con respecto a influencias de terceros, valorarán en su decisión tanto las circunstancias favorables, como las perjudiciales para el imputado, con absoluta imparcialidad. Esto nos indica que el principio de la independencia se desdobra en dos aristas, una externa y otra interna.

Desde el punto de vista exterior: la independencia de la función judicial ejercida por jueces singulares y colectivos, se afirma con la no intromisión de poderes externos a ella, los que no pueden interferir en la actividad decisoria (p. ej. los jueces no deben atender en sus decisiones las instrucciones emanadas del poder ejecutivo, ni tampoco órdenes o consejos generados desde el órgano legislativo). Un otros organismos o entidades extra poder.

En cuanto a la independencia interna: se debe asegurar la autonomía del juicio, no admitiendo interferencia de jerarquías internas dentro la propia organización judicial. El juez resuelve con apoyo en el sistema de fuentes, aunque es importante vincular la independencia interna con el principio de igualdad. Cada vez cobra mayor importancia el precedente judicial como límite en la tarea de aplicación y de interpretación. El juez debe actuar conforme al imperio de lo normativo, pero su actuación no puede sacrificar el principio de igualdad como en los casos del respeto que se debe a una decisión proferida por un alto tribunal cuya función sea unificar la jurisprudencia

Distinción de la imparcialidad

Imparcial es aquel juzgador que con una postura firme se abstiene de favorecer a alguien y procede con imparcialidad, sin ser tendencioso o subjetivo, mostrándose siempre neutral y ecuánime ante cualquier cuestión, tampoco debe existir afinidad ni amistad o parentesco con las partes y mucho menos un interés en el asunto. No obstante, la Independencia se caracteriza por ser un principio establecido y ya plasmado en la norma, que marca las pautas de comportamiento a los jueces, los obliga a cumplir cabalmente cada procedimiento con plena libertad, pero sometidos al imperio de la ley, no a las injerencias de los poderes externos o internos de ningún superior jerárquico. Todas las instrucciones emitidas por el titular de la función jurisdiccional se vinculan exclusivamente al ordenamiento jurídico, y no a los criterios de grupos de presión, o en las pautas dadas por los poderes económicos, ni en los conceptos proferidos por los demás órganos del poder público o jueces superiores. Ante el supuesto de que existan presión, amenaza imposición de un órgano externo que pudiera interferir en las decisiones del juez y por ende tales amenazas causen temor, inseguridad, este puede denunciar ante la Corte Suprema de justicia, en la parcialidad ocurre lo contrario, el mismo juez se inhibe o puede ser recusado por las partes, pues se relaciona al mismo juez.

Independencia judicial y el debido proceso

El artículo 16 de la norma madre expresa acerca de los derechos procesales: En La defensa en juicio de las personas y sus derechos es inviolable. “Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes, e imparciales.” Cuando hablamos de independencia en el proceso penal nos referimos específicamente que hay de por medio un sujeto imputado o acusado de haber cometido un ilícito penal y ante la sospecha de haber cumplido con lo establecido en el código penal, deberá necesariamente pasar por una etapa investigativa, hasta que se dicte una sentencia. Tanto en la constitución como en el código procesal penal existen listados de principios y garantías, cada uno de estos son de vital importancia para la defensa en juicio. Entendemos que el debido proceso: comprende un conjunto de principios que cubren todo el tiempo en que la persona está bajo la lupa de la justicia penal, estos tienen presupuestos que deben necesariamente ser respetados so pena de nulidad, un principio axial es el de juicio previo sustentado por otros de gran importancia como la presunción de inocencia, la irretroactividad de la ley, la inviolabilidad de la defensa, el principio de

no declarar contra sí mismo. Todos estos son componentes del debido proceso, por ende, todas las personas sometidas a un proceso son sujetos de ellos, tienen derecho a la defensa, aunque hayan sido sorprendidos en estado de flagrancia, deben y tienen que ser sometidos a un juicio previo, con jueces naturales, independientes e imparciales.

En el artículo 17 inciso 3 de la Constitución Nacional se encuentra la clave del proceso penal y de igual manera de cualquier otro proceso en el que pueda derivarse pena o sanción, ninguna persona debe ser condenada si no mediaron los presupuestos del juicio previo. Este principio dominante importa que no puede haber ninguna condena sin una correcta labor de los jueces, es decir, eficaz y equilibrada en la aplicación de los parámetros legales anteriores a la comisión del hecho. Los principales componentes del juicio previo tienen que ver con las formas o deberes del órgano juzgador que son; juez natural, independiente e imparcial.

Hemos comprendido a través de la doctrina y la teoría del proceso penal que la independencia del juez es de vital importancia puesto que un magistrado para el correcto ejercicio de su rol necesariamente debe estar exento de ataduras de su círculo interno (el poder judicial mismo) y tampoco ser obediente a círculos externos (poderes económicos, partidos políticos, particulares).

Como ejemplo tenemos las sonadas incidencias expuestas por la prensa donde la simple llamada de un superior jerárquico pudiendo ser un Ministro de la Corte o un camarista, solicitando el “ajuste” de una decisión judicial. Por otra parte, como injerencia externa tenemos los factores de otros poderes del Estado. Un senador, integrante del Consejo de la magistratura, integrante del jurado de enjuiciamiento de magistrados, que pretende interferir en las decisiones judiciales son el pan de cada día de nuestra realidad paraguaya.

La independencia del juez es un status de legalidad innegociable, no debe ser transgredido, el juez nunca debe operar bajo los efectos de incidencias internas o externas, debe ser efectiva su independencia del propio Poder Judicial, y también de los demás poderes del Estado. Ningún amigo o enemigo, ningún componente foráneo puede incidir en la sagrada tarea de administrar justicia.

Juez Imparcial

La imparcialidad y el sistema judicial inquisitivo

Durante el imperio del sistema inquisitivo el juez lamentablemente guiaba al mismo tiempo la investigación y juzgaba, con lo que se potenciaba enormemente el peligro de ser parcial; el que había reunido las pruebas sólo raras veces estaba en condiciones de apreciar el resultado en forma imparcial. Es que como señala Eberhard Schmidt *“solo un juez dotado de una capacidad sobre humanas podría sustraerse en su actividad decisoria a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigativa”*.

Por lo precedentemente expuesto hoy está fuera de discusión que no pueden ejercerse por un mismo órgano las funciones de investigación en la fase preliminar y de enjuiciamiento en el juicio, por cuanto ello supondría el riesgo de que la decisión se pronunciara por un juez carente de imparcialidad. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia del 26 de octubre de 1984, caso “De Cubber”, entendió que la actuación como juez en el tribunal sentenciador de quien había sido juez instructor de la causa, suponía infracción al derecho a un juez imparcial.

Un sistema de juicio criminal en el que el juez deba hacer las funciones del acusador es vicioso por sí mismo decía con toda claridad Filangier. Siendo el Juez un órgano supra ordenado a las partes, no actúa sino cuando se acude a él. Como enseña Tocqueville *“por naturaleza el poder judicial carece de acción. Es preciso ponerle en movimiento para que se mueva. Se denuncia y delito y se castiga al culpable. Se le llama para que rectifique una injusticia y la rectifica. Se le somete un acto y lo interpreta. Pero no acude por sí mismo a perseguir a los criminales, a buscar las injusticias o examinar los hechos. El Poder Judicial violentaría en cierto modo esa naturaleza pasiva si actuase por sí mismo”*.

Requisitos de la imparcialidad

La imparcialidad requiere ausencia de prejuicio o favoritismo. La preocupación de Obarrio en orden a la separación de las funciones investigativas y decisorias como soporte del principio de imparcialidad era tal que no sólo previó órganos jurisdiccionales diferentes para las dichas tareas (jueces de instrucción y sentencia) sino que impidió que

a la etapa del juicio pudiera ingresarse sin una acusación formulada por un sujeto diferente al que realizó la pesquisa.

La misma preocupación se advierte en Tomás Jofré quien en su proyecto de Código de procedimiento penal para la Provincia de Buenos Aires vigente desde 1915 señalaba que *“la imparcialidad que debe tener todo magistrado es inconciliable con las funciones de la acusación, funciones que en rigor vienen a desempeñar los jueces, cuando, a pesar de las opiniones del Ministerio Fiscal, o querellante particular, mandan llevar adelante los procedimientos y pasan la causa a estado de plenario.”*

La imparcialidad como atributo de la jurisdicción significa amenidad del juez a los intereses de las partes, lo que se concreta al separársele de la acusación, para que finalmente adquiriera ese hábito intelectual y moral - al decir de Ferrajoli – que le permite juzgar con equidistancia.

" Imparcialidad significa, por sobre todas las cosas que el juez no toma partido por ninguna de las partes, es árbitro, fiel a la balanza de la justicia".

1.- Debe propiciarse una reforma procesal respecto de la "recusación de los jueces", debido a la problemática ambiental que ellos deben resolver.

2.- La imparcialidad de los jueces debe seguir siendo una garantía para las partes.

3.- El juez siempre debe ser fiel a la balanza de la justicia.

Imparcialidad es en sí misma, por sobre todas las cosas, que el juez no toma partido por ninguna de las partes, es árbitro, no se inclina por uno de los lados, fiel a la balanza de la justicia, a su promesa, a la verdad y por, sobre todo, preponderando el bien común sin beneficiar a ninguno". En esa definición de "no inclinarse", implica esa capacidad de sopesar las posiciones y sus componentes presentada por las partes, dictando lo que corresponda sobre los argumentos más sólidos. Sin estar influido por ningún motivo o razón a favor de una posición que excluya lo que debidamente corresponde al proceso.

El Juez no solo debe ser Imparcial, sino, debe parecer y transmitir a los justiciables, por la legitimidad de la justicia. Por ello hablamos de dos formas de imparcialidad, la imparcialidad subjetiva y la imparcialidad objetiva.

Fundamento de la imparcialidad

La imparcialidad como atributo del juez en su sentido objetivo está fundamentado en el derecho del justiciable, primera y esencialmente en ser tratados por igual, lo que lleva a los demás derechos de los mismos. Así, de este modo se amplía el sentido de la imparcialidad.

El artículo 9° del Código Iberoamericano de Ética Judicial señala: *“La imparcialidad tiene su fundamento en el derecho de los justiciables a ser tratados por igual y, por tanto, a no ser discriminados en lo que respecta al desarrollo de la función jurisdiccional”*.

En el mismo código se define claramente lo que es la imparcialidad hablando de la persecución objetiva de la verdad en los hechos y las pruebas, sin desviación o manteniendo equivalente distancia con las partes, para que no pueda llegar a reflejarse ningún tipo de favoritismo. Esencialmente se encuentra allí la imparcialidad, en la línea recta y bien separada con miras a la búsqueda de la verdad (justicia) y nada más, obligando a abstenerse de intervenir al Juez en aquellas causas en las que pueda verse comprometida su imparcialidad o en la que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así.

El Código Iberoamericano de Ética Judicial en su artículo 10° señala: *“El Juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio”*.

Es en este momento en el que la imparcialidad juega un papel determinante, en atención a que promueve la promoción de los valores jurídicos más altos, como son la justicia y la seguridad jurídica.

Dándole forma y entiendo el todo del alcance que tiene la imparcialidad en la labor del juez, nos remontamos durante el imperio del sistema inquisitivo, allí el juez lamentablemente guiaba al mismo tiempo la investigación y juzgaba, lo cual es el primer atentado contra este principio, porque potenciaba enormemente el peligro de ser parcial; el que había reunido las pruebas sólo raras veces estaba en condiciones de apreciar el resultado en forma imparcial. Allí, bajo lo mismo Eberhard Schmidt sostiene que, “solo un juez dotado de una capacidad sobre humanas podría sustraerse en su actividad decisoria a los influjos subjetivos de su propia actividad agresiva e investigativa”.

Por las razones anteriores, hoy no es posible que las funciones de investigación en la etapa preliminar y las funciones de acusación en el juicio sean realizadas por un mismo órgano, ya que esto implica el riesgo de que los jueces dicten sentencias en lugar de la imparcialidad. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 26 de octubre de 1984 en el caso "De Cubber", entendió que quien actuaba como juez de instrucción en el caso era juez de sentencia, lo que implicaba una violación de los derechos de un juez imparcial.

El sistema de justicia penal, en el que los jueces deben desempeñar las funciones de los acusadores en sí mismos, es intrínsecamente vicioso, dejó en claro Filangier. Como el juez es el órgano superior, sólo actúa cuando se le solicita. Como enseñó Tocqueville, "El poder judicial carece de acción. Debe activarse para moverse. Condenar el crimen, castigar al criminal. Fue llamado a corregir la injusticia, y la corrigió. Se le sometió un acto, explicó. Es. Pero no persigue a los criminales, encuentra agravios, descubre los hechos. Si el poder judicial sigue su propio camino, de alguna manera viola esta naturaleza pasiva".

Implicancias de la imparcialidad

La imparcialidad implica ausencia de prejuicio o favoritismo. Las preocupaciones de Obarrio sobre la separación de las funciones de investigación y decisión como apoyo al principio de imparcialidad son tan grandes que no solo prevé diferentes jurisdicciones para llevar a cabo las tareas antes mencionadas (jueces de instrucción y sentencia), sino que también impide las alegaciones realizadas por los investigadores.

Idénticas preocupaciones se advierten en Tomás Jofré, quien, en el proyecto de Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, que entró en vigencia en 1915, expresó que "la imparcialidad y acusación que debe poseer todo magistrado en sentido estricto, la función que desempeña un juez cuando ordena el trámite de las actuaciones y traslada la causa al pleno, independientemente de la opinión del fiscal o querellante particular".

La imparcialidad como atributo de la jurisdicción significa que el juez está de acuerdo con los intereses de las partes, lo cual se concreta cuando se separa de la acusación, de modo que acaba adquiriendo el hábito intelectual y moral – según Ferrajoli – que le permite juzgar con equidistancia.

Entre las cosas que discutimos, "importante es la creencia de que en una sociedad democrática se debe fomentar la justicia, especialmente para el acusado, para el delito". Esto se conoce como la prueba de imparcialidad y determina la recusación de un juez cuando existe duda razonable o razonable sobre la inacción del juez. El test subjetivo, por otro lado, se basa en indagar la existencia de una convicción personal del magistrado en un caso dado. El juez se presume imparcial hasta que se demuestre lo contrario.

En el modelo acusatorio, desde el marco teórico e histórico, son claros la separación del juez de la acusación, acusación y defensa, entre otros principios de un proceso penal. Yendo a un proceso penal antiguo, entre los que podemos citar a Roma Republicana o bien la misma Grecia, tienen como punto de partida la acusación. Y, para distanciar la búsqueda de venganza al derecho penal, se necesitó un órgano juzgador imparcial, aunque esa figura no estaba aún bien definida, estaba en el ofendido o su familia.

Características de la imparcialidad

- 1.- Debe propiciarse una reforma procesal respecto de la "recusación de los jueces", debido a la problemática ambiental que ellos deben resolver.
- 2.- La imparcialidad de los jueces debe seguir siendo una garantía para las partes.
- 3.- El juez siempre debe ser fiel a la balanza de la justicia.

2.7 ¿Para qué sirve el Juicio *Previo en el proceso?*

a. *Función protectora:*

Evita la alteración grave del proceso y por ende, la desvirtuación de la justicia misma.

b. *Función contralora:*

Ejerce función contralora intrínseco en todo el curso del proceso (antes y durante el juicio)

c. *Función Anticipativa:*

Obliga a una lectura ética del juez para advertir causales del **J.P.** y su obligación legal *ipso iure* de actuar en consecuencia (**inhibición**)

d. *Función correctora:*

Las partes pueden impedir el curso inicuo del proceso

CONCLUSIÓN

Nos hemos referido al Principio del Juicio Previo, su implicancia en los conjuntos de garantías previas como la del Juez Natural, Juez Imparcial, Juez Independiente, el principio de la inviolabilidad de la defensa tanto material como técnica o en su caso auto defensa, la publicidad, oralidad, intermediación, la valoración de la causa observando las reglas de la sana crítica, fundamentación y motivación de la sentencia, dónde se vean reflejadas las circunstancias fácticas y legales en consonancia con las probanzas efectivas, se ha denotado que para garantizar la observancia del juicio previo se necesitan al menos, una acusación preparada, formulada y sostenida por un funcionario distinto e independiente del juzgador, en este caso el ministerio público. Una defensa que se estructurada sobre la base de que es posible pretender que el imputado colabore con la investigación del delito que se le atribuye y que contempla la prohibición de asignarle a la actitud de no colaboración alguna consecuencia en su contra. La defensa la ejercerá el imputado, o sea la llamada defensa material y su abogado o defensa técnica.

Sobre la prueba, se requiere que ésta sirva como único dato externo al juzgador que sea capaz de darle conocimiento sobre la imputación. Esto importa un resguardo contra la posible arbitrariedad del tribunal, puesto en principio no son los jueces sino las probanzas, las que en realidad tienen la calidad de condenar o absolver.

Entonces juicio previo es la derivación de una sentencia, dictada dentro de un plazo razonable, en debate oral y público, cuyo fruto debe ser un fallo debidamente razonado, acorde al principio e implicancias de la sana crítica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adolfo Alvarado Velloso. El juez, sus deberes y facultades: los derechos procesales del abogado frente al juez. Editor Depalma, 1982.

Baumann, Jürgen “Derecho Procesal Penal” Desalma.

Binder, Alberto M.; Introducción al Derecho Procesal Penal, 2da. Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2.002.

Código procesal penal Comentado - 8ª Edición - Autores: Jorge Eduardo Vázquez Rossi / Rodolfo Fabián Centurión Ortiz - Año 2016

Constitución Nacional de la República del Paraguay; Asunción, Ediciones Librería
El Foro, Setiembre 2.019.

Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal. Traducción a
cargo del José Manuel Núñez, Buenos Aires.

Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo penal” Ed. Trotta, Madrid
1995.

LA IMPRUDENCIA DE LOS COMUNICADORES SOCIALES: DEMÉRITO DE LA LIBERTAD DE PRENSA EN EL PARAGUAY

Derlis Gustavo López Vera⁴²

Ruth Vanessa Rodríguez Hrinčan

Teresita Fernanda Plate

Alejandro Daniel Acosta Delvalle⁴³

María Luisa Hermosilla⁴⁴

RESUMEN

Toda persona posee derecho a la libertad de opinión, expresión y de prensa. Este derecho incluye el derecho a no ser perturbado por sus opiniones, y a investigar, recibir y difundir información y opiniones, sin limitación por cualquier forma de expresión. El derecho a la libertad de prensa es un derecho esencial que debe ser protegido y promovido ya que incluye la libertad y la expresión. La libertad de prensa es un derecho humano fundamental que protege a cualquier persona contra la difusión de información por cualquier medio de expresión. También incluye el derecho a acceder y recibir esta información. La libertad de prensa se ha visto terriblemente amenazada en el siglo XXI por una dictadura de 35 años en el gobierno. Un país donde la libertad de prensa era desconocida y menos respetada, en el que quienes la ejercían eran hostigados, amenazados e incluso asesinados, desconociendo las leyes que protegían la libertad de prensa en ese entonces. La libertad de prensa es un derecho humano arraigado en el derecho a la libertad de expresión. Pero toda libertad tiene sus límites. Si no se regula, se convierte en una aberración, es decir, en un abuso del poder de prensa y del uso de la libertad, pero sin asumir las consecuencias de la conducta, precisamente por ello debe existir una mayor organización que impida todo tipo de un aislamiento excesivo de los individuos. La importancia de reconocer este derecho en los Estados y el sistema de justicia radica en reconocer y comprender las causas de estos abusos, enfrentarlos y prevenir su repetición, sancionarlos, preservar la memoria histórica y establecer mecanismos de transparencia y rendición de cuentas en las instituciones judiciales. En esta era crítica en los que nuestra democracia enfrenta desafíos como la difusión de información errónea, es imperativo que los gobiernos creen un entorno que permita que los medios de comunicación respalden con calidad su función, que es uno de los cimientos fundamentales de la democracia que garantiza que los ciudadanos tengan acceso a fuentes e información independientes y les permita participar activamente en la sociedad a través de la toma de decisiones informadas.

Palabras claves: Libertad de prensa, Libertad de expresión, Censura, Globalización.

⁴² 1Estudiantes investigadores del 2do. Año de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales / Universidad Privada del Este, Ciudad Presidente Franco, Alto Paraná, Paraguay.

⁴³ Tutor Temático.

⁴⁴ Tutor Metodológico-Dirección de Investigación, Autora de correspondencia.

ABSTRACT.

Everyone has the right to freedom of opinion, expression and the press. This right includes the right not to be disturbed by their opinions, and to investigate, receive and impart information and opinions, without limitation by any form of expression. The right to freedom of the press is an essential right that must be protected and promoted as it includes freedom and expression. Freedom of the press is a fundamental human right that protects anyone against the dissemination of information by any means of expression. It also includes the right to access and receive this information. Press freedom has been terribly threatened in the 21st century by a 35-year dictatorship in government. A country where freedom of the press was unknown and less respected, in which those who exercised it were harassed, threatened and even killed, ignoring the laws that protected press freedom at the time. Freedom of the press is a human right rooted in the right to freedom of expression. But all freedom has its limits. If it is not regulated, it becomes an aberration, that is, an abuse of the power of the press and the use of freedom, but without assuming the consequences of the conduct, precisely for this reason there must be a greater organization that prevents all kinds of excessive isolation of individuals. The importance of recognizing this right in the States and the justice system lies in recognizing and understanding the causes of these abuses, confronting them and preventing their repetition, punishing them, preserving the historical memory and establishing transparency and accountability mechanisms in judicial institutions. In this critical era when our democracy faces challenges such as the spread of misinformation, it is imperative that governments create an environment that allows the media to quality support its role, which is one of the fundamental foundations of democracy that It ensures that citizens have access to independent sources and information and allows them to actively participate in society through informed decision-making.

Keywords: Freedom of the press, freedom of expression, censorship, globalization.

INTRODUCCIÓN

La importancia del reconocimiento de este derecho “libertad de prensa” en los estados de sistemas judiciales, principal mente en el Paraguay radica en conocer y entender las causas que originaron estos abusos, como enfrentarlas y prevenir para que esto no ocurra nuevamente con el estudio de las consecuencias, evitar la impunidad preservar la memoria histórica, así como establecer mecanismos de transparencia y la correcta rendición de cuentas en las instituciones de impartición de justicia. A nivel jurídico existe este reconocimiento de la libertad de expresión y opinión con una conexión que ayude a promover y proteger los derechos humanos debido a ello existe un mecanismo propio de Garantía Constitucional que lo respalda según la misma *“Constitución Nacional del Paraguay (1992,23) artículo 26. De la libertad de expresión y de prensa”*. El presente trabajo tiene por objetivo informar sobre el ejercicio efectivo del derecho a la libertad de prensa, así como de expresión y las consecuencias legales, morales y de abuso de dicho ejercicio, vulnerando, generalmente el derecho al honor a la dignidad, integridad e intimidad. Porque, si se violenta un derecho ajeno surge la necesidad y obligación de repararlo. Sin embargo, también nos adentramos al estudio del derecho a recibir información veraz y plural que asimismo merece un análisis concreto, puesto que participa del derecho subjetivo que nos interesa, pero además se encuentra en el fundamento mismo de una opinión pública libre en un estado social de derecho. Debemos partir de una idea, y es que la persona “sujeto de derecho” mencionado anteriormente tiene el derecho a emitir información veraz y que el receptor reciba información veraz y plural todo eso amparado constitucionalmente

MATERIALES Y MÉTODOS

LOCALIZACIÓN:

La investigación abarca en la libertad de prensa en el Paraguay, a razón del libertinaje y la proliferación de la prensa. El sistema de investigación utilizado fue la revisión en tiempo real de la biblioteca de la Universidad Privada del Este sede central Pdte Franco, informaciones a distancia, Google académico, UNESCO, periódicos nacionales e internacionales, libros sobre comentarios de la Constitución Tomo 1.

RESULTADOS

Antecedentes. Historia de la Prensa Escrita.-

Los antecedentes de la prensa escrita se remontan al Imperio Romano. El primer producto periodístico fue una hoja de noticias que circulaba por la antigua Roma, llamada *Acta diurna*. Se publicó semanalmente desde el año 59 a.C. e informaba sobre hechos políticos y sociales. Otras publicaciones romanas que también se podrían considerar como precedentes del periodismo son la *Acta Senatus* y los *Annales Maximi*.

Siglos más tarde, hacia el año 713, existió en China una publicación del gobierno imperial a la que llamaron Noticias mezcladas. Mientras, en la Europa medieval, surgieron los avisos, páginas escritas a mano que se colgaban en lugares públicos. El periódico, tal como hoy lo conocemos, nació en Inglaterra, en el siglo XVIII. Con anterioridad a esta fecha, existieron ciertas formas de comunicación social.

Ya en la Roma antigua existían distintos medios de información pública: Las Actas públicas o Actas del pueblo consistían en una serie de tablones expuestos en los muros del palacio imperial o en el foro, en los que se recogían los últimos y más importantes acontecimientos sucedidos en el Imperio. Los subrostanti se ganaban la vida vendiendo noticias o fabricando informaciones sensacionalistas y sin sentido.

En la Edad Media surgieron los mercaderes de noticias que redactaban los Avisos, también llamados folios a mano. Consistían en cuatro páginas escritas a mano, que no llevaban título ni firma, con la fecha y el nombre de la ciudad en que se redactaban. Se vendían en los puertos y ofrecían informaciones del mediterráneo oriental (lugar en que se desarrollaba la actividad bélica de las cruzadas), recogían noticias facilitadas por marineros y peregrinos. Estos avisos tuvieron un gran éxito y enseguida fueron censurados por las autoridades de toda Europa. También nacieron en torno a los puertos los *Price-courrents* que daban informaciones sobre los precios de las mercancías en el mercado internacional, los horarios de los barcos, etc.

En el siglo XV, con la invención de la imprenta, los avisos y *price-courrents* dejaron de hacerse manuscritos y se imprimieron. Aparecieron otras publicaciones periódicas nuevas: los Ocasionales informaban de un hecho excepcional de forma eventual, cuando la ocasión lo requería. Los más famosos fueron los de Cristóbal Colón, contando el

descubrimiento de América. Pronto comenzaron a ser publicados por los gobiernos, que los utilizaron como medio de propaganda. Tenían formato de libro y portada ilustrada.

Las Relaciones eran publicaciones de periodicidad semestral, coincidían con las dos ferias anuales de editoriales y librerías, que tenían lugar en la ciudad de Frankfurt. Recogían los principales acontecimientos ocurridos en Europa durante los seis meses que separaban una feria de otra. En el siglo XVI se siguen publicando avisos, ocasionales, relaciones...y aparece un nuevo tipo de publicación.

Antecedentes en el Paraguay.-

El presidente de la República del Paraguay, Don Carlos Antonio López promulga la primera Constitución Nacional el 3 de noviembre de 1844.

En julio de 1887 se implementó el Centro Democrático que posteriormente se denominaría Partido Liberal. En su carta constitutiva expresa que “...*por cuanto el pueblo Paraguayo en su constitución política ha acordado a los ciudadanos entre otros derechos como el de la libertad de la prensa y el de la palabra el de reunión.*”

Imprenta Paraguaya: Apareció a principios del siglo XVIII. La imprenta fue adquirida al parecer en el Brasil el primer documento que se difundió fue el “Acta de Reconocimiento de la Independencia por el Imperio, el 14 de septiembre de 1844”. La imprenta tuvo lugar de funcionamiento en lo que fuera el Colegio Jesuítico. Durante la guerra de la Triple Alianza, una de las imprentas se localizaba en Asunción la otra en el campamento del Mariscal López, este hecho da origen al periodismo “*combatiente*”.

Nacimiento de la prensa Paraguaya: El periodismo surge con “*El Paraguayo Independiente*”, el primer número apareció el 26 de abril de 1845.

Durante la guerra contra la triple alianza hubo bloqueos sometidos por los aliados de la guerra, en donde los periodistas paraguayos se vieron obligados a utilizar como materia prima la fibra del caraguyata y del ybyra, durante ese momento histórico fue por primera vez se produjo papel en el Paraguay, esos periódicos que se producían en ese entonces resaltaba por su excelente estado de conservación. En el Paraguay el periodismo surgió más lentamente comparado a los otros países latinoamericanos que poseían órganos de difusión desde el periodo colonial. En el siglo XIX inicia el periodismo en el Paraguay, con “*El Paraguayo Independiente*”.

Decreto 1855: Don Carlos Antonio López tuvo la intención de establecer la libertad de prensa con el decreto de 1855, que señalaba *el “derecho de todo ciudadano de publicar sus ideas y opiniones por la prensa”. Ejercer toda industria lícita, de reunirse pacíficamente, de peticionar a las autoridades, de entrar, permanecer, transitar salir del territorio Paraguayo libre de pasaporte, de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, de usar, de disponer de su propiedad y asociarse con fines útiles, de profesar libremente su culto y aprender.”*

“Artículo 24: Las libertades de la prensa es inviolable, y no se dictará ninguna ley que coarte de ningún modo este derecho. En los delitos de la prensa solo podrá entender los jurados, y, en las causas o demandas promovidas sobre publicaciones en que se censure la conducta oficial de los empleados públicos, es admitida la prueba de los hechos.”

Elementos que conspiran contra las disposiciones constitucionales:

- 1- Situación de anarquía e inestabilidad política que se vive en el país.
- 2- Inoperancia de los tribunales cuando se necesitó su intervención en caso de atropellos a los derechos.
- 3- Paraguay tuvo periódicos de gran circulación, todos eran políticos partidarios con pequeñas excepciones.

Se establece la Constitución del 1970 con el derrocamiento del gobierno de la revolución y la prensa queda garantizada con los momentos de mucha presión política.

En Presidencia de José Félix Estigarribia se establece las restricciones legales a la prensa: En el mismo Decreto se establecen seguidamente todo tipo de restricciones se señalan siete categorías de delitos, los que significaban a su vez restricciones a la libertad de expresión.

Por un decreto a un artículo para la libertad de expresar las ideas y opiniones a través de la prensa pero a continuación a 40 artículos restrictivos estableciendo categorías de delito. Por ejemplo:

1. Contra el jefe supremo del Estado
2. La seguridad de la República

3. La sociedad o la moral pública

4. La religión

5. Los soberanos o jefes supremos de las naciones extrajeras.

Doctor Bordenabe decía que “este tipo de restricciones aparecerá a lo largo de toda la legislación nacional bajo diferentes gobiernos.”

2.1. Bases de las leyes que ampararon el inicio del derecho a la Libertad de prensa en el Paraguay

CONSTITUCIÓN DE 1870: Sancionada por la Honorable Convención constituyente en sesión del 18 de noviembre de 1870.

CAPITULO II: Artículo 18: Todos los habitantes de la República gozan de los siguientes derechos, conforme a las leyes, que reglamentan su ejercicio. De navegar y comerciar, de trabajar...

Ley 337: Toda difusión o propagación de ideas podrá realizarse por medio de la prensa salvo:

- *Que no afecte la moral y buenas costumbres*
- *No se haga uso del lenguaje hiriente o soez*
- *Que no afecte la dignidad del Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial*
- *Que no reprueba las actitudes del Presidente, Vicepresidente, Fuerzas Armadas, Iglesias, etc.*
- *Esta ley 337 derogó otra ley, la 1292 que exigía un “director responsable”, al tiempo que estableció penas.*
- *El 18 de febrero 1940 DECRETO N°1. El general Estigarribia abandona la constitución 70 y asume la plenitud de los poderes políticos del Estado.*

Decreto - Ley N° 89: El 26 de febrero por DECRETO ley 89, crea la Dirección General de Prensa Propaganda, que controlaría todas las publicaciones que se dicten y circulen en la República. Libros, revistas, folletos, diarios, volantes y radio emisoras.

Ley 1292: Después de la revolución del 22 hasta la Guerra del Chaco puede hablarse de libertad de prensa porque:

• *Ley 1292: poco restrictiva, del 31 de diciembre de 1932, por las circunstancias bélicas, no se pueden considerar como atentatorias a la libertad de prensa. El Diario, El liberal, El Deber, La Nación.*

Ley de Prensa N° 1776: Durante la presidencia de Estigarribia fue creada la Ley de Prensa.

2.2. Época de la Dictadura de Stroessner

Tras el mandato de Alfredo Stroessner se dieron diversas prohibiciones y entre ellas se violaban los derechos de la libertad de expresión y la libertad de prensa, una época difícil para los ciudadanos que no podían acceder a las informaciones de los diarios ni expresar libremente sus pensamientos, a raíz de eso se dieron varios enfrentamientos los cuales llevaron a cabo distintos cierres de los periódicos reconocidos entre ellos ABC.

La libertad de prensa fue terriblemente amenazadas durante siglo XXI por un régimen totalitario que perduro 35 años en el país. Un país en donde la libertad de prensa no era conocida y mucho menos respetadas en las cuales las personas que la ejercían eran asediados, amenazados y hasta asesinadas, ignorando el *‘Art. 28 de la Constitución Nacional (1992, 38) del derecho a informarse de manera veraz y ecuánime, restringiendo la pluralidad de pensamientos, ideas u opiniones.’*

En el año 1989 con el derrocamiento de Alfredo Stroessner y por ende el fin de la dictadura, donde la prensa tuvo la total libertad de expresión que eran censurados durante esa dictadura, pero luego se incorporó a la vida democrática, a través de las denuncias de los hechos de corrupción, de ser vigilantes de los que lo gobernaban, a tener esa tan esperada libertad de expresión. La nueva Carta Magna de 1992 la consolido y le dio carácter constitucional específica, con artículos que enaltecían su labor.

Transcurridos más de 33 años, nuestra prensa actualmente lucha por tener veracidad, por salvarse del cese, especialmente los periódicos, en su lucha frecuente por subsistir con la competencia de los medios digitales, y las redes sociales.

3. La libertad de prensa en un mundo alternativo

A razón del primer punto a tratar consideramos prudente que, dentro de los derechos de libertad consagrados en nuestra Constitución de la República, se encuentra el derecho de las personas a dictaminar y manifestar libremente su pensamiento, en todas sus exteriorizaciones. Los derechos de libertad tienen por objeto la protección de bienes inmateriales de condición trascendental, por ser estas consideradas personalísimas e inherentes al ciudadano, estos derechos son inalienables e imprescriptibles, por el hecho de estar protegido y garantizado por las normas constitucionales.

*“Artículo 29 de la Constitución Nacional “De la libertad del ejercicio del periodismo”
El ejercicio del periodismo, en cualquiera de sus formas, es libre y no está sujeto a autorización previa. Los periodistas de los medios masivos de comunicación social en cumplimiento de sus funciones no serán obligados a actuar contra los dictados de su conciencia ni a revelar sus fuentes de información. ”*

al periodista que se le asigna la tarea de ser columnista tiene el derecho de publicar sus criterios firmados, sin censura, en el medio en el cual trabaja. La dirección podrá eximirlo de responsabilidad haciendo constar su disenso.

Queda por reconocido al periodista el derecho de autor sobre el producto de su trabajo intelectual, artístico o fotográfico, cualquiera sea su técnica, conforme con la ley.

Considerando la importancia en este punto se comenta el ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión y las consecuencias legales de abusar de dicho ejercicio, vulnerando, generalmente, el derecho al honor y el derecho a la dignidad. Pues, si se violenta un derecho ajeno, surge la obligación de resarcir los daños.

Al proteger la libertad de expresión y de opinión no sólo se protege un derecho individual, sino que ello redundará en una protección universal de la posibilidad de defender y denunciar las violaciones de los derechos humanos de una acción de debate y crítica sobre nuevas ideas, y de una manifestación de aquellas ideas que incluso molestan o que manifiestan la disidencia.

De acuerdo a la Convención Americana sobre los derechos humanos que expresa el pleno reconocimiento de la libertad de expresión es una garantía fundamental para asegurar el Estado de derecho y las instituciones democráticas. Así ha sido reconocido en numerosas

ocasiones por distintos sectores de la sociedad civil, organizaciones internacionales y por la mayor parte de los Estados.

También se aplica para nuestro país:

- Pacto San José de Costa Rica, artículo 13 sobre la libertad de pensamiento y expresión
- Artículo 16 de la Libertad de asociación, incluyendo la asociación sindical

Cuya competencia contenciosa está reconocida por el Paraguay. La labor periodística solo puede realizarse voluntaria libremente cuando las personas que la ejercen no son víctimas de amenazas ni de agresiones físicas, psíquicas o morales u otros actos de hostigamiento. (Corte IDH, 2012).-

4. La libertad de prensa o Libertinaje

La libertad de prensa es un derecho humano derivado de la libertad de expresión. Pero toda libertad tiene su límite; si no se regula se convierte en libertinaje, es decir, abuso del poder del periodismo y uso del derecho a la libertad, pero sin asumir las consecuencias de los actos, por eso es necesario que exista una regulación precisa que impida todo tipo de exceso de farandulismo violando la intimidad de las personas como lo expresa la “Constitución Nacional (1992, 41) en su Artículo 33”

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

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

Ejercer esta libertad no significa que se puedan difundir mentiras u opiniones que lesionan la dignidad humana. Eso deja de ser libertad de expresión para convertirse en injuria. Por supuesto, cada medio de comunicación tiene el derecho de enfocar la realidad desde una línea editorial. Por eso es fundamental para una democracia tener pluralidad de medios, para que la ciudadanía pueda decidir con cuál visión quedarse. Lo que no se vale es mentir, incitar a la violencia o al delito, promover la discriminación o el racismo. Por desgracia, en nuestro país tenemos demasiado de ello.

4.1. Normas que constituyen el fundamento legal positivo que regulan la Libertad de Prensa en el Paraguay

Las personas que fueron y serán víctimas directa e indirectamente por violaciones severas de derechos humanos o de delitos de lesa humanidad exigen el derecho a informarse de la veracidad de los abusos que han sufrido, de quienes han sido los perpetradores, y la oportunidad de que les sean resarcidos los daños que han sufrido.

La importancia del reconocimiento de este derecho en los Estados y sistemas judiciales radica en percibir y entender las causas que originaron estos abusos, enfrentarlas y prevenir para que éstos no ocurran nuevamente, evitar la impunidad, preservar la memoria histórica, así como establecer mecanismos de transparencia y rendición de cuentas en las instituciones de impartición de justicia.

El capítulo II de la “Libertad”, título II, parte 1. Libro primero, de la Constitución contiene los artículos que consagran la libertad de prensa y derechos con nexos, que se transcriben.

- Artículo 26 De la libertad de expresión y de prensa.
- Artículo 27 Del empleo de los medios masivos de comunicación social.
- Artículo 28 Del derecho a informarse.
- Artículo 29 De la libertad del ejercicio del periodismo.
- Artículo 30 Señales de comunicación electromagnética.
- Artículo 137 De la Supremacía de la constitución.
- Ley 1728 De transparencia.
- Ley de Telecomunicaciones N° 642/95: Artículos 27, 29, 31 y 33.
- Ley 1680/01 Código de la Niñez y Adolescencia: Artículos 29, 31, 235.
- Código Procesal Penal Ley N° 1286/98 Artículo 4.
- Código Penal Artículo 147.
- Derechos del Autor Ley 1328/98 en su Artículo 9, 19, 41.

5. Conmemoración del periodismo en el Paraguay

Esta festividad en la que se celebra a los periodistas y a los comunicadores, en el Paraguay la fecha elegida es el 26 de abril de cada año (Día del periodista paraguayo) ya que un día como aquel pero de 1845 se expedía el primer periódico “ el paraguayo independiente” eso se dio a luz el 26 de abril de 1845 donde fueron publicados 118 unidades de periódicos, esta aparición del paraguayo independiente tuvo una aparición y objetivo específico:

Lograr el reconocimiento a nivel internacional del Paraguay como un estado independiente

5.1. Fechas Especiales

De los acontecimientos más relevantes en relación a la conmemoración del día del periodismo.

La muerte del periodista Santiago Leguizamón quien falleció el 26 de abril de 1991 por sicarios en Pedro Juan Caballero

El escrito más importante que tuvo el país fue Augusto Roa Bastos, quien dejó de existir el 26 de abril de 2005.-

CONCLUSIÓN

En virtud de lo estudiado, ahora sabemos que en el Paraguay, el periodismo sufrió avasallamientos y nunca gozo de libertad plena, esto ocurrió desde la independencia de nuestro país. Posterior al golpe de estado del 2 y 3 de febrero de 1989, la prensa tuvo por objetivo dar conciencia a la ciudadanía de los derechos de libertad y sus derechos a la información. La libertad de prensa es un derecho humano y fundamental que ampara que cualquier persona puede propagar una información a través de cualquier medio de expresión. También engloba el derecho de acceder y recibir dicha información.

Por medio de la libertad de prensa, cualquier persona puede hacer público la información que le parezca correcta, siempre y cuando cumpla unos requisitos mínimos guardados en la propia ley. Esto se refiere a todo tipo de canales, no hay discriminación prensa, digital y otros medios de comunicación.

La libertad de prensa es un derecho que está vinculado a la libertad de expresión y esto se debe a que la libertad de prensa es una consecuencia de la libertad de expresión y siempre van unidas.

La libertad de expresión comienza con el derecho a ser uno mismo como un ser único, es decir, la capacidad de expresarse de cualquier forma; oralmente, por escrito o por medios audiovisuales; Sin esta libertad nadie puede ser dañado, porque la libertad del otro es nuestra condición necesaria; Por eso debe desarrollarse en el marco de la igualdad, y debe basarse en el supuesto de la tolerancia, la consideración y el respeto, porque se basa en el reconocimiento de que el otro es igual, y eso es comunicación. La libertad individual es el reconocimiento de la libertad del otro.

Por otro lado, la libertad de prensa es un servicio público de difusión de contenido simbólico, es decir, de información, con fines educativos, y esto puede hacerse por escrito. O utilizar los medios electrónicos de comunicación existentes. Sin embargo, las libertades aceptadas y protegidas por esta Constitución están implícitas y la libertad de hacer negocios, incluida la creación, regulación y administración de medios corporativos y privados, es decir, las principales redes de información que incluyen periódicos, radio, televisión, Internet y comercio. Distorsionó la naturaleza de la comunicación y el servicio público.

Por medio de todo lo anteriormente expuesto, y tras esta investigación, podemos deducir que cualquier divulgación de opinión e información que se efectuó por cualquier vía y que cumpla unos requisitos mínimos legales está protegida por la libertad de prensa. Ningún gobierno que consagre este derecho puede censurar ninguna información pública emitida por cualquier medio o persona.

BIBLIOGRAFÍA

- Consejo de Europa.* (2 de mayo de 2022). Obtenido de Día Mundial de la Libertad de Prensa: Los periodistas y los medios necesitan una mayor protección : <https://www.coe.int/es/web/portal/-/press-freedom-day-media-and-journalists-need-better-protection>
- Cabral, Jose Maria. (1997). Comentario a la Constitución Tomo I - Homenaje al Quinto Aniversario. En *Libertad de Expresión y Prensa. Derechos y Limitaciones* (págs. 81-88). Asuncion - Paraguay: Corte Suprema de Justicia.

- Cañizalez, A. (2007). *Democracia y Libertad de Expresion*. Obtenido de Google Books:
https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=EWRPgyFVXGIC&oi=fnd&pg=PA11&dq=+tesis+sobre+la+libertad+de+prensa+en+paraguay&ots=FfnXT_2yKD&sig=48_NIT4YvyEar4EwkYi3nLYNwDI#v=onepage&q&f=false
- DDPI, D. d. (2014). *Marco Normativo de Propiedad Intelectual Py*. Asuncion - Paraguay: Corte Suprema de Justicia.
- Lopez Ayllon, Sergio. (2006). El Estado Constitucional Contemporaneo. Culturas y Sistemas Comparados. En *De la Libertad de Expresion al Derecho a la Informacion* (págs. 507-533). Mexico: Instituto de Investigaciones Juridicas UNAM.
- Muñoz Acebes, Cesar. (2014). *El ataque a la prensa fue el principio del fin del Dictador Alfredo Stroessner*. Obtenido de Diario Ultima Hora:
<https://www.ultimahora.com/hay-libertad-prensa-paraguay-n2999579.html>
- Ossorio, M. (2018). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Buenos Aires.

“EL MATRIMONIO IGUALITARIO UN DERECHO HUMANO NO CONTEMPLADO EN LA CONSTITUCIÓN PARAGUAYA”

Fernanda Arami Mendoza Giménez⁴⁵

Luna Micaela Gómez Fernández

Alejandro Daniel Acosta Delvalle⁴⁶

Maria Luisa Hermosilla de Olmedo⁴⁷

RESUMEN

Este artículo de investigación tiene como objetivo principal analizar el matrimonio igualitario, exponer la percepción de la sociedad paraguaya con respecto al tema y examinar los factores negativos y positivos que incluiría la inclusión de esta en la constitución nacional, por lo tanto aclarar lo que realmente implica un matrimonio igualitario, siendo este el matrimonio entre personas del mismo sexo que se considera un derecho humano y un derecho civil, así como una cuestión política, social y religiosa. Se expuso el concepto del matrimonio igualitario, su conformación, sus beneficios e impacto en la sociedad. La evidencia sugiere que el matrimonio confiere beneficios de salud a individuos y familias, sin embargo, una proporción considerable de personas no experimenta estos beneficios de salud debido a su orientación sexual. Datos adicionales sugieren que las parejas del mismo sexo que viven en estados con prohibiciones de uniones entre personas del mismo sexo experimentan resultados de salud adversos. También se tomó en cuenta la opinión pública de la sociedad paraguaya que se encuentra fuertemente dividida entre los opositores conservadores que buscan “mantener la familia tradicional paraguaya” y los movimientos progresistas que buscan la inclusión total de todos los ciudadanos. Gracias a todo lo anterior, podemos interpretar que el matrimonio como derecho fundamental, no debería de ser regulado por la orientación sexual de la persona. Esta fuerte división no favorece la incorporación del matrimonio igualitario a la constitución paraguaya, pero de igual manera, se deja al descubierto la falta de protección a la comunidad LGBTIQ+ por parte del sistema legislativo paraguayo.

Palabras Claves: Matrimonio igualitario, Personas del Mismo Sexo, Comunidad LGBTIQ+

⁴⁵ Estudiantes e Investigadores del 1er. Año de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales / Universidad Privada del Este, Ciudad Presidente Franco, Alto Paraná, Paraguay.

⁴⁶ Tutor Temático.

⁴⁷ Tutor Metodológico-Dirección de Investigación, Autora de correspondencia.

ABSTRACT.

The main objective of this research article is to analyze equal marriage, expose the perception of Paraguayan society regarding the subject and examine the negative and positive factors that would include its inclusion in the national constitution, therefore clarify what it really implies an equal marriage, this being the marriage between people of the same sex that is considered a human right and a civil right, as well as a political, social and religious issue. The concept of same-sex marriage, its conformation, its benefits and impact on society were exposed. Evidence suggests that marriage provided health benefits to individuals and families, yet a sizeable proportion of people did not experience these health benefits due to their sexual orientation. Additional data suggests that same-sex couples living in states with same-sex union bans experience adverse health outcomes. The public opinion of Paraguayan society was also taken into account, which is strongly divided between conservative opponents who seek to "maintain the traditional Paraguayan family" and progressive movements that seek the total inclusion of all citizens. Thanks to all of the above, we can interpret that marriage as a fundamental right should not be regulated by the person's sexual orientation. This strong division does not favor the incorporation of same-sex marriage into the Paraguayan constitution, but in the same way, it exposes the lack of protection for the LGBTIQ+ community by the Paraguayan legislative system.

Key Words: Equal Marriage, People of the same sex, LGBTIQ+ Community.-

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este artículo de investigación acerca del matrimonio igualitario y su inclusión en la Constitución Nacional es exponer la percepción de la sociedad paraguaya con respecto al tema.

En la actualidad, cuando hablamos del matrimonio igualitario, surgen diversas opiniones que generalmente conllevan a un debate, pues se trata de un tema bastante controversial e incluso una problemática, que, hasta hoy en día, no ha sido correctamente manejada y estudiado a causa de la fuerte "moral" paraguaya, las informaciones erróneas que recorren las redes sociales y otros medios de comunicación; la influencia que estos ejercen en la percepción de las personas y el perjuicio de una gran parte de la sociedad que mantiene un punto de vista firme y crudo con respecto la causa.

Debido a esto, consideramos de suma importancia analizar la Constitución Nacional del Paraguay y otros textos jurídicos que tengan cierta conexión con el matrimonio igualitario, además de esto, también dar lugar a los diversos puntos de vista que manejan

los distintos grupos de la sociedad paraguaya.

Es importante tener en cuenta el choque de opiniones, el escepticismo característico de cierto sector y la latente presión social progresista, pero es esta la razón por la cual este tema debe de ser debatido, analizado y tal vez, ser exigido o descartado.

Teniendo en cuenta todos estos factores, buscamos aportar en forma satisfactoria a la comunidad jurídica nacional, y marcar un punto de comienzo para el debate extensivo referente al analizar la opinión pública y determinar si la aceptación del matrimonio igualitario puede ser o no integrado a la Constitución Nacional; de esta forma dar los primeros pasos para conseguir la aprobación y posterior regularización dentro del cuerpo normativo positivo, puesto que este derecho conllevaría inclusive una reforma constitucional, y del código civil, entre otras normas afines.

2. MATERIALES Y MÉTODOS.

Esta investigación se centrara en un análisis bibliográfico, tanto de obras nacionales como internacionales, vale la pena destacar el inmenso aporte que las técnicas empleadas, propias de esta investiguen han sido aprovechadas dentro del paradigma socio-jurídico. El análisis de Contenidos es una técnica que describe objetiva, sistemática y cualitativamente el contenido manifiesto en la comunicación de las informaciones recopiladas para obtener diversos puntos de vista del tema en discusión.

3. RESULTADOS

3.1. ¿Qué es un matrimonio igualitario y cuáles son los beneficios?

El matrimonio entre personas del mismo sexo, matrimonio igualitario, matrimonio homosexual, matrimonio gay, matrimonio para todos o simplemente matrimonio es una institución social de carácter civil o religioso que reconoce la unión conyugal concertada por dos personas del mismo sexo, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.

El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo se considera un derecho humano y un derecho civil, así como una cuestión política, social y religiosa del

siglo xxi. También constituye uno de los principales objetivos del movimiento por los derechos LGBT. Entre los defensores más destacados del matrimonio igualitario están las organizaciones de derechos humanos y derechos civiles, así como las comunidades médicas y científicas y algunas congregaciones religiosas amigables que offician matrimonios o bendiciones de las uniones LGBT, mientras que los opositores más importantes son los grupos religiosos fundamentalistas y políticos conservadores. Según diversas investigaciones científicas el matrimonio igualitario tiene efectos positivos en la salud pública. De acuerdo con investigaciones llevadas a cabo en Estados Unidos y España, la aprobación del matrimonio igualitario influye en la disminución de los índices de suicidio en la población LGBTI+, reduce el estrés y la ansiedad en este colectivo, así como disminuye las prácticas sexuales de riesgo. De hecho, las parejas del mismo sexo y las personas LGBTI+ en general que viven en países con limitaciones a sus derechos tienen peores condiciones de salud. Y esto trae costos para el Estado y para la sociedad.

Un criterio del colegio de gineco-obstetras de los Estados Unidos señaló en 2013 que “las parejas del mismo sexo y sus familias se ven afectadas negativamente por la falta de reconocimiento legal de sus relaciones, un problema con importantes implicaciones para la salud de las parejas del mismo sexo y sus familias. El daño tangible proviene de la falta de protecciones financieras y de atención médica otorgadas a los cónyuges legales”.

En contraste, “la evidencia sugiere que el matrimonio confiere beneficios de salud a individuos y familias, sin embargo, una proporción considerable de personas no experimenta estos beneficios de salud debido a su orientación sexual. Datos adicionales sugieren que las parejas del mismo sexo que viven en estados con prohibiciones de uniones entre personas del mismo sexo experimentan resultados de salud adversos”, agrega la entidad en su criterio. Estos efectos, negativos y positivos, también se palpan en América Latina, apesar de que no existen estudios tan específicos que demuestren estas tendencias, se considera que la realidad es bastante similar. Karla Valverde es máster en psicología clínica y de la salud y trabaja de cerca con poblaciones LGBTI+ en Costa Rica. De acuerdo con ella, el estrés por exclusión social, derivado por la negación de acceso a derechos fundamentales, tiene efectos tangibles en la salud de las personas: “Un ambiente negativo va a producir una respuesta hormonal, la cual

lleva a ansiedad, estrés, depresión. Esto desencadena señales neurológicas deprimen el sistema inmunológico, lo cual hace que la persona sea más susceptible a enfermedades en general. La gente cree que las emociones no se conectan con lo físico”.

En la esfera psicológica, se puede presentar un abuso de sustancias, intentos o suicidio en sí. El ambiente negativo de discriminación, estigma, negación de derechos, es lo que genera que la persona LGBTI tienda más a suicidarse que una persona heterosexual que se desarrolla en un ambiente donde todo es aceptado. Una persona heterosexual no tiene que luchar por sus derechos, no tiene que luchar por casarse, para que su familia sea reconocida legalmente, eso ya se le da, y mucho más si es un hombre heterosexual”, agregó Valverde en entrevista con Distintas Latitudes.

En particular, la especialista se refirió a dos investigaciones en España y Estados Unidos, que podrían relacionarse con el momento que vive su país, en donde la vigencia del matrimonio igualitario llegará, probablemente, hasta 2020. “Una investigación en España, en el 2013, estudió la influencia de los cambios legislativos sobre la aceptación social y el bienestar psicológico en familias homoparentales. Ese estudio se basó en 66 familias. En ese entonces se había pasado justamente por un año de incertidumbre sobre la garantía o no de los derechos de las parejas del mismo sexo. Los niños perciben la ansiedad y el temor que hay entorno a estos temas”, explicó Valverde.

“En el caso de las familias homoparentales (costarricenses), todo este entorno de 18 meses de espera les genera muchísima ansiedad, la estigmatización en sí genera tensión y estrés, y eso impacta sobre la salud mental. El retrasar la llegada el matrimonio igualitario impacta sobre la salud mental de la población LGBTI+, y eso es visible cuando uno habla con algún paciente. Tienen una incertidumbre enorme sobre qué va a pasar con sus derechos”, agregó.

En el caso estadounidense, el suicidio es la segunda causa de muerte en los jóvenes en el país. De hecho, entre el 2009 y el 2015 aumentó la intención de suicidio, y el 43% de ese incremento se dio en población LGBTI. Fue en 2015 cuando se aprobó en Estados Unidos el matrimonio igualitario, ese año la tasa de suicidio en la población LGBTI disminuyó un 4%. “Fueron como 134,000 intentos de suicidio menos, después de que se

aprueba el matrimonio igualitario. También ese estudio compara estados en los que se había legislado a favor del matrimonio, y en los que se había legislado en contra, y se ve que en los estados en los que había matrimonio el intento de suicidio baja, y en los otros aumenta. Una sociedad más igualitaria y pacífica y beneficia a todas las personas”, dijo Valverde.

Según Esteban Paulon, activista argentino, cuando su país se convirtió en el primero en América Latina en aprobar el matrimonio igualitario en todo su territorio, esto fue una “inyección de optimismo y autoestima” para la sociedad.

El matrimonio igualitario se aprueba en Argentina después de una de las crisis económicas más fuertes que tuvimos, que fue en el año 2009. El gobierno nacional, que en ese entonces estaba a cargo de Cristina Kirchner, perdió las elecciones de medio término porque había una sensación muy pesimista en términos de la economía”, dijo Paulon a Distintas Latitudes.

La aprobación del matrimonio igualitario fue una inyección de autoestima social muy importante. Estoy convencido de que ninguna sociedad quiere verse reflejada en el espejo como una sociedad de odio, de discriminación, cerrada, que atrase. Creo que nos queremos ver como parte de una sociedad que da derechos, que defiende las libertades. Esto dio una inyección de optimismo que de golpe se sintió”, agregó.

Por otro lado, Paulo opina que la aprobación de una ley como la de matrimonio igualitario implica una legitimidad social muy fuerte, que hace que las personas LGBTI+ puedan romper las últimas puertas de clóset, provocando una racha de visibilidad fuerte, que impacta positivamente en la sociedad. “En la medida en que somos visibles, cotidianos, que nos ven en cada espacio, orgullosos, libres y felices, tiene un impacto en los sectores que se oponen a nuestros derechos. Para los sectores que se oponen a nuestros derechos el peor temor, la peor pesadilla que pueden vivir es justamente que estas leyes se aprueben, porque la oposición a la igualdad de derechos muchas veces está sustentada en mentiras, en prejuicios, en ideas erróneas a nivel social”, dijo Paulon. “Ni Ciudad de México se desintegró, ni Colombia, ni Argentina, ni Uruguay, por el contrario, nos transformamos en sociedades más igualitarias, más cohesionadas, que avanzan hacia ese horizonte de igualdad”, concluyó.

3.2. El movimiento por los derechos del matrimonio por la igualdad

Los movimientos de la comunidad LGTB empezaron realmente en 1969 en New York, cuando se inicia una renovada lucha por la liberación LGBT y las manifestaciones se vuelven cada vez más numerosas y a partir de entonces se generan asociaciones y movimientos en contra de la homofobia, Un año después de lo ocurrido, el 28 de junio de 1970 se da una manifestación para conmemorar convirtiendo esa fecha en el día del orgullo gay mundialmente.

En 1989 en Dinamarca se legalizó el matrimonio gay por primera vez y en latino América, el primer país en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo fue Argentina en el 2010 pero si volvemos en los primeros comienzos de la historia, hubo evidencia que el matrimonio del mismo sexo era tolerable en algunas partes de Mesopotamia y Egipto antiguo por lo que se confirma que la homosexualidad es algo que siempre existió.

En Paraguay se tiene como antecedente la creación de la primera organización LGBT en 1992, naciendo la comunidad homosexual del Paraguay (CHOPA) y el 28 de junio del 2003, se realizó el primer acto público a favor de los derechos de las personas homosexuales organizado por el GAG-L (grupo de acción gay lésbico) otro movimiento que surgió en 1999 y desde el 2004 todas las organizaciones y movimientos que apoyan la comunidad LGBT convoca anualmente la marcha del orgullo por los derechos LGBT la cual se celebra cada 30 de septiembre en la ciudad de Asunción.

En el 2010, la organización SOMOSGAY realiza el “besaton”, en donde parejas gays, lésbicas y hererosexuales se besan frente al congreso nacional, en conmemoración al día internacional contra la homofobia. Aunque en la actualidad el Paraguay no tiene antecedentes de proyectos de reformas o leyes contra la discriminación de género, La comunidad se mantiene y presenta fuerte con sus marchas y protestas hacia la lucha de estos.

3.3. Problemas actuales que enfrenta la comunidad LGBT: La desigualdad

En teoría, la igualdad todos los habitantes del Paraguay poseemos, ya que la Constitución Nacional establece en el *Artículo 46 – DE LA IGUALDAD DELAS*

PERSONAS

“Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.”

Pero en la actualidad, aún existen personas que no gozan de los mismos derechos que otras y, por lo tanto, existe desigualdad. La comunidad LGBT agrupa a las personas con las orientaciones sexuales e identidades de género relativas a la homosexualidad, así como las comunidades formadas por ellas; los miembros de este colectivo día a día son víctimas de la desigualdad y la discriminación presente en el país.

Si la constitución paraguaya propicia la igualdad y afirma que “...***El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien...***”, ¿Por qué la misma no ampara el matrimonio entre personas del mismo sexo? Siendo este y la homofobia uno de los factores problemáticos de más relevancia por el cual, aún no existe la igualdad para esta comunidad. El matrimonio debería de ser accesible para todos. Y la orientación sexual no debería ser un impedimento. Puesto que 30 años después, las personas no deberían de estar rogando por igualdad una y otra vez, ya que, en teoría, está garantizado por el mayor poder absoluto que rige nuestro país.

El Paraguay no es el mismo que fue hace 15 años atrás o 5 años atrás, los seres humanos estamos en constante evolución y cambio, por lo tanto las leyes se deben de adecuar a nuestras necesidades.

Como personas, crecemos, evolucionamos y cambiamos pero en algún momento en la historia, el Paraguay quedó estancado, en un momento donde lo único que era bien visto era la familia tradicional paraguaya, en un país donde todo lo que fuera diferente, raro o fuera de lo normal, no es socialmente aceptable. Pero la realidad es que no porque algo aun no sea legalmente aprobado significa que está moralmente incorrecto.

De hecho, podemos preguntarnos ¿cuál es la familia tradicional paraguaya?, según el presidente de la república, Mario Abdo Benítez, la familia paraguaya es la de “mamá, papá e hijos”; pero, si es esa la familia paraguaya, ¿dónde quedan las familias

compuestas por padres divorciados, madres solteras, niños criándose con las abuelas o con algún pariente lejano? ¿Cuál es realmente la familia tradicional paraguaya?

3.4. ¿Por qué el matrimonio igualitario es importante para la comunidad LGBTQIA+?

La comunidad LGBT se caracteriza principalmente por luchar por los derechos civiles y la igualdad de género, siendo su meta principal la aceptación por parte de las personas y también por parte del estado, por lo tanto; el derecho al matrimonio.

Todas las personas, como seres humanos, deseamos ser aceptados y queridos y obtener el último epítome del amor, que es la mayor parte del tiempo, el matrimonio. Como personas y habitantes tenemos ese derecho de que si algún día encontramos esa persona con la que queremos unir nuestras vidas, podemos contraer matrimonio si así lo deseamos, por lo tanto, el derecho al matrimonio gay también permite a las personas que forman parte de esta comunidad sentirse aceptadas por los demás ya que podrían contraer y adquirir este derecho si así quisiesen.

Las leyes pueden abrir camino a las mentes de las personas y llegar a reconocer a esta comunidad con respeto y dignidad. Un estudio científico confirmó que “la introducción del matrimonio entre personas del mismo sexo conduce a actitudes significativamente más positivas hacia la homosexualidad, mientras que la aprobación de una prohibición constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo conduce a actitudes significativamente más negativas”

La prohibición de esta solo abre puerta al odio, homofóbica, repulsión y exclusión social ya que al prohibirla lo hace ver como algo “erróneo” o “malo” pero al aceptarla y legalizándola, damos a entender que no tiene nada de malo las relaciones entre personas del mismo sexo y que es esto un tabú que debe ser removido para darle espacio a la aceptación y así poder avanzar y permitir que todas las personas, sin importar su orientación sexual puedan contraer matrimonio, por lo tanto el matrimonio igualitario es muy importante para la comunidad ya que no solo permite que estos individuos se sientan aceptados por el estado, si no también, permite la oportunidad de abrir camino a la aceptación de esta por parte del pueblo.

4. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.

4.1. Problemas que impiden el matrimonio igualitario y soluciones para el futuro

Al hablar de los problemas que impiden el matrimonio igualitario podemos nombrar principalmente la oposición religiosa y su predominancia en la sociedad paraguaya y su predominante deseo de “conservar la familia tradicional paraguaya”

El Paraguay como país, aún no ha reconocido de ninguna manera a la comunidad LGBT, si no, al contrario, lo ha rechazado. En junio del 2019 el presidente del Paraguay Mario Abdo Benítez expresó su postura con respecto al tema, llamándose *“defensor de la vida del no nacido y de la familia tradicional entre un hombre y una mujer”* y esta postura fue defendida ante la OEA por el embajador paraguayo, de esta forma el Paraguay se pronunció a favor de la vida del no nacido y la familia tradicional paraguaya compuesta por el hombre y la mujer.

“Vamos a cuidar a las familias; no van a venir los aventureros a tratar de cambiar nuestro estilo de vida. Voy a terminar mi tinta vetando las leyes que destruyan a las familias” Fueron las penosas e ignorantes palabras del presidente.

Esto nos lleva a preguntarnos, ¿si tanto el Paraguay defiende la familia tradicional, cual es la realidad de esta? Basándonos en hechos reales, investigaciones, noticias, encuestas y lo que vemos día a día, la familia tradicional paraguaya en realidad no es la que creemos o lo que el presidente quiere que creamos ya que esta es solo una ideal y está lejos de la verdad. En Paraguay, 3 de cada 10 casas están compuestas por madres solteras que son cabeza de sus familias y en el 2020 se reveló que el 37% de los hogares paraguayos son mantenidos por madres solteras, es decir 703.000 familias.

Como varios datos estadísticos arrojan el Paraguay está compuesto por hogares encabezados por mujeres, niños criados por abuelas, abuelos, tíos. La realidad es que la familia tradicional paraguaya es muy diversa y está compuesta por diferentes familiares

ocupando distintos roles, por lo tanto, la idea que la familia tradicional paraguaya es únicamente y debe ser un hombre y una mujer es completamente errónea.

Dentro de la constitución nacional paraguaya podemos ver como, sobre todo, lo más importante es la familia, pero aquella puede ser constituida no solo por un hombre y una mujer, también puede ser un igualitario.

Si el Paraguay es un país tradicionalista, que desea “mantener el estilo de vida paraguayo” ¿Cómo pretende avanzar como sociedad? El progreso se consigue a base del cambio, y el cambio inicia en el pensamiento, en las ideas y creencias revolucionarias. ¿Cómo pretendemos alcanzar un estilo de vida similar a las sociedades del primer mundo si nuestra mente no está preparada para ello? Debemos de mencionar la predominancia de la iglesia católica en el pensamiento paraguayo y la influencia que las demás religiones ejercen; el Estado paraguayo se encuentra separado de la iglesia

Por lo tanto ¿Por qué esta incide tanto en la legislación? El movimiento LGBT no solo lucha por el matrimonio igualitario, lucha por ser incluido, por no ser diferenciado, por ser aceptado, por poder ejercer sus vidas como ciudadanos haciendo ejercicio de sus derechos civiles y naturales por el simple hecho de ser humanos sin ningún tipo de privación. Al incluir a esta comunidad no estaremos promoviendo la homosexualidad, no estaremos enseñando “conductas perturbadoras” a los niños, más bien, estaremos creando un espacio inclusivo sin discriminaciones; donde tal vez, el Paraguay sea un lugar donde uno pueda salir a las calles sin miedo, donde los niños crezcan en hogares sanos y felices, no en hogares inestables.

4.2. Lo que debemos hacer para lograr la igualdad en las leyes de matrimonio gay en todo el mundo

Al hablar del derecho al matrimonio igualitario estamos hablando más bien de una cuestión civil, de hecho, en la declaración de los Derechos Humanos se establece en el artículo 16 que “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen **derecho**, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales **derechos** en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.”

Refiere al matrimonio como un derecho fundamental, que no debería de ser regulado por la orientación sexual de la persona. Chile fue el séptimo país latinoamericano en legalizar los casamientos de parejas del mismo sexo. Costa Rica es el país que más recientemente adecuó su marco legal para permitir estas uniones, la única nación de América Central que lo ha hecho hasta el momento. Argentina, Brasil, Uruguay, Colombia y Ecuador ya dictaron sus propias leyes al respecto en años recientes.

En Suiza, el voto popular aprobó el matrimonio igualitario mediante un referéndum en septiembre de 2021. Mientras tanto, España ya cuenta con 16 años de vigencia de los enlaces de personas del mismo sexo. En 2005, dicho país se convertía en uno de los pioneros en reconocer y regular el matrimonio para parejas LGBTQ+, después de que lo hicieran Países Bajos, Bélgica y Canadá.

El matrimonio igualitario ha avanzado en países y regiones donde la aceptación de la homosexualidad es alta y, a nivel mundial, aproximadamente dos tercios de los países que lo permiten se encuentran en Europa Occidental. Sin embargo, varios gobiernos europeos no permiten las uniones entre personas del mismo sexo, como es el caso de Italia, según Pew Research. Sudáfrica sigue siendo el único país de África donde estos enlaces fueron legalizados, mientras que ningún país lo ha hecho todavía en Europa Oriental.

Para lograr la aprobación del matrimonio igualitario a nivel mundial, uno debe reconocer que los tiempos cambian y que las mentes avanzan, que no existe libertad plena si uno de los ciudadanos no cuenta con ella.

La inclusión y la no discriminación son derechos básicos del hombre; al negar el derecho al matrimonio por una cuestión tan vaga como la orientación sexual, no solo estamos violando los derechos de una persona, sino que también estamos oprimiéndolos y sobreponiendo nuestras creencias y pensamientos sobre las de los demás, violando el derecho a la libertad y al ejercicio de la libre expresión.

5. CONCLUSIÓN

Tras la realización de este análisis e investigación sobre el matrimonio igualitario en el

Paraguay, podemos concluir que la aprobación del mismo sería bastante beneficioso para la sociedad paraguaya. Estudios hechos en países vecinos comprueban que la inclusión es un gran paso hacia el avance y progreso de un país y de sus habitantes.

El Paraguay, al igual que otros países, está en un proceso de crecimiento continuo donde necesita progresar; disminuyendo las desigualdades para todos los sectores, rechazando el odio y promoviendo la inclusión y apertura. Es importante mencionar que en el Paraguay no existe ninguna ley que proteja específicamente a las personas de la comunidad LGBTIQ+, por lo que la discriminación hacia los miembros de la misma no es penada, haciendo que estos se encuentren desprotegidos ante ciertas injusticias.

Es por ello que creemos que plantear la inclusión del matrimonio igualitario en la Constitución Nacional actualmente es precipitarnos y saltarnos el proceso. Pero, a pesar de que la mayor parte de los habitantes aún poseen una opinión bastante firme y negativa ante el tema, si creemos necesaria la conformación de leyes que ampare a todas las personas que conforman la comunidad LGBTIQ+, leyes que las protejan de cualquier forma de desigualdad, rechazo y exclusión.

Concluimos que el Paraguay actual, por su carácter conservador, aún no reconoce ni dimensiona la importancia de esta causa, por lo que no considera que se trate de un factor importante para el desarrollo del país, por lo tanto la apertura hacia temas y proyectos de esta índole aún es muy difícil de conseguir.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Clérico, L., & Aldao, M. (2018). *Matrimonio igualitario: Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Eudeba.
<https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=sRRBDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=que+es+el+matrimonio+igualitario&ots=Tf-JfZT3r&sig=EupLF342ts9AcC4W3H3UQHPOJV0#v=onepage&q=que%20es%20el%20matrimonio%20igualitario&f=false>
- Marshall, P. (2018). Matrimonio entre personas del mismo sexo: una aproximación desde la política del reconocimiento. *Polis (Santiago)*, 17(49), 201–230.
<https://doi.org/10.4067/s0718-65682018000100201>
- Salinas Hernández, Héctor Miguel (2017). Matrimonio igualitario en México: la pugna por el Estado laico y la igualdad de derechos. *El Cotidiano*, (202),95-104.[fecha de Consulta 19 de Agosto de 2022]. ISSN: 0186-1840. Disponible en:
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32550024009>
- Ultima Hora. (2021, 10 marzo). «*Para nosotros la familia tradicional espapá, mamá y niños*», dice nuevo titular del MEC. *ultimahora.com*. Recuperado 17 de agosto de 2022, de <https://www.ultimahora.com/para-nosotros-la-familia-tradicional-es-papa-mama-y-ninos-dice-nuevo-titular-del-mec-n2930819.html>
- Pinto, T. (2019, 24 abril). *Legalizar el matrimonio igualitario ayuda a reducir la homofobia en la sociedad*. *ElDiario.es*. Recuperado 17 de agosto de 2022, de https://www.eldiario.es/sociedad/matrimonio-igualitario-derechos-lgtb-ciencia_1_1585463.amp.html
- Por: Lisa McElroy. (2015, 29 junio). *Beneficios para el matrimonio de parejas del mismo sexo*. AARP. Recuperado 17 de agosto de 2022, de <https://www.aarp.org/espanol/politica/gobierno-elecciones/info-matrimonio-mismo-sexo.html> [2015/beneficios-matrimonio-mismo-sexo.html](https://www.aarp.org/espanol/politica/gobierno-elecciones/info-2015/beneficios-matrimonio-mismo-sexo.html)
- Hoy, R. N. (2021, 2 julio). *A 62 años del brutal asonate de Bernardo Aranda, la comunidad LGBT+ sigue reclamando sus derechos y libre expresión en el territorio paraguayo*. NEA HOY. Recuperado 17 de agosto de 2022, de

<https://www.neahoy.com/2021/06/27/el-orgullo-lgbt-esta-mas-presente-que-nunca-en-paraguay/>

Perez Damasco, D. P. D. (2018, 21 agosto). *El matrimonio igualitario y su impacto positivo en la salud pública*. Distintas Latitudes. Recuperado 17 de agosto de 2022, de <https://distintaslatitudes.net/oportunidades/el-matrimonio-igualitario-y-su-impacto-positivo-en-la-salud-publica#:~:text=De%20acuerdo%20con%20investigaciones%20llevadas,las%20pr%C3%A1cticas%20sexuales%20de%20riesgo.>

Nadia Gómez, N. G. (2018, 3 septiembre). *Catálogo de la familia paraguaya*. El Surtidor. Recuperado 17 de agosto de 2022, de <https://elsurti.com/soberanas/reportaje/2018/09/03/catalogo-de-la-familia-paraguaya/>

Ultima Hora. (2021, 18 noviembre). *El 37% de hogares paraguayos son mantenidos por madres solteras y cada vez son más*. ultimahora.com. Recuperado 17 de agosto de 2022, de https://www.ultimahora.com/el-37-hogares-paraguayos-son-mantenidos-madres-solteras-y-cada-vez-son-mas-n2972374.html#:~:text=Los%20%C3%BAltimos*20dat

REGULACIÓN DEL CIBERDELITO: PARAGUAY Y EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Lilian Nayeli Martínez⁴⁸

Héctor Fernando Benegas Matiauda⁴⁹

RESUMEN

La presente investigación trata acerca de los delitos informáticos y la necesidad de regulación presentada a consecuencia de los nuevos delitos. En este marco, esta investigación tiene como objetivo analizar las diferencias y semejanzas de la legislación que regula los delitos informáticos de Paraguay con la de Argentina y Chile, y así a través de la comparación, presentar una comparativa general de las figuras penales reguladas en dichos ordenamientos jurídicos. En cuanto al aspecto metodológico, se ha optado por enfoque cualitativo y a través de la investigación documental se ha trabajado en la búsqueda y recolección de la legislación vigente en cada país, destacando sus características generales. Como resultado se ha verificado que existen considerables semejanzas en cuanto al alcance jurídico que presentan las legislaciones estudiadas respecto a las figuras penales sobre el delito informático, en cuanto a las diferencias destaca la precisión que presentan las normativas en la redacción, ya que la legislación argentina y chilena emplean una terminología que permite delimitar con mayor claridad el ámbito de aplicación de las disposiciones, mientras que la legislación paraguaya, si bien es la más actualizadas en términos de tipos penales, presenta una redacción que puede dar lugar a confusiones en cuanto a la aplicación normativa. En materia de adecuación de la legislación al Convenio de Budapest, Chile es el único país que ya cuenta con un proyecto de ley en tratamiento sobre el punto, en el caso de Paraguay, si bien la legislación vigente se adecua al instrumento internacional, aún tiene pendiente la adecuación total de las normativas, considerando que ha realizado una ratificación sin reserva alguna.

Palabras clave: Alcance jurídico, comparación, delitos informáticos, legislación, tipos penales.

ABSTRACT

This research deals with computer crimes and the need for regulation presented as a result of new crimes. In this framework, this research aims to analyze the differences and similarities of the legislation that regulates computer crimes in Paraguay with that of

⁴⁸ Estudiante de la Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Universidad Privada del Este, Sede Ciudad del Este.

⁴⁹ Abogada, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNE), año 2010 y Notariado, UNE (2014), Especialista en Didáctica Universitaria, Egresada de la Escuela Judicial XIV. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Argentina and Chile, and thus, through comparison, present a general comparison of the criminal figures regulated in said legal systems. Regarding the methodological aspect, a qualitative approach has been chosen and through documentary research we have worked on the search and collection of the legislation in force in each country, highlighting its general characteristics. As a result, it has been verified that there are considerable similarities in terms of the legal scope presented by the legislations studied with respect to the criminal figures on computer crime. Regarding the differences, the precision presented by the regulations in the wording stands out, since the Argentine legislation and Chilean legislation use terminology that allows the scope of application of the provisions to be more clearly defined, while Paraguayan legislation, although it is the most up-to-date in terms of criminal types, presents wording that can lead to confusion regarding the regulatory application. In terms of adaptation of legislation to the Budapest Convention, Chile is the only country that already has a draft law being processed on the point. In the case of Paraguay, although the current legislation is adapted to the international instrument, it still has pending the total adaptation of the regulations, considering that it has carried out a ratification without any reservation.

Keywords: Legal scope, comparison, computer crimes, legislation, criminal types.

Introducción

Alrededor de la segunda mitad del siglo XX tuvo lugar una importante revolución, denominada revolución tecnológica y digital, fenómeno que vendría a modificar de manera significativa diferentes entornos de la sociedad contemporánea; dicho fenómeno, impulsado por el desarrollo de las tecnologías de la información, se caracteriza por vertiginosos cambios que influyeron en todas las esferas de la colectividad. Al respecto de lo indicado, Fandos y Fandos (2020) manifiestan “es un espacio en el que se está redefiniendo el concepto de cultura, el alcance de la libertad, las estructuras organizativas, la velocidad en la transferencia de bienes, ideas y mercancías” (p. 32). La alteración más notable, producida en esta época, versa sobre los descubrimientos científicos y tecnológicos, que precisamente fueron la base para el desarrollo de las actuales estructuras sociales.

Se presenta así una nueva coyuntura en razón de que los recursos digitales no solo abren nuevas posibilidades de comunicación y acceso a información, sino que además extiende el ámbito potencial de actuación delictiva; se podría hablar de una adaptación de las conductas delictivas a la utilización de recursos tecnológicos, es decir, quienes pretendan delinquir también tienen a disposición los dispositivos electrónicos. En cuanto a los dispositivos informáticos Posada (2017), señala que “si bien favorece la gestión social globalizada en aspectos políticos, sociales y económicos, también fortalece nuevos riesgos delictivos que se reproducen en una sociedad hiperconectada, mediática y altamente vulnerable por su analfabetismo digital” (p. 77).

Estas nuevas tecnologías, se caracterizan por la instantaneidad, permiten conexiones a tiempo real entre innumerables individuos, interactividad, elimina fronteras de espacio y tiempo, la digitalización favorece un acceso rápido y sencillo a todo tipo de información, y sobre todo la automatización de actividades; pero además estos mismos dispositivos pueden ser utilizados con fines ilícitos, ámbito en cual también aplican todas las ventajas señaladas.

Es dentro de este contexto donde se generan los delitos informáticos o ciberdelitos, es decir, la comisión de hechos punibles tipificados mediante la utilización de dispositivos o recursos electrónicos; con relación al concepto de los delitos informáticos se han expuesto diversas posturas, así Parker (1976) considera como delito informático “cualquier incidente asociado con la tecnología de los ordenadores en el que la víctima sufrió o pudo haber sufrido un daño y el autor, intencionadamente, obtuvo o pudo haber obtenido un beneficio” (Citado en Hernández, 2009, p. 231).

En un sentido similar, pero con una aproximación jurídica más específica Narváez (2015) señala que el delito informático es “Acto humano culpable ejecutado con empleo de herramientas informáticas, que lesiona bienes jurídicamente protegidos, y que se encuentra tipificado y sancionado en la norma jurídica” (p. 159). Así también, Camacho Llosa (1987) indica que el delito informático implica una acción dolosa, donde fueron utilizados dispositivos informáticos, y cuya consecuencia implica un perjuicio causado a una persona física o jurídica, y un beneficio para el autor de la conducta delictiva. Es decir, en la literatura se considera como aspecto característico la utilización de dispositivos tecnológicos para la comisión de un hecho punible, de manera a que este sea considerado como delito informático.

Trasladados al entorno jurídico, resulta claro que la utilización de recursos tecnológicos al tener influencias en las relaciones sociales, culturales y económicas de las comunidades, indefectiblemente afecta también al derecho de las mismas, ya que este es el encargado del regular orden normativo de la conducta de los individuos en sus relaciones, suponiendo además un reto para el derecho, en cuanto a adaptarse a los profundos cambios que se dan en las sociedades como consecuencia de este fenómeno. Como consecuencia de la situación generada por este nuevo tipo de hecho punible, se planteó la necesidad de la regulación de las actividades derivadas del uso de dispositivos electrónicos con fines delictivos.

De esta manera, la presente investigación puede constituirse en un beneficioso aporte para la comunidad jurídica, en el sentido que un análisis de esta índole puede contribuir con importantes consideraciones relacionadas no solo a la regulación de los delitos electrónicos, sino también un panorama acerca del proceso que atraviesan los países señalados en cuanto a la adaptación y adecuación de la legislación nacional de manera a otorgar protección y seguridad de derechos relacionados con datos e informaciones alojados y procesados en sistemas informáticos; sobre todo considerando que se trata de países que han ratificado el Convenio de Budapest, instrumento vinculante y que por lo tanto exige a los estados adecuar las leyes nacionales a las disposiciones en él establecidas. Por lo tanto, la experiencia sobre las medidas adoptadas en los países indicados puede contribuir como marco de referencia para la adecuación que debe realizar el Paraguay.

Así, en base a las consideraciones expuestas se planteó como interrogante principal: ¿Cuáles son las diferencias y semejanzas de la legislación que regula los delitos informáticos de Paraguay con la de Argentina y Chile? De la cual se desprenden las

siguientes interrogantes específicas: ¿Cuáles son las características de las figuras penales sobre delitos informáticos en la legislación correspondiente a Paraguay, Argentina y Chile? ¿Cuál es la adaptación que presentan la legislación paraguaya, argentina y chilena con las disposiciones de los tratados internacionales ratificados?

Como objetivo general se ha propuesto analizar las diferencias y semejanzas de la legislación que regula los delitos informáticos de Paraguay con la de Argentina y Chile. De manera a llegar al objetivo general se plantearon los objetivos específicos, con lo cual se pretende caracterizar las figuras penales sobre delitos informáticos en la legislación correspondiente a Paraguay, Argentina y Chile; y describir la adaptación de la legislación paraguaya, argentina y chilena con las disposiciones de los tratados internacionales ratificados.

MATERIALES Y MÉTODOS

Esta investigación sigue el enfoque cualitativo siguiendo el método interpretativo con un diseño documental, enmarcado en las consideraciones expuestas por Savigny (1994) en cuanto al método interpretativo, quien expone “la interpretación es la reconstrucción del pensamiento (claro u oscuro, es igual) expresado en la ley” (Citado en López de Sosoaga, 2014, p.5). Es realizado con el fin de analizar, describir y comparar las diferencias y similitudes existentes en las regulaciones referentes los delitos informáticos en el ordenamiento jurídico de Paraguay, Argentina y Chile, considerando que estos países han ratificado el Convenio de Budapest. Se ha optado por el método señalado teniendo en cuenta, como lo indica Gómez (2011), que este método se caracteriza por “el hecho de ser inductivo, es decir, expresado como un proceso de interacción entre la teoría y la realidad objeto de estudio”. (p. 229)

La técnica tenida en cuenta en la presente investigación, en base a los objetivos propuestos, fue el análisis documental mediante observación estructurada de las leyes e instrumentos internacionales que regulan el delito electrónico, apoyado en la compilación, selección y examen de fuentes bibliográficas, de las disposiciones normativas, así como las consideraciones doctrinarias expuestas, de manera a llegar a la exposición argumentada de los objetivos propuestos. El procesamiento y análisis de las informaciones se realizó mediante lecturas estratégicas y fichas de observación estructurada donde fueron sistematizados los datos obtenidos de la revisión de las normativas señaladas; teniendo en cuenta el carácter comparativo de la investigación, fueron considerados los aspectos característicos más relevantes y las notas diferenciales de cada legislación, así como los puntos en común.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En primer término, la preocupación por la regulación es tratada en el plano internacional, Ramírez y Aguilera (2009), exponen que organismos como la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) iniciaron la tarea de elaborar informes relacionados a la problemática de la delincuencia informática, y a su vez presentaron propuestas para unificar criterios de legislación en la materia. Siguiendo con el tratamiento del delito informático en la comunidad internacional, en el año 1990 en el Octavo Congreso sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en La Habana, Cuba, la Organización de las Naciones Unidas expuso algunas consideraciones de significativa relevancia referida a la problemática; así Narváez (2015) señala que en el indicado congreso se concluye que “que la criminalidad informática era producto del mayor empleo del proceso de datos en las economías y burocracias de los distintos Estados, y que por esta razón aumentaban considerablemente la comisión de ciberdelitos” (p. 60).

Si bien los documentos internacionales indicados sentaron las bases sobre las discusiones respecto a los hechos punibles cometidos por medios informáticos en la comunidad jurídica internacional, el momento cúlmine de dichos tratamientos se da con el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, firmado el 23 de noviembre del año 2001, en Budapest, Hungría. Se presenta así el primer tratado internacional en materia de delitos informáticos, Convenio que según indica Quiñonez (2020):

Tiene como objetivos principales: la armonización de las legislaciones penales en relación a la punición de los ciberdelitos; la adecuación armónica de las legislaciones procesales penales, que faciliten la investigación y procesamiento por estos delitos; igualmente tiene como objetivo primordial, facilitar la cooperación internacional en la persecución de la ciberdelincuencia, cuya realización y consecuencia, trasciende fronteras (p. 1).

A la par y como consecuencia del debate planteado en el derecho internacional acerca de la necesidad de una regulación normativa en la materia, justificada en el desconcierto generado por la falta de previsión del hecho punible cometido por medios informáticos, los diversos países inician el proceso de incorporar al ordenamiento jurídico nacional las leyes que cubran este vacío legal.

En el contexto latinoamericano se presentan los casos de Paraguay, Argentina y Chile, países que optaron por la tendencia mayoritaria de regular los delitos informáticos, Paraguay por medio de la ley N° 4439/11 que modifica varios artículos del Código Penal;

Argentina con la ley N° 26.388 que modifica y amplía el Código Penal; y Chile con la ley N° 19.223/93 sobre Delitos Informáticos. Además, son signatarios y han ratificado el Convenio de Budapest, razón por la cual el marco legal de estos países constituye el objeto de estudio del presente trabajo desde la perspectiva del derecho comparado.

En este sentido, se recurre al derecho comparado teniendo en cuenta que es el proceso empleado mayoritariamente por la doctrina cuando se pretende establecer precisiones respecto a una disposición normativa considerada desde una perspectiva regional, en el caso particular de este estudio, se examina el ordenamiento jurídico de países de la región que comparten con Paraguay la particularidad de estar atravesando el proceso de adecuación de las normas penales a las recomendaciones internacionales en materia de delitos informáticos, ya que, en base a lo señalado por Morán (2002), “el proceso de la comparación jurídica es particularmente adecuado para obtener conclusiones relativas a los caracteres distintivos o individuales de un sistema jurídico y las "comunalidades" (elementos comunes) o similitudes referidas a un tema o cuestión jurídica concreta” (p. 522).

Así, en los siguientes apartados se pone en perspectiva las principales características de las figuras penales referentes al delito informático, partiendo del análisis interpretativo que toma como fuente la legislación argentina, chilena y paraguaya, desde la perspectiva del derecho comparado. Considerando los aspectos metodológicos del derecho comparado, proceso que posibilita identificar las semejanzas, así como las brechas existentes entre diversos ordenamientos jurídicos, y según lo expone Sotomarino (2018) “ello se realiza de manera sistemática siguiendo un orden, y de manera empírica, desarrollando datos que surgen de la realidad” (p. 61), realidad que en el estudio en cuestión se presenta a través de las leyes donde están plasmadas las problemáticas sociales que requieren un tratamiento desde el ámbito jurídico.

ARGENTINA

En primer lugar, del análisis de la legislación argentina referente a hechos punibles cometidos por medio de dispositivos electrónico se verifica que la misma constituye una modificación al Código Penal vigente en argentina, es decir, se trata de una ley complementaria que trata de cubrir las falencias de la legislación penal por medio de modificaciones y ampliaciones; es decir, se toman determinados artículos y se modifica la redacción legal de manera a que se incluya la tipificación del delito informático en figuras penales ya existentes, con lo cual no existe un cuerpo normativo separado del Código Penal que regule particularmente figuras concernientes al delito informático.

De esta manera, el artículo 1° de la Ley N° 26388/08 realiza una introducción de una serie de términos o conceptos ausentes en el texto original del Código Penal argentino, ellos son; el término de “documento”, como toda representación de actos o hechos con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión; los términos de “firma y suscripción”, los cuales se extienden a la figura de la firma digital; y los términos de “instrumento privado” y “certificado”, los cuales igualmente se incorporan en vinculación a los documentos digitales rubricados a través de medios digitales. Dichos términos se incluyen en virtud a la relación que guardan con el ámbito en que se desarrollan los denominados delitos informáticos.

Luego, el artículo 2° de la Ley modifica el artículo 128 del Código Penal, el cual fue nuevamente modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27436/18. La nueva redacción, en cambio, extiende dicho artículo al hecho punible de la pornografía infantil; de esta manera, incorpora como conductas punibles la producción, financiación, ofrecimiento, facilitación, divulgación y distribución de cualquier tipo de representación de menores de edad en actividades de índole sexual, así como también la organización de espectáculos del mismo carácter, asignando una pena de prisión de seis meses hasta cuatro años.

En los párrafos subsiguientes se abarcan, además, como hechos punibles, la posesión de dichos materiales con la intención de distribuirlos o comercializarlos, así como también la facilitación al acceso a estos materiales o espectáculos pornográficos a personas menores de catorce años, asignándoles igualmente penas de prisión y un agravante que elevará la pena cuando se traten de menores de trece años.

El artículo 4°, por su parte, sustituye el artículo 153 del Código Penal, el cual se refiere al acceso indebido a comunicaciones privadas, sin embargo, dicha norma se refería únicamente al acceso a elementos de carácter físico, tales como cartas, pliegos cerrados, despachos telegráficos o telefónicos; en este sentido, el artículo 4°, sin variar la sanción prevista originalmente, introduce a la norma la novedad del acceso indebido a comunicaciones electrónicas, otorgándole una adecuación a los medios modernos utilizados para la comisión de estos hechos punibles.

Continuando con la modificación del artículo 153, con el artículo 5° de la Ley N° 26388/08 se incluye un artículo 153 bis. Con el mismo se introduce como hecho reprimible el acceso a sistemas o datos informáticos de carácter restringido, sea sin autorización para realizar dicho acceso o excediendo una autorización concedida, para el mismo se prevé una pena de prisión de quince días a seis meses; asimismo, se establece

como agravante el hecho de que el acceso sea llevado a cabo afectando sistemas o datos informáticos de organismos públicos del Estado, o proveedores de servicios públicos o financieros, previendo una pena de prisión de un mes a un año.

Otra importante modificación es la que se introduce con el artículo 10°, por medio del cual se incorpora un segundo párrafo al artículo 183 del Código Penal, el cual se sitúa en el capítulo referente a los daños. La nueva redacción introduce como hecho punible la alteración, destrucción o inutilización de datos, programas o sistemas informáticos, así como la venta, distribución o circulación de sistemas informáticos o cualquier otro programa que tenga por destino ocasionar daños.

Al ser estas las principales disposiciones vinculadas a los delitos informáticos y con el paralelismo realizado se pueden apreciar las principales innovaciones introducidas por la Ley N° 26388/08, las cuales se encuentran fundamentalmente vinculadas a las conductas y mecanismos utilizados para la perpetración de hechos punibles por medios informáticos.

CHILE

En el caso de la legislación chilena se presenta una situación particular, en la ley N° 19.223/93 se regula de manera separada los delitos informáticos, es decir, se trata de una ley que no forma parte del Código penal, sino que en ella se encuentran tipificados hechos punibles relacionados al delito informático que no están previstos en la legislación penal, Además, resulta importante mencionar que la indicada ley es la primera de la región latinoamericana en introducir la figura jurídica del delito informático de forma particular, y ha sido referencia para la discusión doctrinaria de la materia; sin embargo, a pesar de haberse tratado de un cuerpo normativo innovador, actualmente adolece de algunas deficiencias en cuanto a la protección legal relacionada a la criminalidad informática que serán referidas seguidamente.

Destaca del texto legal, compuesto nada más que por cuatro artículos, que no incluye ninguna definición sobre el delito informático, sino que se limita a describir las conductas que configuran el tipo penal; además, contempla e introduce dos figuras al sistema penal chileno: el sabotaje informático y el espionaje informático. Si bien el material de la ley, como se ha señalado se limita a describir las conductas sin términos o conceptos que faciliten la interpretación de la norma, la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile ha elaborado una serie de documentos que complementan este aspecto.

El artículo 1 establece “El que maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o

modifique su funcionamiento, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo”. Esta disposición legal se encuentra en concordancia con el artículo 3, donde se castiga la alteración, daño o destrucción de los datos que se encuentren almacenados en un sistema de tratamiento de información. Partiendo de la interpretación de los preceptos señalados, la doctrina señala que las conductas indicadas corresponden al delito de sabotaje informático, “que consiste en la destrucción o inutilización del soporte lógico, esto es, de los datos o programas contenidos en un ordenador, pudiendo, según algunos, afectar al soporte físico del sistema informático (hardware)” (BCN, 1993, p. 16), lo que de esta manera viene a complementar los preceptos legales, que como se ha mencionado, en su articulado no expone definiciones que precisen los términos empleados en la redacción legal.

Seguidamente el artículo 2 hace alusión a la figura denominada espionaje informático, “que consiste en la obtención sin autorización de datos almacenados en un fichero informatizado, así como la copia ilegal de programas” (BCN, 1993, p. 17). Así la norma dispone que será castigada la persona que actúe con intención de apoderarse, usar o conocer indebidamente, es decir, sin autorización, datos que estén almacenados en un sistema de tratamiento de información.

En materia referida al análisis de esta ley la literatura de dicho país se ha mostrado crítica en ciertos aspectos, así una de las principales observaciones se centra en los dispuesto en artículo 1, cuando se menciona la destrucción de partes o componentes de un sistema de tratamiento de información; la crítica se fundamenta en que una conducta de este tipo está prevista en el Código Penal chileno mediante el tipo penal de daño convencional, es decir, que un hecho de estas características no reviste la calidad de delito informático, ya que para su perpetración no fueron utilizados medios informáticos, sino que simplemente estos últimos resultan afectados por una conducta reprochable (Lara, Martínez y Viollier, 2014).

Se verifica además que si bien las conductas penales señaladas en la legislación chilena, el sabotaje informático y el espionaje informático ya incluyen varios de los delitos tipificados en el Convenio de Budapest, a saber, el acceso y la interpretación ilícita, ataques a la integridad de los datos y sistemas informáticos, entre otros; resulta aún insuficiente la regulación, sobre todo con relación a delitos de considerable gravedad como el fraude o estafa por medios informáticos, hecho punible que no está previsto.

Considerando además que Chile ha ratificado el Convenio, instrumento de carácter vinculante, y por esto el país ha asumido el compromiso de adecuar las normativas

respectivas. Precisamente en atención a dicho compromiso el Estado chileno se halla en proceso de trámite de un proyecto de ley dirigido a la actualización de las normativas sobre delitos informáticos, el proyecto se titula “Establece normas sobre delitos informáticos, deroga la ley N° 19.223 y modifica otros cuerpos legales con el objeto de adecuarlos al convenio de Budapest”.

PARAGUAY

En la legislación paraguaya se verifica una incorporación considerablemente tardía, ya que recién con la ley N° 4439 del año 2011 se introduce en el ordenamiento jurídico paraguayo la figura penal del delito informático. En este caso se presenta una situación similar a la verificada en la legislación argentina en cuanto que la citada ley constituye una modificación y ampliación de la ley N° 1160/97 Código Penal. Si bien en principio puede ser favorable, considerado desde la perspectiva de que la tipificación de los hechos punibles se presenta integrada en un solo cuerpo normativo; se deben señalar las dificultades que presenta una legislación con este carácter, ya que limita la posibilidad de incorporación de determinadas normas que guardan estrecha relación con los delitos informáticos, como el caso de la firma electrónica o digital, directamente asociada con la seguridad de datos electrónicos y que se halla regulada en la ley N° 4017/2010.

Otro aspecto que presenta similitud con la legislación argentina es que ambos cuerpos normativos proporcionan una serie de términos y conceptos, en el caso de la ley N° 4439/2011 presenta definiciones de datos, sistema informático, tarjeta de crédito y medios electrónicos de pago, pero resulta llamativo que el legislador no haya incluido el concepto de delito informático. Con esto difieren del modelo chileno, el cual carece completamente de apartados conceptuales y debió ser complementado con la doctrina.

Como se ha señalado, la ley N° 4439 modifica y amplía las disposiciones del Código Penal, entre las principales modificaciones se encuentran las figuras penales que tratan el acceso ilícito a los datos, la legislación paraguaya es la que presenta una redacción más actualizada en comparación a las legislaciones hasta aquí estudiadas. En este sentido, en dicha ley se halla tipificado el acceso indebido y la interceptación de datos, tipificación que coincide con las disposiciones del Convenio de Budapest; el acceso indebido a los datos se encuentra en el artículo 146b, donde se establece como sanción la pena privativa de libertad de hasta tres años o multa para aquel que obtenga acceso a datos de sistemas informáticos especialmente protegidos contra el acceso no autorizado.

Además, en el artículo 146c se prevé la interceptación de datos, aunque el artículo limita la interceptación al hecho de apoderarse de datos informáticos, ya que menciona

únicamente la obtención de datos, mientras que en la legislación chilena y argentina encontramos que la interceptación se refiere además a captar e interferir en la transmisión de dichos datos, es decir, en la ley paraguaya se presenta un margen limitado en cuanto a esta figura.

Luego el artículo 175 modifica la redacción del texto original del Código Penal y sustituye el título de Sabotaje de computadoras a Sabotaje de sistemas informáticos, con lo cual se amplía el ámbito de aplicación de la disposición, ya que la propia ley proporciona una definición de sistemas informáticos en el artículo 174b cuando dispone: “se entenderá como sistema informático a todo dispositivo aislado o al conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, cuya función, o la de alguno de sus componentes, sea el tratamiento de datos por medio de un programa informático”, con lo cual se incluye a todos los dispositivos electrónicos utilizados para procesar y almacenar datos. Aquí se constata una concordancia con la revisada legislación chilena, ya que como se ha señalado en dicho cuerpo legal está tipificado el sabotaje informático, en cuanto que en la legislación argentina nada más se hace mención a la alteración o destrucción de datos o sistemas informáticos dentro del apartado de daños.

En este sentido, el articulado de la legislación examinada presenta una adecuación básica en cuanto a las disposiciones del Convenio de Budapest, de acuerdo a lo mencionado por Modica (2018) “modificando y adaptando nuestra legislación penal a los estándares mínimos, establecidos en el Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia” (p. 7). Esto resulta importante considerando que el mencionado instrumento fue ratificado por el Paraguay a través de la ley 5994 del año 2017, y que por dicha ratificación el país está obligado a adaptar la legislación nacional en materia de delitos informáticos acorde a las disposiciones del Convenio.

Resulta importante realizar algunas consideraciones en cuanto a la ratificación del mencionado Convenio de Budapest. De la revisión de la legislación argentina y chilena se ha verificado que ambos países han ratificado dicho Convenio, pero realizando importantes reservas en cuanto a la ratificación, sobre todo teniendo en cuenta determinantes incompatibilidades con la legislación penal vigente de cada país. En efecto, la ratificación con reservas ha sido la tendencia en el plano internacional con relación al Convenio de Budapest, “En varios de estos países, se dieron arduas discusiones previas a su ratificación, por posible afectación de derechos o garantías constitucionales, relacionado con la intimidad, privacidad, soberanía, entre otros” (Quiñonez, 2020, p.2).

Sin embargo, en el caso particular del Paraguay, se ha realizado una ratificación sin reserva alguna, con lo cual puede verse afectado el ordenamiento jurídico vigente, considerando las posibles incompatibilidades que pudieran surgir al momento de cumplir con el compromiso asumido, es decir, adecuar completamente la legislación nacional al Convenio de Budapest.

CONCLUSIONES

Al tener el delito informático como principal campo de acción el medio digital o tecnológico, el cual ha presentado grandes cambios en la modernidad, puede notarse como un distintivo de esta revolución tecnológica que esta se produjo de manera acelerada; en épocas pasadas, los cambios o modificaciones que habían surgido en la sociedad se desarrollaban de manera paulatina, teniendo influencia en regiones o poblaciones determinadas, pero sin llegar a impactar en forma global. Estas nuevas tecnologías, se caracterizan por la instantaneidad, permiten conexiones a tiempo real entre innumerables individuos, interactividad, elimina fronteras de espacio y tiempo, la digitalización favorece un acceso rápido y sencillo a todo tipo de información, y sobre todo la automatización de actividades, a través de lenguajes desarrollados con este fin.

Esta coyuntura, como se ha verificado, generó una exigencia relacionada al ámbito normativo, es decir, los países han iniciado un proceso de adaptación de la legislación referida a la criminalidad perpetrada por medio informáticos, teniendo como referencia los instrumentos normativos fundamentales adoptados en el contexto del derecho internacional, proceso que sigue vigente sobre todo en cuanto a la expectativa de unificación y adecuación de los distintos ordenamientos propuestos por la comunidad jurídica internacional, conforme se aprecia en el marco legal del Convenio de Budapest.

En el contexto de las modificaciones legales introducidas en los ordenamientos jurídicos estudiados, cabe señalar que, tanto Argentina como Chile han ratificado el Convenio mencionado mediante la ley N° 27.411 del año 2017 y el Decreto N° 83 del año 2001 respectivamente; sin embargo uno de los aspectos resaltantes de estas ratificaciones es que las mismas fueron realizadas con la inclusión de expresas reservas, esto como consecuencia de las incompatibilidades de las normas vigentes, señaladas por dichos países, con las contenidas en el texto del instrumento en cuestión.

Por su parte, como se ha indicado, Paraguay realizó la ratificación del Convenio de Budapest sin reserva alguna; esta situación conlleva una relevante consecuencia, y ella es que la legislación nacional presenta una serie de importantes contradicciones en relación a la normativa internacional. En este sentido, el Paraguay deberá optar por llevar

a cabo una amplia modificación de la legislación penal de fondo y de forma, o recurrir a los mecanismos internacionales pertinentes a los efectos de revertir la situación planteada por la ratificación, para lo cual puede tomar como referencia las reservas formuladas por Argentina y Chile.

REFERENCIAS

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (1993). Historia de la Ley N° 19.223 Tipifica figuras penales relativas a la informática. Recuperado de:
<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/>

[obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/4745/1/HL19223.pdf](http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/4745/1/HL19223.pdf)

Camacho Llosa, L. (1987). El Delito Informático. Condor: Madrid.

Fandos, M. y Fandos, M. (2020). El Derecho y la sociedad del conocimiento: implicaciones en las relaciones comerciales online. Revista Digital de Comunicación, 2, 31-48. Recuperado de:

https://www.academia.edu/41840618/El_Derecho_y_la_sociedad_del_conocimiento_implicaciones_en_las_relaciones_comerciales_online

Gómez, L. (2011). Un espacio para la investigación documental. Revista Vanguardia Psicológica, 1(4), 226-233. Recuperado de:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4815129>

Hernández, L. (2009). El delito Informático. Eguzkilore, (23), 227-243. Recuperado de:
<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2176697/18-Hernandez.indd.pdf>

Lara, J., Martínez, M. y Viollier, P. (2014). Hacia una regulación de los delitos informáticos basada en la evidencia. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 3(1), 101-137. Recuperado de:

https://www.researchgate.net/publication/273441220_Hacia_una_regulacion_de_los_delitos_informaticos_basada_en_la_evidencia

Ley n° 19.223 Tipifica figuras penales relativas a la informática. Biblioteca Nacional del Congreso de Chile, Santiago, Chile, 7 de junio de 1993. Recuperado de:
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30590>

Ley n° 26.388 Ley de delitos informáticos. Gaceta Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 24 de junio de 2008. Recuperado de:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm>

Ley n° 4439 Modifica y amplia varios artículos de la ley n° 1160/97 “Código Penal. Gaceta Oficial de la República del Paraguay, Asunción, Paraguay, 5 de octubre de 2011.

Recuperado de: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/3777/modifica-y-amplia-variantes-articulos-de-la-ley-n-116097-codigo-penal>

López de Sosoaga, A. (2014). El método interpretativo de Von Savigny en el análisis de la legislación educativa: un estudio de casos sobre el currículo de primaria. *Revista de Educación y Derecho*, (9), 1-28. Recuperado de: <https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/10503/13260>

Modica, A. (2018). Regulación de la Ciberseguridad. *Revista Jurídica (CEDUC)*, (27), 1-12.

Morán, G. (2002). El derecho comparado como disciplina jurídica. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (6), 501-530. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217686>

Narváez, D. (2015). El delito informático y su clasificación. *El delito informático y su clasificación*, 2(2), 158-173. Recuperado de: <http://45.238.216.13/ojs/index.php/EPISTEME/article/view/102/91>

Posada, R. (2017). El cibercrimen y sus efectos en la teoría de la tipicidad de una realidad física a una realidad virtual. *Nuevo Foro Penal*, (88), 72-112. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6074006>

Quiñonez, E. (2020). La Convención de Budapest de Cibercriminalidad y el Proceso Penal Paraguayo. *Revista Paraguaya de Derecho Procesal Penal*, (6), 1-6.

Ramírez, E. y Aguilera, A. (2009). Los delitos informáticos. Tratamiento internacional. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 1-13. Recuperado de: <https://www.eumed.net/rev/cccss/04/rbar2.pdf>

Sotomarino, R. (2018). Apuntes introductorios al Derecho Comparado. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (73), 57-64. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/20966>