



ingresos a fiestas y a cines de manera gratuita, y todo esto con la excusa de que los mismos estarían “cumpliendo con sus funciones”.

La segunda fase se desarrolla con las operaciones transfronterizas, secuestros, indagaciones, interrogatorios (la mayoría de ellos empleando mecanismos de tortura, tales como los electrodos, focos enceguecedores, alambres trenzados, lenzas, cachiporras, bañera repleta de orina y excrementos, y entre otros instrumentos empleados de manera tal a provocar no solamente la destrucción física y psíquica sino también moral de las víctimas, e incluso cada uno de estos mecanismos tenían un nombre en particular) operaciones encubiertas, traslados de un país a otro, etc.

La tercera y última fase que envuelve a equipos especiales de los países parte del Operativo Cóndor, consistente en el hecho de poder viajar a países miembros como no miembros y así perpetrar asesinatos, secuestros, entre otras calamidades contra “terroristas”, es decir, comunistas, importantes personalidades políticas de ese tiempo, dirigentes, y militantes clave de organismos revolucionarios, que “molestaban” a los dictadores. Por ejemplo, si una persona considerada terrorista, fuese localizada en un país ubicado fuera del continente americano, o bien, dentro de él, un equipo especial del Operativo sería designado para localizar al objetivo. Cuando la operación de localización y vigilancia hubiera terminado, un segundo equipo especial sería designado para ejecutar la acción correspondiente contra el mismo. Estos equipos especializados eran proporcionados con documentación falsa de los países parte del Operativo, y estaban compuestos exclusivamente de personas nacionales de un país miembro o de un grupo miembro de varias naciones⁶.

El operativo Cóndor no solamente abarcó al Cono Sur, sino que también se extendió a fines de los años setenta a Centroamérica. También conformaron la red criminal de la Operación Cóndor, en mayor o menor actividad, Perú, Ecuador, Venezuela, Colombia y otras naciones centroamericanas bajo antiguas dictaduras. (3)

► MARTÍN ALMADA

En su libro “PARAGUAY: LA CÁRCEL OLVIDADA”, el mismo re-

⁶ CALLONI, Stella; Operación Cóndor, Pacto Criminal; Caracas, Fundación Editorial el Perro y la Rana, 2016.



lata parte de su vivencia desde el día en que éste fue privado de su libertad “...los policías no encontraron las armas que parecían buscar. Entonces me pidieron que les acompañara, a fin de mantener una breve entrevista con el Jefe de Investigaciones, Pastor Coronel. Este era un hombre alto, gordo y de tez pálida. Se encontraba sentado sobre su escritorio, rodeado de unas veinte personas, civiles y militares, entre quienes pude distinguir al Jefe de Policía de la Capital, General Francisco Brítez B.: al General Benítez Guanes, Jefe del Servicio de la Inteligencia del Ejército y a varios otros personajes de rostros no nativos. Posteriormente, conocería el nombre de uno de ellos; me refiero al Comisario Héctor García Rey, Jefe de Policía de Córdoba (Argentina). Un mozo impecablemente vestido de blanco y con un moñito negro al cuello, servía café y gaseosas a los presentes. Rompió el silencio Pastor Coronel, indagando sobre mis relaciones con el PORA (Partido Obrero Revolucionario Argentino), supuestamente vinculado con el ERP argentino (Ejército Revolucionario del Pueblo) y con Leandro Velázquez, comandante del PORA. Respondí que no conocía tal organización y que el Dr. Lenandro Velázquez había sido mi compañero en la Universidad de Asunción. Ulteriormente me había visitado en la Universidad de La Plata (Argentina), donde cursé estudios de post-grado y obtuve el título de Doctor en Ciencias de la Educación. Pastor Coronel insistió sobre algunos puntos, como por ejemplo, mi participación en el “complot subversivo” contra el Presidente de la República y mi militancia en el “movimiento revolucionario armado”. Me pregunto qué instrucciones había recibido de Leandro Velázquez y qué papel debía yo desempeñar en la conjura. Agregó que si delataba el plan, sería premiado. Me manifestó que ellos estaban bien informados del “caso” por intermedio del propio Velázquez quien, según él, ya se encontraba detenido en ese lugar. Mis respuestas no convencieron a Pastor Coronel, quien realizó un último intento de persuasión. Me habló de mi juventud, de mi capacidad y de mi futuro dentro del gobierno del General Stroessner, me aconsejó que “cantara” a las buenas y que, en caso contrario, me haría “cantar” a las malas. Insistí en mi plena inocencia. Enfurecido, Pastor Coronel expresó: - El diálogo se ha acabado, estamos frente a frente dos enemigos irreconciliables. Ustedes, los idiotas útiles, los comunistas ateos y sanguinarios y nosotros, los defensores del orden.- Dispuso que comenzaran la tortura...” “...El trabajo estaba perfectamente dividido: - Francisco Ramírez “tata” se encargaba



de la “pileta” que no era sino una bañera, llena de agua fétida, excremento y orina. –Nicolás Lucilo Benítez manejaba el látigo. –Camilo Federico Almada Sapriza, principal inquisidor, propinaba las patadas y oficiaba de secretario. –Juan Ramón Bogado Caballero, asestaba los golpes de karate. –Lorenzo Fortunato Laspina, con una botella de caña “Aristócrata” (aguardiente paraguayo) en una mano y en la otra un alambre trenzado, se encarnizaba contra mi espalda. –El Comisario Obdulio Arguello, me golpeaba la cabeza con el famoso “teyuruguái”. –Agustín Belottio, me sujetaba en la pileta, y me pisaba el pecho para mantenerme en el fondo de la bañera...”

► OPERACIÓN CÓNDOR, ALIANZA DE DICTADORES PARA EL TERROR

“...A través de las conversaciones mantenidas con la compañera de prisión, Dra. Gladys M de Sanneman, me informé cómo funcionaba la cooperación policial en la región del Cono sur de América Latina, en el marco del Tratado Interamericano de defensa. Bajo el rubro de “Operación Cóndor” de dicho tratado, se establecía la colaboración entre los gobiernos represivos de Argentina, Uruguay, Chile, Brasil, Bolivia y Paraguay, dirigidos por la CIA, de los Estados Unidos de Norteamérica. El canje de los prisioneros estaba a la orden del día, como también la circulación rápida de las informaciones arrancadas de los prisioneros políticos en las cámaras de tortura. En la argentina funcionaba la “Central de Informaciones”, a cargo del Ejército. La doctora Sanneman era propietaria de un sanatorio de Candelaria, provincia de Misiones, Argentina, donde se encontraba a partir de 1960 con su familia, en calidad de refugiada política. Su odisea comenzó el 24 de marzo de 1976. Las fuerzas combinadas del Ejército, Gendarmería, Policía Federal y Provincial, abrieron bruscamente la puerta de su consultorio y a punta de metrallera desalojaron a los pacientes. Registraron minuciosamente el local y para el efecto utilizaron como guía al visitador médico Juan Carlos Ríos. Golpeaban el piso, las paredes y el techo del edificio en búsqueda de armas, y al no encontrarlas, se apoderaron de los elementos de pesca, máquinas fotográficas, máquinas de escribir y de los artefactos electrodomésticos. Se habían llevado también lo recaudado durante la semana en pesos argentinos y el pequeño ahorro en dólares, que tenían para su viaje a un congreso internacional de su especialidad. Ella fue interrogada en una dependencia de la Policía de Posadas. Su celda era pequeña y húmeda, el agua se filtraba de todas las paredes y un



foco potente estaba prendido día y noche. Entre sus compañeros de celda recordaba a María Joffre de Ángelo, Mónica Bustos, Celina de Romero, Sonia Olmos, señoritas Franzen, Velázquez, Marta Amores, Marta de Okada, señoras de Enrique y de Gilbar. El 24 de julio del mismo año, las primeras seis personas citadas, luego de ser encapuchadas, fueron sacadas de la celda y trasladadas; no se supo a qué lugar. Una semana después, la Dra. Sanneman fue introducida en una camioneta rumbo al Puerto de Posadas, donde le esperaba una lancha de la Prefectura Naval Argentina, el inspector principal de la policía paraguaya, Rigoberto Fernández, había recibido a la detenida del otro lado de la frontera (Encarnación) y luego se dirigieron con destino al Departamento de Investigaciones de Asunción. La Dra. Sanneman pertenece a una familia tradicionalmente colorada, de los auténticos. Su anti-stronismo arranca de 1957, año que se graduó y comenzó a ejercer su profesión como médico en el Policlínico Policial “Rigoberto Caballero”. En 1958, el dirigente obrero Alcides Milciades Bareiro Cano, de 33 años de edad, fue brutalmente torturado en la Olería Policial por Carlos Florentino Schreiber. En aquel entonces era, además, Jefe de Bomberos y actualmente es Director de la Escuela Policial, Bareiro Cano fue llevado al Policlínico Policial “Rigoberto Caballero”, donde falleció en el momento que la Dra. Sanneman estaba de guardia y, en consecuencia, obligada a otorgar el certificado de defunción. Schreiber exigió que constase en el diagnóstico médico, que el fallecimiento fue a causa de un “infarto de miocardio”. Ella se negó y por el contrario ordenó que se practicara la autopsia. El examen microscópico determinaba lesiones cerebrales, traumatismos, etc, y fue practicado por el eminente médico Dr. Juan Boggino, entonces Jefe del Instituto de Anatomía Patológica de la UNA. A partir de ese instante, la Dra. Sanneman conoció la sistemática persecución del régimen y se agravó su situación por el “delito” cometido de unirse en matrimonio con el conocido anti-stronista, líder de la juventud colorada, Jorge Rodolfo Sanneman. La pareja primero probó el sabor del confinamiento al interior del país y luego el peregrinaje por los países limítrofes. Después de diecisiete años de exilio forzoso, ella se encontraba con nosotros con una moral sólo comparable a la roca de nuestra prisión de Emboscada. Su optimismo era contagiante y nos transmitía su confianza en el triunfo del pueblo sobre la pesadilla militar. Su marido, también fue detenido por las fuerzas combinadas argentinas. Según informaciones recogidas por los



familiares, se encontraría vivo en algunas de las cárceles de Buenos Aires, tras sufrir torturas de las policías argentina y paraguaya, conforme a los términos de la cooperación policial en el Cono Sur, establecido por el Pentágono. Finalmente, cabe destacar que, de acuerdo con la “Operación Cóndor”, fueron detenidos en la Argentina y llevados al Paraguay, a más de la doctora Sanneman, los siguientes compatriotas: Américo Villagra, Herminio Stumps, Daniel Campos, Nercio Stumps, Sotero Franco, Lidia Cabrera de Franco, Esteban Cabrera, Agustín Goiburú, Cástulo Vera, Juan José Penayo y el Dr. Fausto Carrillo. Detenida en Montevideo, y llevada al Paraguay en diciembre de 1974, María Rosa Aguirre murió en el Policlínico “Rigoberto Caballero”, el 1 de enero de 1975. Detenido en el Paraguay y llevado a Chile: Fuentes Alarcón. Detenidos en Paraguay llevados a la Argentina: Marta Landi, Alejandro Logolusso y José Nell el 4 de abril de 1977 y entregados el 16 de agosto de 1977 en el Barrio Loma Pyta de Asunción. Detenido en el Paraguay el 4 de abril de 1977 y entregado a las autoridades uruguayas el 16 de mayo de 1977: Gustavo Insaurrealde, Nelson Santana, Osvaldo Enrique Landi, Ofelia de Landi, Ramón Silva y su hijo Juan Carlos Silva, Julio Domínguez, su esposa Pariza Estela Pizarro y su hijo André (argentinos). Cuántos serán los nombres de los desaparecidos detenidos, torturados, vejados y muertos que el mundo ignora. Fruto de una terrorífica, vejados y muertos que el mundo ignora. Fruto de una terrorífica colaboración entre los dictadores en contra de los pueblos hermanos de América Latina. Llegará el día, en que por esfuerzo de todos, los pueblos latinoamericanos se vincularan en operaciones para favorecer el progreso, el desarrollo integral de las comunidades, para acciones que favorezcan la vida, no la muerte...”⁷.

► CONSIDERACIONES FINALES

La integración en sentido lato, hace referencia a la constitución de un todo reuniendo a sus partes. Es decir, es una sumatoria de elementos significativos, que permiten al individuo desarrollarse y crecer dentro de los diferentes roles que le permiten actuar en la sociedad, ya sea en lo familiar, educacional, laboral, etc. Ahora bien, esto no siempre se dio de esta forma. Tenemos como ejemplo negativo, y que ha marcado a América del Sur en los años 1974 al

⁷ ALMADA, Martín; Paraguay, la cárcel olvidada, El País Exiliado; Asunción, Intercontinental y Nanduti Vive, 1993.



1977, donde se dio una fluida red de comunicación, el intercambio de información abría las puertas a la persecución de sus ciudadanos. Las detenciones se daban sin un mínimo de respeto para con los derechos humanos. La formación de equipos multinacionales que tenían como único objetivo atacar a los “subversivos”, con la colaboración de grupos paramilitares impulsados por las fuerzas estatales para encubrir el accionar ilegal, la entrega bilateral y traslado encubierto de prisioneros, obligó a creación de centros clandestinos de detención, campañas masivas de desinformación y una guerra psicológica, apropiación de niños, ejecuciones sumarias, desapariciones, entre otras, como si América del Sur fuera una sola Nación. Fueron características propias del gobierno del General Alfredo Stroessner, Goyo Álvarez, Augusto Pinochet, entre otros, cuan asociación ilícita para vulnerar, infringir, quebrantar los derechos humanos.

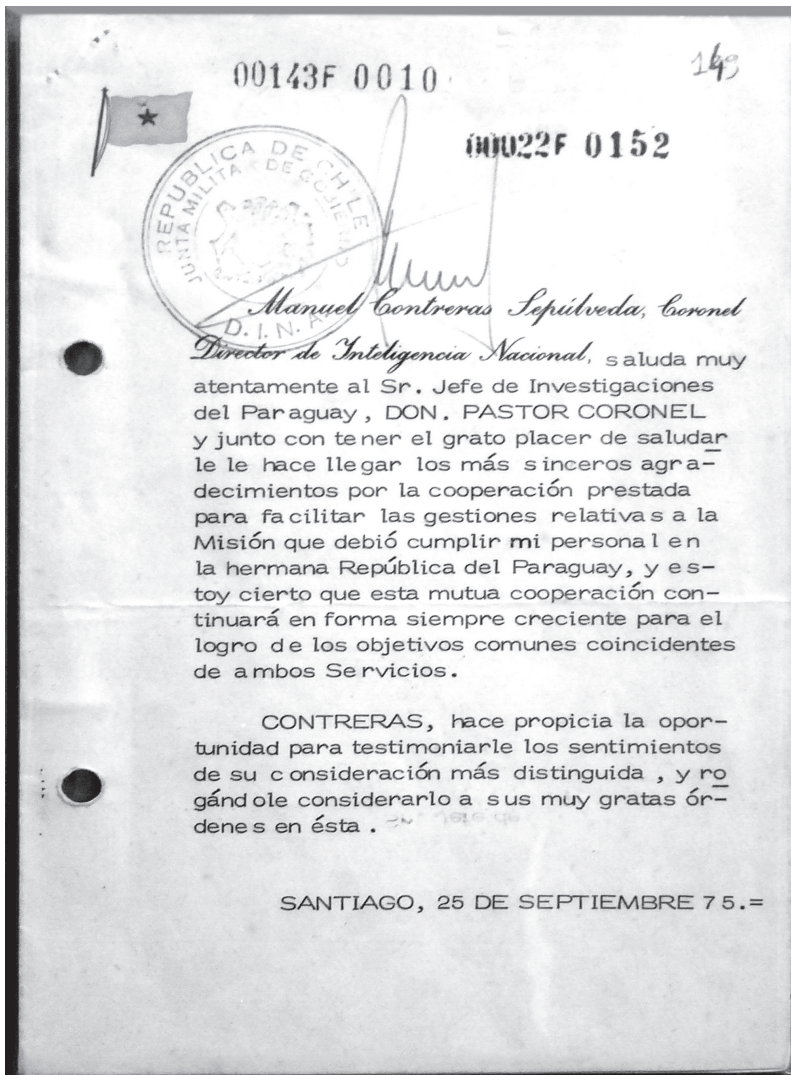
Ni mil lápices, ni mil hojas, ni mil libros, ni mil años serán suficientes para poder expresar o dar a conocer siquiera un mínimo de lo que las innumerables víctimas y sus familiares sufrieron durante la dictadura Stronista.

Considero un deber ineludible, no sólo por parte del Estado, cuya labor principal es el de garantizar y velar por la protección de los derechos de sus ciudadanos, sino también de cada uno de los paraguayos, el dar a conocer hechos, documentos, etc, teniendo bien presente todo lo ya ocurrido, de manera tal a no cometer el mismo error. Y hago más las palabras de Martín Almada “*Que sirva para el análisis y la reflexión, con miras a mostrar que lo revolucionario es agudizar las contradicciones sociales en función de la agudización de la contradicción principal, para revertir la situación actual, en una sociedad democrática en la que los derechos humanos tengan plena vigencia, una sociedad con justicia social en la que sus miembros se hallen vinculados por lazos de solidaridad - no de opresión - una sociedad en la que podamos desarrollarnos integralmente juntos los paraguayos, pero unidos frateralmente a los demás pueblos de Latinoamérica...*”⁸.

⁸ Idem.



► ANEXO



Nota de agradecimiento del Director de la Inteligencia chilena al Jefe de Investigaciones del Paraguay, 1975.



151
1448

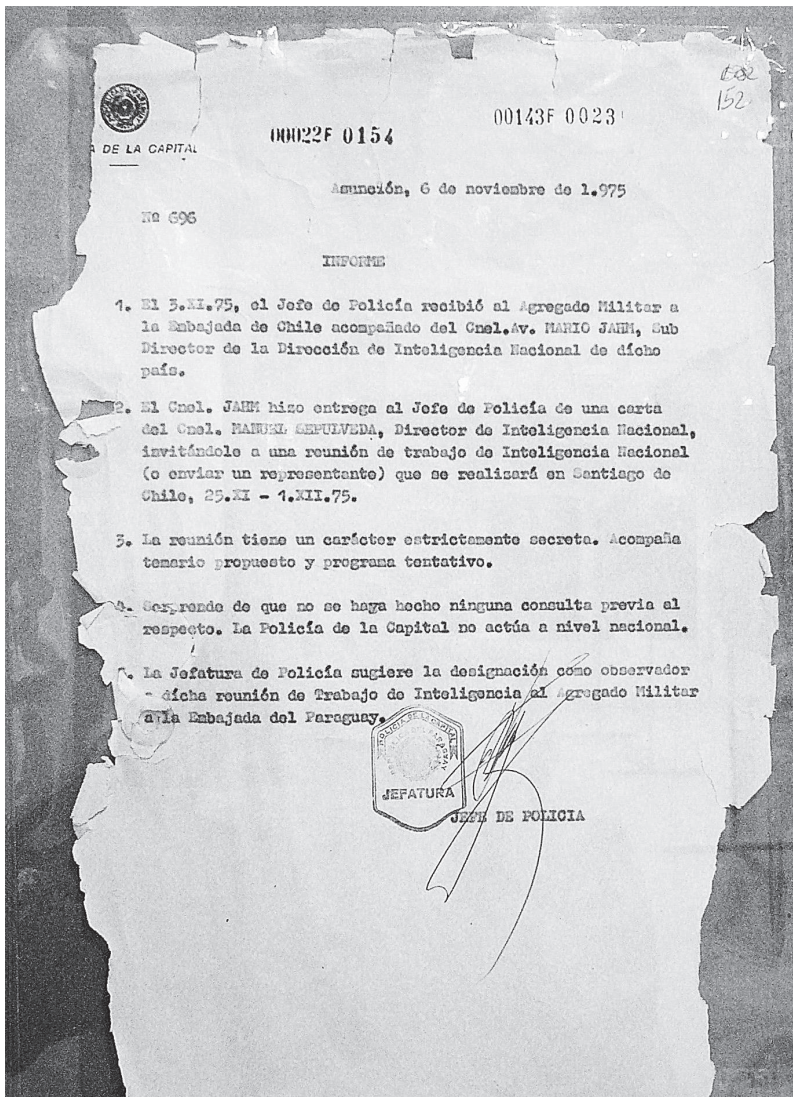
00022F 0153

Manuel Contreras Sepúlveda, Coronel
Director de Inteligencia Nacional, saluda atentamente al Sr. General de División DON. FRANCISCO BRITES, Jefe de la Policía de la República del Paraguay, y tiene el alto honor de invitarle a una Reunión de Trabajo de Inteligencia Nacional que se realizará en Santiago de Chile, entre los días 25 de Noviembre y 01 de Diciembre de 1975.

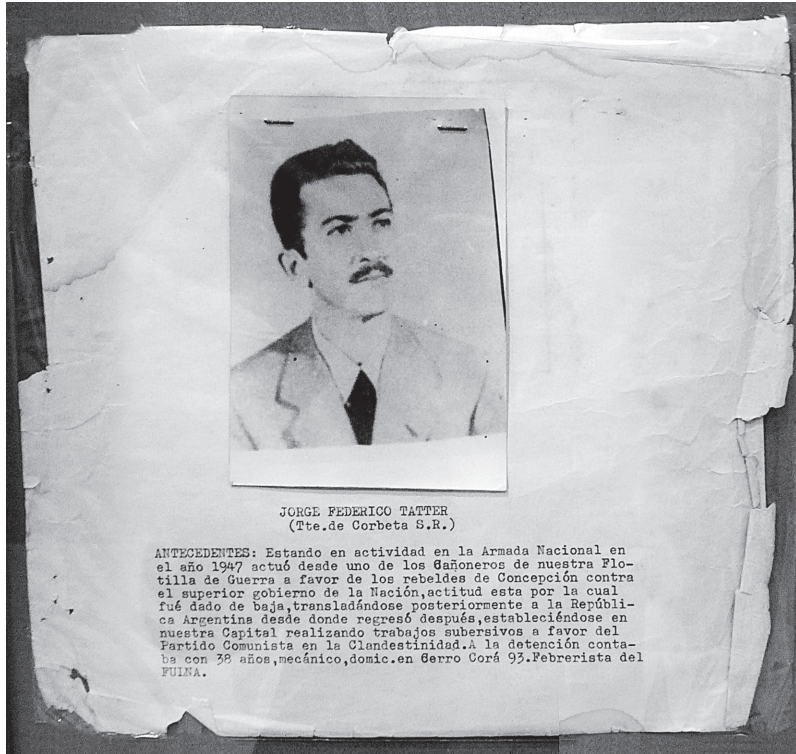
La Reunión tiene carácter de Estrictamente Secreto, y se adjunta Temario propuesto y programa tentativo.

El Coronel CONTRERAS, ruega al Sr. General BRITES, honrarle con su presencia, y si lo estima hacerse acompañar por algunos asesores, ya que espera que esta Reunión pueda ser la base de una excelente coordinación y un mejor accionar en beneficio de la Seguridad Nacional de nuestros respectivos Países.

SANTIAGO, OCTUBRE DE 1975.



Informe elevado a la superioridad referido a la visita de las autoridades del gobierno chileno para cumplir misiones secretas en Paraguay. 1975.



Documentación sobre Jorge Federico Tatter, de nacionalidad paraguaya.



Dr. Martín Almada y Asociados
ESTUDIO JURIDICO

Avda. Carlos A. López 2273
Tel. y Fax (595-21) 85-345
Asunción - Paraguay

0245F 0633

52

OBJETO : SOLICITAR DILIGENCIAS Y URGIR

Señor Juez de la Instancia en lo Criminal del 3º Turno

Martín Almada, Abogado de la matrícula en los autos caratulados "HABEAS DATA A FAVOR DE MARTIN ALMADA EN CAPITAL", viene a expresar cuanto sigue:

Que prosiguiendo con las investigaciones sumariales solicita de V.S. las siguientes diligencias:

1. Prosecución de las declaraciones informativas por " la desaparición de antecedentes policiales durante los acontecimientos del 2 y 3 de febrero de 1989, según la Nota J.I. 418 del 4 de diciembre de 1992, solicitada a V.S. en tiempo y forma. (a fojas 15 de autos)
2. Fijación de nueva fecha para la declaración informativa de Felipe Galomón presunto firmante de la nota del 13 de julio de 1977, en la que solicita la detención y tortura de mi madre Lidia Almada , en su carácter de Presidente de la Seccional Colorada de San Lorenzo, nota remitida al hoy recluso Comisario Alberto Buenaventura Cantero y encontrada en los Archivos del Terror.
3. Constitución del Juzgado en el Departamento de Producción de la Policía de la Capital, sito en Lambaré para excavar, digo, prosecución de la excavación del pozo en donde fue encontrado un volumen enorme de cédula de identidad tarjeta internacional de embarque, fotografías, presumiblemente vinculada con la operación "Condor".
4. Constitución del Juzgado en el Circulo Policial, Cerro Corá casi Brasil, con caracter urgente, a los efectos de constatar la existencia de documentos policiales referentes a mi detención, tortura y causales de las mismas .
5. Se fije días y horas de audiencias para la declaración informativa de Pedro Méndez, domiciliado en San Marcos c/ Ruz de Balboa (Barrio Santa Lucía).
6. Prosecución de las declaraciones informativas de los AGENTES CONFIDENCIALES DE LA POLICIA POLITICA DE ALFREDO STROESSNER (a fojas 38 de autos).

Será justicia.

Presentado y puesto al Despacho de S.S. hoy 12 de febrero de 1993 de mil novecientos noventa y tres a las 12:30 horas, acompañando los siguientes

0245F 0634

Escrito del Abg. Martín Almada.



POLICIA DE LA CAPITAL

0252F 1695

J E F A T U R A
ASUNCIÓN - PARAGUAY

Al Contestar

Cítese N° Asunción, de 196.....

ASUNTO:

AL

- 3 -

...// do de la casa vigilada 8.30 horas, el mismo es de cutis triqueño, delgado y de 28 años de edad aproximadamente, usa bigote, según informe recibido es miembro de la familia. Por la tarde siendo las 18.15 horas salió el vigilado y fué a entrar en la tienda El Condor, de donde se retiró 10 minutos después regresando a su domicilio particular.

2-XII-60. VIGILANCIA EXTRAORDINARIA

1. Observación en todas las facultades y colegios de la Capital: sin novedad.

2. Observación en los alrededores del Panteón Nacional de los Héroes (de 7 a 24 horas), plazas públicas, mercados de abastos, salas cinematográficas, bares y confiterías de la ciudad: sin novedad.

3. Recorrida Brigada de Investigaciones, zona céntrica (diurno y nocturno); A las 10 horas del día de ayer se observó en el depósito de la fábrica de camisa "Níbet", sito en la calle Cnel. Bogado N° 86 casi Iturbe, al Cap.(S.R.) Juan Speratti, en compañía de Francisco G. Franco, ambos dirigentes febreristas, quienes se encontraban conversando por espacio de 30 minutos, luego se retiró del lugar el Cap. Speratti, dirigiéndose hacia la Plaza Uruguaya. A las 19.40 horas fué observado también en la calle Estrella e Independencia Nacional a otros dirigentes febreristas, doctores Jorge Carrera Saiguier y José A. Ruidobro, permanecieron conversando por breves minutos, después siguieron caminando por Estrella y luego 25 de Mayo hacia la plaza Uruguaya.

4. Servicio especial de vigilancia establecido por el diplomático cubano HECTOR GALLO PORTIBLES. A las 8.20 horas del día de ayer salió el vigilado del Hotel Palace en el coche taxi chapa N° 761 de la parada de la calle Colón y Estrella, dirigiéndose por la calle General Díaz, Montevideo, Benjamín Constant, Juan E. O'Leary hasta llegar en el Palacio de Gobierno, concurriendo a la oficina de la Dirección del Protocolo, de donde se retiró a las 9 horas, oportunidad en que se dirigió a pie hacia la playa del Río por la calle Juan E. O'Leary, para hacer algunas observaciones, regresando por la misma calle siguió por Benjamín Constant hasta el Correo Central, depositando una correspondencia, luego salió y en la puerta de la mencionada Institución se entrevistó con un señor a quien le hizo algunas preguntas. Posteriormente se despidió al vigilado dirigiéndose de nuevo a pie por la calle Benjamín Constant hasta 15 de Agosto, regresando de nuevo al Correo Central, esta vez no realizó ninguna operación, volviendo a salir después dirigiéndose por Alberdi y fué a entrar en la casa N° 31 de la misma calle, mantuvo conversación con el dueño de dicha casa luego éste lo acompañó al vigilado hasta la casa comercial de Manuel Ferreira, donde mantuvo conversación con algunos empleados, retirándose después de 10 minutos, regresaron a la casa de comercio ubicado en la calle Alberdi N° 31, despidiéndose el vigilado de su acompañante, para dirigirse luego por la calle Palma, llegando en algunas casas co-

..//..

Informe de vigilancia.



●●●●●●●● PALABRAS CLAVE:

Dictadura, Operativo Cóndor, continentalización, tortura, refugio, desaparición, detención, operaciones transfronterizas, exilio, opresión del pueblo.

●●●●●●●● KEYWORDS:

Dictatorship, Operating Cóndor, continentalization, torture, refuge, disappearance, detention, cross-border operations, exile, oppression of the people.



¿Agua y aceite? Arbitraje de inversiones, derechos humanos y la ilusión de la inmiscibilidad

Magdalena Inés Augé Frayssinet ¹

► **SUMARIO**

Durante las últimas décadas, dos ramas del derecho internacional han experimentado una paulatina expansión y evolución: la rama de la protección a las inversiones extranjeras, por un lado; y la de la protección de los derechos humanos, por la otra. Si bien el desarrollo de éstas se ha dado de forma inconexa entre ambas, separada una de la otra, sus raíces similares, en cuanto a sus esfuerzos respectivos por limitar la soberanía del Estado, ocasionan la necesaria interacción entre ambas en ciertos contextos. Esta obra subrayará hasta qué punto, en una cantidad aún limitada, pero en aumento, cuestiones de derechos humanos están surgiendo en el contexto de las disputas entre inversores extranjeros y Estados anfitriones.

Este ensayo pretende demostrar a través del estudio de una serie de casos – que a pesar de las crecientes críticas al sistema del arbitraje de inversiones, por su supuesta imposibilidad de reflejar intereses más amplios como aquellos de derechos humanos – las diferentes formas en las que éstos juegan un rol fundamental en la resolución de disputas en el ámbito de las inversiones extranjeras, siendo introducidos no solo por las partes en conflicto, sino por terceros, e inclusive de oficio por los tribunales.

► **ABSTRACT**

During the last past decades, two fields of international law have experienced a steady expansion and evolution: the field of protection of foreign investments, on one hand; and the protection of human rights, on the other. Even though their development has been carried out independently, separate from one another, their similar roots – in that they both make their respective

¹ Argentina, nacida en Asunción, Paraguay. Educación: Traductora pública por el Instituto Superior de Lenguas de la Universidad Nacional de Asunción (2013). Abogada por la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" (2015. Mención sobresaliente). Experiencia profesional: Asociada en el Estudio Jurídico Peroni Sosa Tellechea Burt & Narvaja (2013 – actualidad).



efforts to limit State sovereignty – cause the necessary interaction between the two in certain contexts. This work will highlight to what extent, in a limited but increasing amount, human rights issues have been arising in the context of disputes among foreign investors and host States.

This paper intends to prove through the study of case law – in spite of the growing criticism to the investment arbitration mechanism, given its alleged impossibility of contemplating broader interests such as human rights – the different ways in which the latter play a fundamental role in dispute resolution in the scope of foreign investments, being introduced and argued not only by the parties in conflict, but also by third parties, and even ex officio by tribunals.

► INTRODUCCIÓN

Sin importar cuánto uno lo intente, el agua y el aceite no se mezclan: son simplemente inmiscibles. A lo largo de los últimos años, una creencia similar de que el derecho de inversiones es inherentemente hostil ante los derechos humanos ha estado emergiendo paulatinamente, en paralelo al cuestionamiento general de la legitimidad del sistema de arbitraje de inversiones como un todo. La cuestión del efecto inhibitorio de las normas de protección de inversiones con relación a la adecuada protección de derechos humanos ha sido repetidamente elevada², y no menos que un destacado crítico, como lo es Joseph Stiglitz, ha cuestionado los efectos inadecuados de la protección a las inversiones en este sentido.³

Las dos mayores críticas al sistema versan sobre hecho que la mayoría de los tratados bilaterales de inversiones (en adelante TBIs) no ha tomado en consideración a los derechos humanos, limitándose a cuestiones puramente económicas; y por otro lado, el denominado “efecto de enfriamiento regulatorio” que tienen sobre las facultades normativas del estado, impidiendo el tratamiento de los derechos humanos.⁴ Parecería entonces que el arbitraje

² Una síntesis muy útil de las críticas puede encontrarse en LEIBOLD, Annalisa M. *The Friction Between Investment Protection and Human Rights: Lessons from Foresti v South Africa*. *Houston Journal of International Law*, Forthcoming. 2015. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2586252>

³ Stiglitz, *Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World*. *Balancing Rights with Responsibilities*, 23 *Am. U. Intl. L. Rev.* 451 (2008).

⁴ JACOB, Marc, citado en LIEBOLD p. 220.



de inversiones y los derechos humanos son de hecho como el agua y el aceite, no susceptibles de ser mezclados.

Sin embargo, tal como se ha argumentado, el volumen sustancial de literatura que versa sobre esta supuesta fricción, en realidad exagera la frecuencia en la que los tribunales de hecho se encuentran ante este tipo de planteamientos⁵, y este conflicto entre la protección a las inversiones contrapuesto con las facultades normativas del estado se encuentra en numerosas ocasiones mal interpretado e inadecuadamente comprendido⁶.

Pero más importante aún es que en realidad es posible encontrar un equilibrio entre las características atractivas del arbitraje de inversiones reconociendo el impacto del arbitraje entre inversores y Estados en asuntos de políticas públicas y derechos humanos mucho más amplios, como se pretende demostrar en el presente. Al fin y al cabo, la preocupación principal que sirve de base para ambos es una y la misma: la protección de los derechos de los individuos. No debería haber entonces, en principio, ningún conflicto inevitable.

Este ensayo pretende defender la postura de que el arbitraje de inversiones y los derechos humanos no son como el agua y el aceite, sino que por el contrario (II) las críticas más recurrentes al arbitraje de inversiones (III) son en realidad un espejismo (IV) proporcionando ejemplos concretos, acudiendo a la jurisprudencia que marca el rumbo a seguir para lograr este equilibrio. De tal manera, se probará que el arbitraje de inversiones y los derechos humanos no son dos mundos aparte, sino que más bien están profundamente conectados.

► BREVE RESEÑA DE LAS CRÍTICAS

La medida en la que el arbitraje de inversiones permite que se establezcan obligaciones dentro de la esfera de los derechos humanos en cabeza de los inversores es un tema que para muchos

⁵ "En la práctica, sin embargo, las cuestiones de derechos humanos han surgido con llamativa lentitud en el contexto del arbitraje de inversiones internacionales." United Nations Conference on Trade and Development, "Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights", IIA Monitor No. 2. 2009. International Investment Agreements, p. 3. Disponible en: http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20097_en.pdf

⁶ LEIBOLD, Annalisa M. The Friction Between Investment Protection and Human Rights: Lessons from *Foresti v South Africa*. Houston Journal of International Law, Forthcoming. 2015. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2586252>



críticos está plagado de dudas⁷. Esto es así debido a que la mayoría de los tratados no contienen disposiciones sustantivas sobre derechos humanos que puedan ser demandadas por ciudadanos del Estado anfitrión; ni imponen parámetros mínimos de protección a los derechos humanos con los cuales los inversores deban guiarse y respetar. Éstos – por razones históricamente entendibles⁸— simplemente los han ignorado⁹.

Esta situación también ha dado lugar a una de las principales críticas al arbitraje de inversiones: su supuesto sesgo estructural en favor del inversor, es decir, una distribución de derechos y obligaciones desequilibrada en favor de inversores extranjeros y en detrimento de los poderes regulatorios del Estado anfitrión¹⁰.

Una segunda y frecuente crítica sugiere que los países que han celebrado TBIs tienen las manos atadas por los mismos y se abstienen de introducir nueva legislación o reglamentación fundados en un temor a enfrentar potenciales reclamos arbitrales. Este fenómeno se conoce como el enfriamiento regulatorio y ha sido definido como la situación en la cual “*un Estado actor cesa de promulgar o ejecutar medidas regulatorias de buena fe a causa de una amenaza real o aparente del arbitraje de inversiones*”¹¹.

Sin embargo, estas preocupaciones, como se demostrará seguidamente, aunque de buenas a primeras puedan aparentar razonables, no requieren de un re-diseño fundamental de todo el sistema de protección internacional a las inversiones y del arbitraje para encontrar un equilibrio adecuado entre ambos objetivos loables –proteger a los inversores y a los derechos humanos—.

► ¿NADA MÁS QUE UN ESPEJISMO?

Las críticas que anteceden demuestran que hay puntos de in-

⁷ PETERSON, Luke E. y GRAY, Kevin R. *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and Investment Treaty Arbitration*. International Institute for Sustainable Development (IISD) for the Swiss Department of Foreign Affairs. 2003.

⁸ La mayoría de los TBIs fueron firmados en la década de los 80 y 90, bajo el denominado “Washington consensus”, y por tanto estaban más interesados en países exportadores de capital que en asuntos internos del Estado anfitrión, mucho menos los derechos humanos; ver STIGLITZ, Joseph. *Regulating Multinational Corporations: Towards Principles of Cross-Border Legal Frameworks in a Globalized World Balancing Rights with Responsibilities*. 23 AM. U. INT’L L. REV. 451. 2008.

⁹ PETERSON, Luke E. y GRAY, Kevin R. *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and Investment Treaty Arbitration*. International Institute for Sustainable Development (IISD) for the Swiss Department of Foreign Affairs, p. 16. 2003.

¹⁰ ALVAREZ, José. *Critical Theory and the North American Free Trade Agreement’s Chapter Eleven*. University of Miami Inter-American Law Review 303 p. 308. 1997.

¹¹ TIETJE and BAETEN. *The Impact of Investor State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*. Estudio preparado para el Ministro de Comercio Exterior y Cooperación para el Desarrollo, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Holanda, para. 68. 2014.



quietud entre los derechos humanos y el arbitraje de inversiones. No obstante, luego de un análisis minucioso, las críticas se muestran meramente ilusorias, y es probable que puedan tornarse compatibles en la práctica.

Como se ha mencionado, ha surgido una preocupación en torno al alcance de las obligaciones que puedan recaer sobre los inversores en el marco de los derechos humanos¹². En realidad, los derechos humanos se encuentran arraizados en la mayoría de las medidas de protección de inversiones. Por tanto, el conjunto de tratados y leyes existentes que rigen la materia no debe ser derogado ni reformado.

¿Por qué es esto? Porque el problema yace en la perspectiva actual más que en los textos. La mayoría de los árbitros sigue un modelo de arbitraje comercial, lo cual complica que puedan reconocer que las decisiones que toman puedan tener un impacto más allá de aquel sobre las partes. Al cumplir con su rol, deben aprender a acomodar intereses que puedan aparentar conflictivos y aun potencialmente, normas contrapuestas¹³.

Sin embargo, si esta visión comercial de la mayoría de los árbitros es reemplazada por una más a tono con una toma de conciencia sobre los derechos humanos, y mayor flexibilidad en el ámbito procesal, reconociendo un público más general o invitando a terceras partes al proceso para representar intereses relacionados a los derechos humanos, sostenemos que el derecho de inversiones puede acomodarse para refutar las críticas lanzadas en su contra.

Las actuaciones del Tribunal en *Foresti v Sudáfrica*¹⁴ por ejemplo, señalan algunas áreas en las cuales instituir esta toma de conciencia, utilizando principios del derecho internacional para alterar el sistema, proteger la integridad del arbitraje de inversiones y mitigar las tensiones cuando colisiona con los derechos humanos.

De esta manera, no habría necesidad de modificar ninguna de las reglamentaciones procesales o de fondo existentes en la actualidad. Dada la flexibilidad del arbitraje como mecanismo de solu-

¹² PETERSON, Luke E. y GRAY, Kevin R. International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and Investment Treaty Arbitration. International Institute for Sustainable Development (IISD) for the Swiss Department of Foreign Affairs. 2003.

¹³ LANDAU, Toby. Árbitro y barrister de la Essex Court Chambers. En entrevista con el LSE Investment & Human Rights Project sobre Arbitraje y Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=bJaoADpICjs>

¹⁴ *Foresti v. República de Sudáfrica*, Caso CIADI No ARB (AF)/07/1, Award (Aug. 4, 2011).



ción de controversias¹⁵ no hay nada que procesalmente impida el tratamiento y la ponderación de intereses diversos, como los de derechos humanos.

Existe una cantidad de etapas y situaciones diferentes durante un procedimiento de arbitraje de inversiones en las cuales los derechos humanos pueden ser contemplados, introducidos a la controversia.

Una de estas etapas ocurre al analizar la legalidad de una inversión. La legalidad de una inversión puede ser impugnada por el Estado anfitrión para excluir jurisdicción o negar al inversor un beneficio bajo el TBI. Algunos tribunales han alegado –como se verá luego con el caso *Phoenix Action*– que el requisito de la legalidad debería necesariamente incluir cumplimiento de los derechos humanos o cuanto menos, de los derechos humanos más fundamentales¹⁶.

Los derechos humanos también pueden ser incorporados a una controversia en el ámbito de las inversiones como un contexto legal relevante a ser tomado en cuenta al momento de la interpretación de términos legales de ciertas disposiciones de protección a las inversiones¹⁷. El lenguaje que ciertos tratados de inversiones adoptan, interpretado de manera flexible, puede permitir el tratamiento y la ponderación de intereses de derechos humanos. Por ejemplo, el TBI Canadá-Rumania permite al Estado adoptar, mantener o ejecutar medidas “*que considere apropiadas para garantizar que la actividad de inversión en su territorio sea llevada a cabo de manera sensible a preocupaciones ambientales*”¹⁸.

Ciertas veces, el texto mismo no requiere de un análisis profundo, y las palabras son bastante claras, en el sentido que contemplan un componente relacionado a los derechos humanos. Tal es el caso bajo la Regla 37(2) de la Parte F del Convenio del CIADI “Reglas Procesales Aplicables al Procedimiento de Arbitraje”, por

¹⁵ LANDAU, Toby. Árbitro y barrister de la Essex Court Chambers. En entrevista con el LSE Investment & Human Rights Project sobre Arbitraje y Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=bJaoADpICjs>

¹⁶ DUMBERRY, Patrick y DUMAS-AUBIN, Gabrielle. When and How Allegations of Human Rights Violations can be Raised in Investor-State Arbitration. *Journal of World Investment and Trade* 13(3). p 349, 368. 2012.

¹⁷ KUBE, Vivian y PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Human Rights Law in International Investment Arbitration. EUI Working Papers. European University Institute, Department of Law.

¹⁸ Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de Rumania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. 2009.



el cual un tribunal puede permitir, después de consultar con las partes, la participación de una “parte no contendiente” (NDPs por sus siglas en inglés) efectuando una presentación escrita relativa a cuestiones dentro del ámbito de la controversia, conocidas como presentaciones *amicus curiae* (las cuales serán abordadas en detalle en el punto 4c), siempre que estas presentaciones ayuden al tribunal en la determinación de las cuestiones planteadas, se refieran a una de las cuestiones planteadas o la NDP tenga intereses significativo en la controversia. La lógica detrás de esta facultad es la necesidad de promover un nivel de involucramiento público y transparencia mayor. Las presentaciones *amicus curiae* también se encuentran contempladas bajo NAFTA, y reclamos elevando argumentos relacionados a los derechos humanos han sido presentados ante NAFTA.

Por otro lado, la redacción del preámbulo puede realzar la aceptación y relevancia de la argumentación sobre derechos humanos. Un lenguaje similar al adoptado en el ejemplo precedente fue incluido en el preámbulo de NAFTA al reconocer que las obligaciones deber ser cumplidas “*en una manera consistente con la protección y conservación ambiental*” preservando la flexibilidad del estado “*para salvaguardar el bienestar público*” y para “*fortalecer el desarrollo y ejecución de leyes y reglamentaciones ambientales*”¹⁹.

Este fue precisamente el caso en *Suez/InterAgua* donde el tribunal reconoció que el fin último del TBI era “*promover la cooperación económica entre ellos (Suez/InterAgua y Argentina). La protección y promoción de inversiones extranjeras, si bien es importante en el cumplimiento de este fin, es solo un medio para el fin*”²⁰ debido a que esto estaba estipulado en el Preámbulo.

Adicionalmente, el número de tratados recientemente negociados que mencionan aspectos relacionados a los derechos humanos, ha ido aumentando gradualmente²¹, incluyendo disposiciones claras y expresas. Como ejemplo de ello tenemos el borrador de

¹⁹ Preámbulo NAFTA, 17 Diciembre 1992, 32 ILM 289, 297. 1993.

²⁰ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. República de Argentina. Caso CIADI No. ARB/03/17, Laudo del 30 julio 2010. Para 200.

²¹ GORDON, Kathryn; POHL, Joachim y BOUCHARD, Marie. Investors' rights and human rights – interactions under investment treaty law. 2014. Disponible en: <http://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/portfolio-items/investors-rights-and-human-rights-interactions-under-investment-treaty-law-by-kathryn-gordon-joachim-pohl-and-marie-bouchard/>.



TBI Modelo de Noruega de 2007, que establece el “*compromiso con la democracia, el estado de derecho y libertades fundamentales de conformidad con sus obligaciones bajo el derecho internacional, incluyendo los principios establecidos en el Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos*”²² de las partes.

Aun ante la ausencia de términos como aquellos que hemos visto en los ejemplos anteriores, dada la libertad de las partes en la selección de la ley aplicable, las disposiciones de derechos humanos son aplicables en la medida en que se encuentren insertas en el derecho elegido por las partes. Ciertos TBIs o tratados multilaterales de inversión contienen cláusulas de elección de derecho compuestas, que contienen reglas de tratados, legislación del Estado y derecho consuetudinario internacional, bajo los cuales, los derechos humanos – como componente del derecho internacional – resultan aplicables²³. Por ejemplo, en ciertos casos bajo el TBI Modelo de los Estados Unidos “*el tribunal puede decidir una cuestión en disputa de conformidad con este Tratado y las reglas aplicables del derecho internacional*”²⁴. Una disposición similar se encuentra contenida en el Artículo 9 del TBI Modelo de China de 2003. Un acuerdo multilateral fijando la aplicabilidad del derecho internacional, y los derechos humanos en consecuencia, es el de NAFTA que en el Artículo 1131 reza: “*un tribunal establecido bajo este Artículo deberá decidir las cuestiones en disputa de conformidad con este Acuerdo y las leyes aplicables del derecho internacional*”²⁵. El Artículo 42 (1) del Convenio del CIADI sigue la misma línea de ideas.

Como se ha visto, con la interpretación adecuada y el entendimiento preciso de las implicancias de los derechos humanos, confiando en la flexibilidad del arbitraje, el marco legal existente para la protección de inversiones contempla un lugar para los derechos humanos.

Además, las violaciones de los derechos humanos no pueden

²² Versión borrador 191207. Ver D Vis-Dunbar, Norway Shelves its Draft Model Bilateral Investment Treaty (8 June 2009), Investment Treaty News. Disponible en: [http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/06/08/norway shelves its proposed-model-bilateral-investment-treaty.aspx](http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/06/08/norway%20shelves%20its%20proposed-model-bilateral-investment-treaty.aspx).

²³ REINER, Clara y SCHREUER Christoph, ‘Human Rights and International Arbitration’ en Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann (eds), Human rights in international investment law and arbitration (Oxford University Press 2009) 37.

²⁴ Artículo 30(1), TBI Modelo Estados Unidos (2004), ver DOLZER y SCHREUER. Principles of International Investment Law. p 412. 2008.

²⁵ Artículo 1131 (1) NAFTA. Ver DOLZER and SCHREUER. Principles of International Investment Law. p 412. 2008



excluirse per se de la jurisdicción de los tribunales del ISDS, “si y en la medida en que la violación de los derechos humanos afecta la inversión, se convierte también en una controversia ‘respecto’ de la inversión y, por lo tanto, es arbitrable²⁶”.

► ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA: EL CAMINO A SEGUIR

Para acreditar de manera fehaciente que las críticas que hacen alusión a la incompatibilidad esencial entre derechos humanos y arbitraje de inversiones son exageradas y meramente ilusorias, de hecho, los tribunales arbitrales han comenzado a aplicar interpretaciones más amplias y se respaldan cada vez más en normas de derechos humanos y jurisprudencia de cortes de derechos humanos al evaluar las presentaciones de las partes en disputa.

Los casos estudiados a continuación, son un indicador claro de que no solo los tribunales y las partes están reconociendo tácitamente la interconexión entre derechos humanos y arbitraje de inversiones, sino que, además, éste último no socava los derechos humanos, según han esgrimido detractores del sistema, pero más bien los respalda y protege²⁷.

El rol de los derechos humanos en el arbitraje de inversiones y el tipo de cuestiones de derechos humanos elevadas depende del actor que los introduzca a la disputa, a saber: inversores, Estados anfitriones, terceros y los propios árbitros.

► INTRODUCIDAS POR INVERSORES

Si la cláusula de jurisdicción o de derecho aplicable del TBI o tratado en cuestión es lo suficientemente amplia para incluir violaciones a los derechos humanos, como ciertos ejemplos que hemos visto en el punto III precedente, pronunciarse sobre un reclamo de derechos humanos podría ser posible.

En *Chevron vs Ecuador*²⁸, Chevron alegó denegación de justicia

²⁶ REINER, Clara y SCHREUER Christoph, ‘Human Rights and International Arbitration’ en Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann (eds), *Human rights in international investment law and arbitration* (Oxford University Press 2009) 37.

²⁷ JACOB, Marc. *International Investment Agreements and Human Rights* 13. 2010. Available at www.humanrights-business.org/.../international_investment_agreements_and_human_rights.pdf; KAUSHAL, Asha. *Revisiting History: How the Past Matters for the Present Backlash against the Foreign Investment Regime*. 50 HARV. INT’L L.J. 491, 492. 2009; FRANCK, Susan D. *Empirically Evaluating Claims about Investment Treaty Arbitration*. 86 N.C.L. REV. 1, 46. 2007.

²⁸ *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador*, CNUDMI, Laudo Provisional, 1 diciembre 2008.



como un principio del derecho consuetudinario y fue aceptado en la fase de determinación de la competencia. El tribunal concluyó que los reclamos basados en el derecho consuetudinario caen bajo alcance de una cláusula de jurisdicción también como acciones independientes siempre que los reclamos constituyan una controversia en el marco de una inversión, éste último término interpretado en su más amplia acepción²⁹. El demandante se refirió a obligaciones relativas a derechos humanos específicas que recaían sobre Ecuador bajo la Convención Americana de los Derechos Humanos y bajo las cláusulas del TBI³⁰. Esta argumentación permitió al tribunal guiarse legítimamente por el derecho internacional, incluyendo este mismo a los derechos humanos.

La misma línea de razonamiento fue adoptada en *Toto v. Libano*³¹, donde el demandante se refirió a derechos humanos específicos con relación al derecho a un proceso justo e imparcial. Debido a que el TBI establecía que la jurisdicción cubría principios de derecho internacional, el tribunal aceptó e participó en esta argumentación de derechos humanos³².

Los inversores también se han referido en ocasiones a los derechos humanos a fin de apoyar sus reclamos de incumplimiento del tratado, más que como un reclamo independiente en sí mismo. Este fue el caso en *UPS vs. Canadá*, donde los Demandantes –trabajadores canadienses de la industria del correo– invocaron derechos laborales, específicamente los derechos de negociación colectiva³³. Argumentaron que Canadá se encontraba violando sus derechos labores fundamentales bajo la Organización Internacional del Trabajo, la Carta Internacional de los Derechos Humanos, así como el derecho consuetudinario internacional. Esto constituyó un incumplimiento de la obligación de Canadá bajo NAFTA de garantizar un nivel mínimo de trato a inversores extranjeros debido a que la prohibición creaba salarios bajos y distorsionaba la competencia. A pesar de que el tribunal rechazó el argumento de los trabajadores,

²⁹ Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador, CNUDMI, Laudo Provisional, 1 diciembre 2008, para 180

³⁰ Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador, CNUDMI, Laudo Parcial sobre el Fondo. 30 de marzo 2010, para 166.

³¹ Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. República de Libano, Caso CIADI No. ARB/07/12.

³² Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. República de Libano, Caso CIADI No. ARB/07/12, para 154 con referencia al Artículo 7.3. del TBI Italia-Libano (1997).

³³ United Parcel Services of America, Inc v. Canadá. Memorial del Inversionista (Fondo), 23 marzo 2005, paras 645 – 671.



el caso evidencia cómo el arbitraje de inversiones puede convertirse en una arena para el tratamiento de los más diversos reclamos por todas las partes³⁴.

► INTRODUCIDAS POR ESTADOS ANFITRIONES

Debido a que solo una minoría de los TBIs permiten a los Estados anfitriones iniciar un procedimiento arbitral, los derechos humanos han jugado el papel de justificación para las medidas adoptadas por los Estados para el cumplimiento de sus obligaciones relativas a los derechos humanos. Estos últimos también han sido invocados como demandas reconventionales en relación a una conducta desacertada del inversor que pudiera justificar una denegación de los beneficios.

A pesar de que en muchos casos los objetivos de las regulaciones fueron discutidos, el examen se enfocó en términos generales y los tribunales se vieron reacios a entrar a una discusión sobre obligaciones concretas del Estado anfitrión derivadas de derechos humanos. Sin embargo, casos relacionados con el derecho al agua constituyen una excepción digna de analizar.

En *Suez/Vivendi vs. Argentina*³⁵, el argumento basado en derechos humanos planteado por la Argentina recalca la importancia y el potencial riesgo sobre el derecho al agua que Argentina intentaba proteger congelando las tarifas sobre el agua, la cual fue respaldada por las presentaciones *amici curiae* de cinco ONGs diferentes. A pesar de que el tribunal concluyó que las medidas adoptadas por Argentina no constituían el único medio para salvaguardar el derecho de acceso al agua, si reconoció que eran “vitales para la salud y bienestar de 10 millones de personas³⁶”.

El tribunal en *SAUR International vs. Argentina*³⁷, un caso en el cual la Argentina argumentó que el derecho de acceso al agua era una de sus obligaciones basadas en derechos humanos más fundamentales, al responder a la referencia del demandante que los motivos

³⁴ KUBE, Vivian y PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Human Rights Law in International Investment Arbitration. EUI Working Papers. European University Institute, Department of Law.

³⁵ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. v. República Argentina. Caso CIADI No. ARB/03/19.

³⁶ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. República Argentina. Caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión sobre Responsabilidad. 30 julio 2010. Para 260.

³⁷ SAUR International S.A. v República Argentina. Caso CIADI No. ARB/04/4



de las acciones del Estado eran irrelevantes en determinar una expropiación (ese era el caso en cuestión), enfatizó que “*los derechos humanos en general, y derecho de acceso al agua en particular, es una de las numerosas fuentes que el tribunal debe tener en cuenta al dirimir una controversia*”³⁸.

En el marco de los casos vinculados al derecho fundamental de acceso al agua y su análisis dentro del arbitraje de inversiones, existe uno en particular que requiere un análisis profundo y extensivo, tal como el que llevó a cabo el tribunal en el mismo.

El laudo en *Urbaser vs. Argentina*³⁹ sienta un precedente para un Estado anfitrión al plantear una demanda reconvenicional basada en el argumento de derechos humanos. La lógica seguida por el tribunal en este caso facilita que las demandas reconvenicionales puedan ser alcanzadas por la jurisdicción del tribunal. Este laudo bajo CIADI es el primero en proporcionar una discusión exhaustiva de una reconvenición basada en derechos humanos, y por tanto nos permite entender el rol más profundo que cumplen los derechos humanos para los tribunales en un arbitraje de inversiones.

El tribunal resolvió que las partes en disputa habían consentido al uso de demandas reconvenicionales bajo los términos del Artículo X del TBI España-Argentina⁴⁰ e indicó que el demandante no podía unilateralmente delimitar la competencia de un tribunal a través de los términos de su consentimiento⁴¹. Por tanto, siempre y cuando los términos del acuerdo arbitral sean lo suficientemente amplios, una demanda reconvenicional fundada en argumentos relativos a derechos humanos no podrá ser automáticamente excluida del ámbito de aplicación del Artículo 46 del CIADI.

El tribunal encontró referencia a fuentes del derecho ajenas o externas al TBI incluyendo el derecho internacional al examinar a cláusula arbitral, la cláusula de derecho aplicable y el TBI como un todo⁴².

³⁸ SAUR International S.A. v República Argentina. Caso CIADI No. ARB/04/4. Decisión sobre jurisdicción y Responsabilidad. 6 junio 2012, para 330

³⁹ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26

⁴⁰ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016, para 1143

⁴¹ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016, para 1147.

⁴² Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016, para 1182 - 1192.



Aunque finalmente la reconvencción fue rechazada, el tribunal resolvió que el TBI “*tiene que ser interpretado en armonía con otras reglas de derecho internacional de la cual forma parte, incluyendo aquellas relativas a los derechos humanos*”⁴³. Esto permitió al Estado anfitrión identificar obligaciones del inversor que excedían el alcance del TBI. Al determinar si por ser un actor no-estatal, el inversor se encontraba alcanzado por la obligación de velar por y tutelar los derechos humanos o no⁴⁴ – siendo esta última alternativa la que el inversor alegaba– el tribunal se refirió a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁵. En ese sentido, el tribunal resolvió que además de los derechos humanos relacionados al acceso al agua, esencial y bajo discusión en el caso en cuestión, era una “*obligación de todas las partes, tanto públicas como privadas, no desarrollar actividades destinadas a la destrucción de tales derechos*”.

► INTRODUCIDOS POR TERCEROS

Los tribunales también se han enfrentado a la situación de ponderar argumentos fundados en derechos humanos al discutir las normas procesales aplicables, demostrando una mayor apertura durante la última década, de proporcionar a terceros un mandato para participar del arbitraje de inversiones⁴⁶.

Es un hecho generalmente reconocido que los acuerdos de arbitraje y su ejecución por medio del arbitraje de inversiones pueden tener un impacto significativo sobre los derechos humanos de la población del Estado anfitrión⁴⁷. En tal sentido, además de la maniobra de los Estados anfitriones justificando –en base a la protección de derechos humanos– sus acciones y las medidas tomadas en intereses de políticas públicas, la intervención de terceros en el proceso es un importante portal de acceso para que intereses concretos sobre derechos humanos sean tratados y analizados dentro de éste.

⁴³ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016, para 1200.

⁴⁴ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016, para 1194.

⁴⁵ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo, 8 Diciembre 2016, para 1196, 1197.

⁴⁶ LEVINE, Eugenia. Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation. Berkeley J. Int'l Law. 2011. Disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6>

⁴⁷ KUBE, Vivian and PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Human Rights Law in International Investment Arbitration. EUI Working Papers. European University Institute, Department of Law.



Una forma en que la participación de terceros ha ido en aumento es a través de presentaciones de *amici curiae*. Se ha experimentado una creciente cantidad de intervenciones de terceros, ya sea a través de ONGs o grupos de sociedad civil, presentándose como *amici curiae*.

Amicus curiae, figura que tiene sus orígenes en el derecho Romano pero que se ha extendido a países del *common law*, especialmente a los Estados Unidos, hace referencia a una persona u organización que no es parte de un proceso pero que puede efectuar diferentes presentaciones ante el tribunal que entiende en la causa – ya sea directamente o a su requerimiento – por el fuerte interés que posee en la materia tratada⁴⁸.

Un concreto ejemplo del desarrollo de la intervención de terceros y la importancia del papel que desempeñan, puede apreciarse en *Philip Morris vs Uruguay*, dónde se encontraban en juego derechos humanos básicos como lo es el de la salud. En la persecución de su fin de convertirse en un país “sin tabaco”, Uruguay adoptó una serie de medidas para controlar el mismo, las cuales fueron impugnadas por un inversor como arbitrarias. Al momento de resolver, el tribunal adoptó una postura contraria, sosteniendo que las medidas adoptadas por Uruguay “han sido implementadas por el Estado con el fin de proteger la salud pública. La conexión entre el objetivo perseguido por el Estado y la utilidad de las dos medidas se encuentra patente en las presentaciones *amicus* de la OMS y la OPS, las cuales contienen un análisis exhaustivo de la historia del control del tabaco y las medidas adoptadas a tal efecto⁴⁹”. Este argumento fue fundado en las presentaciones de *amicus curiae* de la Organización Mundial de la Salud, quién concluyó que “las medidas en cuestión tomadas por el Uruguay son medios efectivos de protección de la salud pública” y se vieron respaldados por la presentación de la Organización Panamericana de la Salud.

Un caso que evidencia el interés de los tribunales en mejorar el Sistema de intervención de terceros en los casos de arbitraje

⁴⁸ POLANCO LAZO, Rodrigo. *Amicus Curiae: El rol de terceros en el arbitraje internacional en materia de inversiones*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2514212>.

⁴⁹ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7 (anteriormente FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay) Disponible en: <http://www.italaw.com/cases/460#sthash.oIS6eQPE.dpuf>.



de inversiones es *Foresti vs. Sudáfrica*⁵⁰. En este caso, la solicitud de realizar una presentación de *amicus curiae* por la Comisión Internacional de Juristas fue aceptada. El hecho a relucir en este caso es que en la nota acepta dicha presentación, el tribunal explícitamente solicitó que expresaran su posición sobre la legitimidad y efectividad de la participación de terceros.

Si bien existe una corriente que sugiere que el fenómeno de los *amicus curiae* permanecerá siendo una cuestión accesorio en el arbitraje de inversiones debido a la falta de interés público en las disputas, la determinación y recursos escasos e insuficientes de las ONGs para llevar adelante la tendencia y la voluntad de los tribunales de aceptar presentaciones de este tipo, existen varias señales que demuestran lo contrario.

Como los casos analizados precedentemente ilustran, los tribunales, operando con facilidad bajo CNUDMI y CIADI, han conectado los alcances del Artículo 17.9 del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC, el Artículo 15(1) de las reglas de CNUDMI, y el Artículo 44 del CIADI, a fin de demostrar su facultad de autorizar este tipo de participación de terceros.

Pero, el mayor indicador de que este fenómeno no se está disipando, sino que por el contrario pareciera ir en aumento, es el considerable aumento de conciencia por parte no solo de los árbitros sino también de funcionarios públicos e inversores, en torno a la necesidad de incrementar la legitimidad del arbitraje de inversiones. En este contexto, el rol de *amicus curiae* y alguna forma de intervención por parte de las ONGs puede ayudar a preservar el arbitraje de inversiones como un método viable para la solución de controversias con Estados anfitriones y de tal manera ayudar a los tribunales a lograr un equilibrio entre intereses de las partes e intereses públicos.

► RECONOCIDOS DE OFICIO POR LOS ÁRBITROS

Finalmente, analizaremos que existen tribunales que de oficio han reconocido la interrelación entre los derechos humanos y el

⁵⁰ Solicitud para la participación terceros en virtud del Artículo 41(3) de las Reglas de Arbitraje CIADI por la Comisión Internacional de Juristas. 19 de agosto de 2009. Disponible en: <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2012/06/SouthAfrica-foresti-advocacy-2001.pdf>.



arbitraje de inversiones de diferentes maneras al momento de dirimir una controversia, ya sea al determinar el derecho de fondo aplicable – especialmente al momento de definir el alcance de los derechos de propiedad y la existencia de una expropiación – al buscar un equilibrio entre los derechos del inversor y los intereses de carácter público; o al momento de evaluar un potencial conflicto entre el arbitraje de inversiones y las obligaciones de tutelar derechos humanos⁵¹.

En primer lugar, los tribunales arbitrales se han apoyado en jurisprudencia de cortes de derechos humanos al determinar los contenidos de ciertas reglas de fondo, a saber: la definición y delimitación de la expropiación regulatoria, una situación que se ha visto en reiteradas ocasiones.

Así, en *Lauder vs. República Checa*, un caso que giraba en torno al derecho a la propiedad privada, al entender sobre el reclamo del inversor contra la expropiación por parte del Estado anfitrión, el tribunal notó que el TBI en general no definía el término expropiación. Como resultado, el tribunal tomó en cuenta un caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para derivar del mismo una definición, y aplicando esta última al caso que se encontraba resolviendo, llegó a la conclusión que las medidas o acciones tomadas por República Checa no habían impedido al inversor el ejercicio de su derecho al uso de la propiedad y ni siquiera habían interferido con este⁵².

En esta misma línea, en el arbitraje del caso *Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos*⁵³, el Tribunal citó tanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como autoridades al determinar la existencia de expropiación indirecta de facto y citó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos al tratar el principio de proporcionalidad y la diferenciación entre el tratamiento de ciudadanos y extranjeros.

Extendiendo aún más el alcance de ciertos instrumentos de derechos humanos, en el caso bajo NAFTA *Mondev vs. Estados Unidos de*

⁵¹ FRY, James. International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity. *Duke Journal of Comparative & International Law* p. 77-150. 2007. Available at: <http://scholarship.law.duke.edu/djCIL/vol18/iss1/2>.

⁵² Ronald S. Lauder v. República Checa, 2001 WL 34786000, para. 200 (Laudi Final CNUDMI Sept. 3, 2001).

⁵³ Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI No. ARB AF/00/2.



Norteamérica, el tribunal citó jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el tema de la no retroactividad de la legislación criminal y en cuanto a la inmunidad del Estado y el acceso a las cortes. Lo particular de esta situación es que este arbitraje involucraba a un ciudadano canadiense y a los Estados Unidos, ningún de ellos parte de la Convención Europea de los Derechos Humanos.

Finalmente, los tribunales arbitrales han tenido consideraciones de derechos humanos al evaluar la existencia de una colisión entre la protección a las inversiones y los derechos humanos.

En el caso *Aguas Argentinas S.A. vs. Argentina*, al preservar las obligaciones de la Argentina bajo el TBI, el tribunal concluyó que no existía tal colisión entre dichas obligaciones y sus obligaciones en cuanto a los derechos humanos a proteger, debido a que no había riesgo de afectar estos últimos al considerar las cuestiones en disputa entre las partes⁵⁴. De este modo vemos como un tribunal bajo CIADI resolvió que las obligaciones relativas a los derechos humanos eran válidas y debían ser evaluadas si bien consideró que no se encontraban en conflicto con las obligaciones bajo el TBI.

En todos los casos precedentes, los tribunales encontraron que de una forma u otra existe, sin lugar a dudas, un interés público que rodea el procedimiento arbitral y por tanto recurrieron a los derechos humanos para buscar un correcto equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y su alcance sobre una población más amplia. Esta tesis fue expresamente apoyada por el tribunal en *Phoenix Action Ltd vs. República Checa*, el cual resolvió que la protección a las inversiones “no debe ser otorgada en violación de las normas más fundamentales de protección de los derechos⁵⁵”.

A pesar del hecho de que la jurisprudencia no sea universal, es firme en principio y demuestra que una adecuada interpretación y postura hermenéutica sensible a los derechos humanos trazan el camino que el derecho debe seguir a futuro para evitar injusticias o potenciales violaciones a los derechos humanos fundamentales en nombre de un medio de resolución de controversias incomprometido, como lo es el arbitraje de inversiones.

⁵⁴ CMS Gas Transmission Co. v. República Argentina. Caso CIADI No. ARB/01/8, Apr. 25, 2005, para. 113

⁵⁵ Phoenix Action Ltd v República Checa, Caso CIADI No. ARB/06/5, April 15, 2009, para 78.



► CONCLUSIÓN

Se ha pretendido demostrar que, contrariamente a los argumentado por un gran número de críticos, la protección de inversiones y los derechos humanos no son en principio irreconciliables.

De hecho, tal como la realidad de la cuestión y el aumento de la jurisprudencia evidencia, no existe una incompatibilidad *ex definitione* entre el arbitraje de inversiones y los derechos humanos. Se trata más bien de un conflicto aparente, un espejismo, que podría ser evitado al abandonar los árbitros el concepto puramente comercial del arbitraje e interpretar las leyes relativas a las inversiones a través del prisma de las convenciones y consideraciones de derechos humanos.

Sobre la base del razonamiento proporcionado por los tribunales cuyos laudos han sido analizados precedentemente, se puede ver que, otorgando un rol a los derechos humanos y a las argumentaciones fundadas en ellos, los tribunales arbitrales han sido movidos por los esfuerzos de incrementar la transparencia y responder a los intereses públicos, dos aspectos fuertemente criticados de este medio de resolución de controversias. Tal como ha sido expresamente mencionado por el Tribunal en *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. República de Tanzania*⁵⁶, garantizar un lugar para los derechos humanos es un elemento importante en “asegurar una confianza más amplia en el proceso arbitral mismo”.

Las corrientes más actuales parecen indicar que el rol de los derechos humanos en el arbitraje de inversiones continuará aumentando, y que la visión de que el arbitraje no es un foro adecuado para la discusión o tratamiento de cuestiones relativas a los derechos humanos está gradualmente desvaneciéndose. Las críticas permanecen, pero se han realizado esfuerzos para trabajar sobre las mismas y encontrar soluciones pertinentes, tal como lo evidencian los casos analizados.

Esto no debería resultar para nada sorprendente, debido a que todo el derecho fue en última instancia creado para el bienestar de los seres humanos, como los romanos tan correctamente apreciaron⁵⁷. Tanto el derecho de inversiones como los derechos humanos

⁵⁶ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v Republica de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22

⁵⁷ En la compilación: “Cum hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ... dicemus”; Digesto de Justiniano, 1.5.2.



buscan tutelar los derechos de los individuos. Así lo entendió Petersmann, al llegar a la conclusión de que tanto el primero como los segundos comparten una característica común fundamental: el desarrollo de normas jurídicas e instituciones para compensar la asimétrica relación jurídica entre los individuos y los Estados soberanos⁵⁸.

En vista a cuanto antecede, tal vez antes que ver al arbitraje de inversiones y a los derechos humanos como agua y aceite, deberíamos reacuñar la metáfora y considerar a los derechos humanos como el aceite que permite que la máquina que es el arbitraje de inversiones funcione sin complicaciones, dentro de un marco de moralidad y justicia.

⁵⁸ Ernst-Ulrich Petersmann, 'Introduction and Summary: "Administration of Justice" en International Investment Law and Adjudication' en Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann (eds), Human rights in international investment law and arbitration. Oxford University Press 2009. 16.

●●●●●●●● PALABRAS CLAVE:

Arbitraje, inversión extranjera, derechos humanos, enfriamiento regulatorio, sesgo estructural, interés público, transparencia.

●●●●●●●● KEYWORDS:

Arbitration, foreign investment, human rights, regulatory chill, structural bias, public interest, transparency.



revistajurídica
C E D U C



DERECHO NIÑEZ Y ADOLESCENCIA



- ▶ LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA EJECUCIÓN DE ASISTENCIA ALIMENTICIA EN EL FUERO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA.





Legitimación activa en la ejecución de asistencia alimenticia en el fuero de la niñez y la adolescencia

Nathalia María Colmán Gaona ¹

► SUMARIO

La característica principal de las resoluciones condenatorias es su ejecutabilidad, facultad conferida al juez sentenciante de conformidad al art. 163 inc.f) del Código Procesal Civil, pues no basta con el dictado de una sentencia, en ocasiones se requiere su cumplimiento compulsivo.-

En el fuero de la niñez y la adolescencia los juicios de asistencia alimenticia adquieren especial relevancia por su trámite especialísimo y sumario, así como por su naturaleza eminentemente tuitiva, reconocida y garantizada por la Constitución Nacional y sendos Tratados Internacionales ratificados por ley de la República.

Durante la minoridad no se generan mayores controversias respecto a la legitimación activa para incoar la acción alimentaria y la consecuente ejecución de la resolución resultante, pues el reclamante actúa en representación del niño, niña o adolescente, ya sea en ejercicio de la patria potestad como progenitor conviviente, o en carácter de guardador del mismo (en virtud a una resolución judicial). Ahora bien, se han presentado tesis diametralmente opuestas en nuestros Tribunales de Apelación en cuanto a la legitimación activa en la ejecución de sentencia, anterior y posterior a la mayoría de edad del titular del derecho (Niño, Niña o Adolescente), las cuales deben ser examinadas atendiendo a la falta de regulación expresa en nuestra normativa.

► ABSTRACT

The condemnatory resolution's principal feature is the practicability, faculty that is given to the judge according to the article n° 163 subsection f) of the Civil Procedure Code, given that it isn't enough with the sentencing, sometimes an instant compliance is needed.-

In the Children and Teenagers' jurisdiction, the trials of assistance have an especial relevance because of their special treatment and summary, also because of their protective nature; a nature that is recognized

¹ Abogada, egresada de la Universidad Nacional de Asunción, Año 2012, egresada de la Escuela Judicial Promoción XVI, funcionaria judicial desde el año 2007 y actualmente Asistente de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia del Quinto Turno de la ciudad de Asunción.



and guaranteed in the National Constitution and in many International Treaties ratified by the laws of the Republic.

While the child is still under 18 years old there aren't many controversies regarding the active legitimization to initiate a trial of food assistance and the consequent execution of the conflict's settlement, considering that the person who initiated the action is acting as the child's or teenager's representative, because of parentage or as a foster carer (by legal authority given by a judge). Although, opposite thesis about the active legitimization of the carrying out of the court of appeals judgment, before and after the child's or teenager's age of majority, have been presented in our Court of Appeals, the ones that have to be studied because of the lack of an specific regulation in our law.

► ASISTENCIA ALIMENTICIA EN EL FUERO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Por lo común, los juicios de asistencia alimenticia son iniciados por el progenitor conviviente o al guardador debidamente legitimado, por falta de cumplimiento de ésta obligación por parte del progenitor no conviviente u otros sujetos obligados, que deben dicha asistencia a favor del niño, niña o adolescente, conforme a los términos del art. 4° del Código de la Niñez y la Adolescencia: “... **DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.** Los padres biológicos y adoptivos, o quienes tengan niños o adolescentes bajo su guarda o custodia, y las demás personas mencionadas en el Artículo 258 del Código Civil, tienen la obligación de garantizar al niño o adolescente su desarrollo armónico e integral, y a protegerlo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso y la explotación. Cuando esta obligación no fuere cumplida, el Estado está obligado a cumplirla subsidiariamente... Cualquier persona puede requerir a la autoridad competente que exija a los obligados principales y al Estado el cumplimiento de sus obligaciones...”.

Los representantes legales de los menores son los padres y en defecto de ellos, los tutores, de conformidad a las disposiciones del **Art. 40 inc. b) del Código Civil**, ahora bien, la representación para iniciar el juicio de asistencia alimenticia tiene el requisito de convivencia con el niño, niña o adolescente, por ello también es facultad del guardador, en los términos del **art. 106 de la Ley N°1608/01** que habilita a los mismos a ejercer la defensa de los derechos de



menores a su cargo “...incluso frente a sus padres...”. Reforzando ésta explicación la doctrina argentina entiende que: “...el derecho de la madre que ejerce la tenencia a percibir del padre el importe de la pensión, está subordinado al mantenimiento de la misma, siendo la tenencia lo que le acuerda legitimación para reclamar del padre alimentos para el menor...”², omitiendo la cuestión de género al referirse sólo a la madre, conviene aclarar que ésta legitimación para iniciar la asistencia alimenticia se encuentra condicionada a la convivencia o tenencia del niño, niña o adolescente.

La asistencia alimenticia por imperio del art. 189 del Código de la Niñez y la Adolescencia es establecida por mes adelantado, se fija en jornales mínimos, es incrementado automática y proporcionalmente conforme a los aumentos salariales y genera créditos privilegiados con relación a cualquier otro crédito. Respecto a su vigencia, la misma es debida “...desde la fecha de iniciación de la demanda. En caso de que hubiese demanda de filiación anterior, desde la fecha de iniciación del juicio de filiación y en el caso de aumento de la prestación convenida extrajudicialmente, desde la fecha pactada...”.

Es así que en la mayoría de los casos se generan los créditos que dan lugar a la ejecución de asistencia alimenticia, por incumplimiento de dicha obligación desde el inicio del juicio (de asistencia o filiación), y posteriormente por vencimientos sucesivos de las cuotas alimentarias fijadas judicialmente.

En materia de ejecución de sentencia de asistencia alimenticia, rige en la jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia la aplicación supletoria del Código Procesal Civil en virtud al art. 170 del C.N.A., y en particular del capítulo *De la Ejecución de Resoluciones Judiciales* del C.P.C., que básicamente establece que la sentencia es ejecutable vencido su plazo y una vez que la misma está firme y ejecutoriada, asimismo que dicho procedimiento se inicia **a petición de parte**, lo cual descarta la posibilidad que sea iniciada oficiosamente por el Juez.

El sujeto titular del derecho alimentario durante la tramitación del juicio de asistencia alimenticia es el niño, niña o adolescente, no caben mayores dudas respecto a ello, no obstante respecto al titular del crédito resultante del incumplimiento de la obligación

² BELLUSCIO, Claudio A. “Alimentos debidos a los Menores de edad”, Buenos Aires, Ed. García Alonso, 2009, p. 125.



alimentaria, existen posturas jurisprudenciales en forma contradictoria sobre el tema.

► PROGENITOR CONVIVIENTE (O GUARDADOR)
COMO TITULAR DEL CRÉDITO

La primera posición a ser expuesta es entendida con claridad en la definición del autor argentino GUSTAVO A. BOSSERT que expone: “...*SUBROGACIÓN DEL PROGENITOR QUE APORTÓ PARA LOS GASTOS DEL HIJO:...* Si la madre ha afrontado los gastos del hijo menor que debían cubrirse con la cuota alimentaria adeudada por el padre que no fue pagada por éste, aquella se subroga en los derechos del hijo para reclamar el pago de los gastos hechos; de manera que las sumas por cuotas atrasadas que abona el padre no ingresan al patrimonio del menor, sino al de la madre, que de este modo se reembolsa por los gastos hechos en beneficio del menor que debían ser atendidos por el padre...”^a.

Siguiendo éste lineamiento doctrinario el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Circunscripción Judicial del Departamento Central, en la opinión de la Dra. María Eugenia Giménez de Allen ha asentado: “...*Considero que la Sra E.A.L. como titular del crédito proveniente de cuotas alimenticias atrasadas, tiene la potestad de convenir lo que considere mejor a sus intereses. A esta conclusión he arribado luego de un análisis pormenorizado de nuestra legislación, la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera. El tema que en este punto debe dilucidarse es quien es el titular del crédito alimenticio que se genera por cuotas alimenticias atrasadas; es el hijo en favor del que se estableció la cuota alimentaria o por el contrario es el progenitor (en la mayoría de los casos la madre), quién es la titular de dicho crédito?. Mi opinión es que el progenitor/a que ejerce la convivencia del alimentado es el titular de dicho crédito, pues mientras las cuotas alimentarias no sean abonadas por el obligado, por lo general es el otro progenitor conviviente el que abona de su propio peculio lo necesario para cubrir las necesidades del niño... Considero que el progenitor/a que ha soportado los gastos que acarrea la manutención del hijo o los hijos, puede reclamar por derecho propio la suma aportada en dicho concepto, a aquel progenitor que tenía la obligación de pago de tales cuotas. Al haber sido el progenitor conviviente quien en*

^a BOSSERT, Gustavo A. “Régimen Jurídico de los Alimentos”, Buenos Aires- Bogotá, Ed. Astrea 2da Edición actualizada y ampliada, 2012, p. 211.



realidad sufragó los gastos que se debían cubrir con la obligación impaga, resulta en definitiva el acreedor de las sumas no devengadas..." (Ac. y S. N°25 de fecha 28 de Marzo de 2014).

Es clara la conclusión a la que ha arribado la Miembro preopinante, pues se basa en un criterio hasta si se quiere de justicia, pues reconoce el derecho a reclamar lo irrogado por parte del progenitor conviviente, y que todo lo obtenido en la ejecución pase a su libre disposición.

► CUOTA ALIMENTARIA Y CRÉDITO ALIMENTICIO

A partir de la tesis jurisprudencial precedentemente mencionada, cabe diferenciar la cuota alimentaria con carácter asistencial y el crédito alimenticio.

La asistencia alimenticia, de conformidad al art. 97 del Código de la Niñez y la Adolescencia, debe comprender lo necesario para cubrir "*...el sustento, habitación, vestido, educación, asistencia médica y recreación del niño o adolescente...*", a éstas necesidades el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino ha incluido gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio en su artículo 659⁴, el cual debería ser contemplado en la reforma legislativa en la materia en nuestro país.

A fin de realizar una aproximación doctrinaria del concepto de cuota alimentaria, se trae a colación la siguiente definición: "*...La cuota alimentaria se fija para atender a las necesidades ordinarias de la vida, es decir, las que suceden regularmente de acuerdo a las circunstancias que rodean al alimentado al momento de establecerse. Tomar en cuenta las necesidades del alimentado como elemento para fijar la cuota es corolario de la naturaleza asistencial y de los principios de solidaridad familiar que rodean a la relación alimentaria. Estas necesidades pueden ser tanto materiales como espirituales y deben ponderarse siempre en el caso concreto, prestando especial atención a la persona del acreedor alimentario, dado que ello influye en la extensión de las necesidades a cubrir...*"⁵.

⁴ Art. 659 CCCN: Contenido. La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado.

⁵ GUTIERREZ GOYOCHEA, Verónica- JIMÉNEZ HERRERO, M. Mercedes "Monto de la Cuota Alimentaria" En: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y MOLINA DE JUAN, Mariel F. "Alimentos" Tomo II, Buenos Aires, Ed. Rubinzal- Culzoni. Editores, 2014, pp. 15/16.



En otro orden, el Código Civil Paraguayo en su art. 262 preceptúa: “...La obligación de alimentos, no puede ser objeto de compensación ni transacción. El derecho a reclamarlos es irrenunciable e incesible y la pensión alimentaria no puede ser gravada ni embargada...” Estos caracteres son propios de los alimentos, entendiendo que se refieren a los **debidos**, pues se relacionan directamente a su finalidad de cubrir las necesidades básicas e imprescindibles nacidas del parentesco, aclarando de igual modo que limitarlo a la patria potestad es un convencionalismo, pues dicha obligación continúa incluso declarada la pérdida de la patria potestad a uno de los progenitores.

Con relación al crédito alimenticio a decir del tratadista argentino CLAUDIO BELLUSCIO, es aquel: “...proveniente de cuotas alimenticias retroactivas impagas ha perdido el carácter asistencial que tienen las mismas, pues ya no se destinará a cubrir las necesidades actuales, impostergables y urgentes del hijo menor de edad como es la finalidad de los alimentos, las sumas que logre percibir el o la progenitora en la ejecución de la deuda pasan a su libre disposición, porque el crédito le pertenece al haber afrontado con su propio peculio las necesidades de su hijo menor de edad...”⁶.

Entendiendo éste concepto de los créditos alimenticios, al ser éstos, propios del progenitor o guardador que ha asumido los gastos del niño, niña o adolescente, pierde vigor la disposición contenida en el art. 262 del Código Civil Paraguayo, pudiendo en consecuencia, éste crédito ser objeto de compensación o transacción, pues la prohibición de la norma se refiere a las cuotas alimentarias futuras o llamadas de tracto sucesivo.

► EL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE COMO TITULAR DEL CRÉDITO

Surge una tesis diferente en el Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Capital, que ha establecido: “...la progenitora ya carecía totalmente de legitimación activa para continuar con los trámites procesales del juicio de ejecución ya que, en todo caso, el traslado debía correrse a la joven B.I.F., por ser ésta mayor de edad...” “...Esta sentencia es nula por basarse desde el principio en actuaciones procesales viciosas que impiden que pueda dictarse una resolución válida dejando a los que tienen legitimación activa para estar en juicio en total estado de inde-

⁶ CITADO EN EL AC. Y S. N°25 de fecha 28 de marzo de 2014 del Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de la Circunscripción Judicial del Departamento Central.



fensión...” (Ac. y S. N°149 de fecha 29 de Diciembre de 2016).

En dicha casuística el Tribunal de Apelación despoja de legitimación a la progenitora, en razón de que su hija, sujeto de derechos durante la acción alimentaria ha adquirido la mayoría de edad.

A partir de éste criterio, resulta imperioso volver a analizar el art. 519 del Código Procesal Civil, el cual habilita la ejecución de sentencia a instancia **de parte**, entendiendo que la parte legitimada para iniciar la ejecución es el hijo titular de la asistencia convirtiéndolo a su vez en titular del crédito, una vez que el mismo ha adquirido la mayoría.

Apoya ésta posición jurisprudencial la doctrina argentina que ha aclarado en su nuevo Código Civil y Comercial ésta disyuntiva: “...RECLAMO DE ALIMENTOS CUANDO EL HIJO HA LLEGADO A LA MAYORÍA DE EDAD:”... *Conforme al principio contenido en el art. 662 del Cod. Proc. Civil y Com. de la Nación, según el cual las cuotas se deben desde la interposición de la demanda, no es posible demandar por los alimentos debidos al hijo menor después que este ha llegado a la mayoría de edad. No solo han perdido los progenitores, incluido el que tenía la guarda, la representación jurídica del menor en razón de su mayoría, sino que, además, no puede demandar a título propio para resarcirse de lo que pudo haber gastado en beneficio de aquel durante la minoridad...*”⁷.

► UNA PERSPECTIVA MORAL

Desde una perspectiva moral, ésta última tesitura obliga al hijo a iniciar una acción contra su progenitor, situación que no está vedada en nuestra legislación, pues los niños, niñas y adolescentes en virtud a su derecho consagrado en el art. 26 de la Ley N°1680/01, pueden presentar y dirigir peticiones por sí mismos sobre asuntos de su competencia, por ejemplo, iniciando una demanda contra sus progenitores. No obstante pueden existir supuestos en los cuales un progenitor obligado (por asistencia alimenticia) enfrente una causa penal sobre incumplimiento del deber legal alimentario en los términos del art. 225 del Código Penal⁸, y el joven mayor de edad reconozca, en el

⁷ BOSSERT, Gustavo A. “Régimen...” Op. cit p. 255.

⁸ Art. 225 C.P.: INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO: 1° El que incumpliera un deber legal alimentario y con ello produjera el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular, o lo hubiera producido de no haber cumplido otro con dicha prestación, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa... 2° El que incumpliera un deber alimentario establecido en un convenio judicialmente aprobado o en una resolución judicial, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.



juicio respectivo de asistencia alimenticia, el pago íntegro de deudas alimentarias, que no fueron saldadas realmente, a fin de librar a su progenitor de una condena penal, dejando a su progenitor/a conviviente o guardador sin el reembolso de los gastos efectuados a su favor, pues es dable presumir que durante su minoridad se han cubierto las necesidades integrales del ahora mayor de edad, siendo objeto de reclamación en la ejecución de asistencia, las cuotas impagas.

La problemática que nace en torno a la cuestión de la legitimación en la acción ejecutiva de la resolución judicial que fija alimentos en la jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia no es nueva, ni tampoco las alternativas propuestas son infalibles, es así que de forma abreviada a todo lo anteriormente expuesto, el autor argentino Claudio Belluscio concluye: *“...Surge el interrogante en cuanto a determinar, quien se encuentra facultado para su reclamo y percepción⁹... Para la doctrina que hace poco se ocupó del tema, el hecho de arribar a la mayoría de edad acarrea el cese de pleno derecho del ejercicio de la patria potestad. En consecuencia- agrega, esta especializada doctrina- a partir de esta situación temporal, será el propio interesado (el hijo) quien deberá formular la acción de alimentos, sin intervención de sus padres o representantes legales... En la misma corriente de pensamiento, parte de la jurisprudencia determinó que los créditos por alimentos atrasados de los hijos que han llegado a la mayoría de edad o que se encuentran emancipados, deben ser reclamados por éstos por derecho propio, por haber caducado la representación legal de la madre... Sin embargo, cabe señalar que el criterio jurisprudencial en este punto no es unánime, habiéndose establecido que la madre de los alimentados- ahora mayores de edad- quedó subrogada en los derechos de sus hijos para reclamar los alimentos devengados, siendo- por lo tanto- la titular de tal reclamo y estando legitimada para ello...”¹⁰.*

► CONCLUSIÓN

No existe un procedimiento específico para la ejecución de alimentos en la jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia, constitu-

⁹ Nota del Autor: refiriéndose a las cuotas atrasadas.

¹⁰ BELLUSCIO, Claudio A. “Alimentos debidos...” Op. cit. p. 130.



yendo una materia pendiente más que debe ser abordada por la Comisión de Reforma del Código de la Niñez y la Adolescencia¹¹, ello atendiendo a la naturaleza de **los juicios de ejecución de alimentos** que requieren respuestas que la aplicación supletoria del proceso civil no brinda en forma contundente, conforme a las especialísimas particularidades de nuestro fuero especializado.

Se han presentado en tribunales juicios en etapa de ejecución que llaman a la reflexión jurisprudencial y doctrinaria, en cuanto a la **legitimación activa o titularidad del crédito generado por cuotas alimenticias impagas**, pues al dilucidarse dicha legitimación se respondería a los dos cuestionamientos más comunes:

¿Se desvirtúan o se confirman las prohibiciones enunciadas en el art. 262 del Código Civil Paraguayo?

Y una vez adquirida la mayoría de edad, del que fuera sujeto de derechos en la acción alimentaria durante su minoridad, ¿es su progenitor conviviente o guardador el que debe iniciar y continuar la acción ejecutiva o pasa a convertirse el joven en acreedor de dicho título de crédito?

Hallamos respuestas contrarias en la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Apelación, y actualmente la Corte Suprema de Justicia no ha emitido pronunciamiento sobre el particular, es así que sólo una normativa clara en la jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia podrá brindar seguridad jurídica en la ejecución de alimentos.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BELLUSCIO, Claudio A. "Alimentos debidos a los Menores de edad", Buenos Aires, Ed. García Alonso, 2009.
- BOSSERT, Gustavo A. "Régimen Jurídico de los Alimentos", Buenos Aires- Bogotá, Ed. Astrea 2da Edición actualizada y ampliada, 2012.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y MOLINA DE JUAN, Mariel F. "Alimentos" Tomo II, Buenos Aires, Ed. Rubinzal- Culzoni. Editores, 2014.
- Ley N°1.183/85 "Código Civil Paraguayo".
- Ley N°1.337/88 "Código Procesal Civil".
- Ley N°1.160/97 "Código Penal Paraguayo".
- Ley N°1680/01 "Código de la Niñez y la Adolescencia".

¹¹ Nota del Autor: Comisión creada por Ley N°5576/2016 "Que crea la Comisión Nacional para el estudio y reforma de las leyes en materia de Niñez y Adolescencia".

DERECHO AMBIENTAL



- ▶ ANÁLISIS DE LA DEFORESTACIÓN EN LEGISLACIÓN PARAGUAYA.





Análisis de la deforestación en legislación Paraguaya

Ricardo Fabricio Manuel Merlo Insfran ¹

► SUMARIO

La motivación de investigar surge a partir de una serie de preguntas y la curiosidad de saber ¿Qué está pasando en el país?

Las personas comúnmente se quejan de las cosas, algunos valientes se animan a llegar al fondo del problema. El autor decidió ir más allá de la pregunta y fue hasta donde los datos disponibles permitieron.

En este trabajo de investigación se puede encontrar un estudio de ámbito penal en materia de deforestación, concerniente a la persecución de los hechos punibles que se citan dentro del mismo.

Se ha recurrido a los organismos estatales de protección al medio ambiente de modo a recabar datos oficiales.

Primeramente, con respecto a los índices de deforestación a nivel nacional y de las leyes vigentes que castigan este flagelo, posteriormente, se han cotejado estos datos con las causas ambientales ingresadas al sistema judicial de modo a poder medir tanto el daño ambiental ocasionado, y si existen condenas sobre las mismas.

Con ello se pretende sacar a la luz las normas positivas con respecto a la deforestación, su persecución en lo penal y la situación real del país, en cuanto a lo que a su control se refiere en el ámbito jurídico, por parte de los órganos estatales encargados de dicho control.

El trabajo no busca reflejar una opinión política u opinión partidaria en ningún momento, sino exponer la situación real, y las opiniones que genere en cualquier lector son meramente interpretaciones que él mismo saca partiendo de conclusiones personales.

► ABSTRACT

Research's motivations comes from the need to answer some questions and the curiosity of knows what is happening in Paraguay?, people usually complain about everything, just some people goes behind the source of the problem. Author goes more than questions and goes until data were available.

¹ Estudiante del último año de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Oficial de Justicia de la C.S.J. Trabajo en la Municipalidad de Asunción, la Itaipu Binacional y actualmente desempeñándose en la Consultora de Gestión Ambiental - CGA



In this research we can find a criminal study about the deforestation, related to the criminal facts named in the research.

It was appealed to the government institutions who takes care of the environment protection, to collect information. Firstly, related the deforestation randoms and actually laws rules punish scourge. Then, data was compared with environmental cases admired in judicial system in order to know environmental damage and the punish of that. With this it pretends to keep out the positive normative about the deforestation, it criminal punishments and country's real situation about related to, in juridic government state plane that takes care. This work doesn't any political opinion related to the research's object, all conclusions taken by readers are personally.

► INTRODUCCIÓN

Con el transcurrir del tiempo, el ser humano fue evolucionando y ocupando tanta agua, aire y tierra para poder ir expandiéndose acorde a sus necesidades. Como podemos ver los efectos de esta expansión en el medio ambiente representan un problema actual a nivel mundial. Es de ignorantes el hecho de no querer reconocer que todos nuestros actos tienen un impacto en el medio ambiente y si seguimos al mismo ritmo de los últimos años dentro de poco nuestro planeta va a sufrir cambios irreversibles que van a hacer que nuestros hijos y los hijos de sus hijos no puedan llevar adelante una vida en un planeta libre de contaminaciones.

En ese sentido, todos los países del mundo se han unido para poder enfrentar y evitar los efectos del calentamiento global, la contaminación de los recursos naturales productos del vertido de sustancias contaminantes tanto del aire, agua o suelo y la sobre explotación de los recursos naturales que terminan por debilitar los ecosistemas y sus funciones. Es así que, el Acuerdo de París sobre Cambio Climático² elaborado en la Cumbre Internacional en el mes de diciembre del 2015, ha dejado bien sentada la postura firme a nivel mundial sobre el interés superior de la protección de nuestro planeta. Por fin hemos comprendido que Dios perdona, pero la naturaleza no.

El Paraguay no es una excepción en el contexto mundial de ex-

² Página oficial de las Naciones Unidas - <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/combater-el-cambio-climatico>.



plotación irracional de los recursos naturales, el país posee características muy particulares al dividirse en dos regiones bastante disímiles; por un lado tenemos la región occidental que sería el Chaco Paraguayo, con un clima semitropical continental y semies-tépico, conformando un ecosistema muy frágil por la cantidad de sal subyacente en su suelo y el tipo de vegetación arbustiva que posee y protege el suelo de esta región considerada semidesértica. Por otro lado se encuentra la región oriental, que es la zona más poblada del país con un clima semitropical húmedo conteniendo a una de las 28 zonas denominadas por WWF (World Wild Life) de mayor diversidad en el Mundo (BAAPA), Bosque Atlántico Alto Paranaense, ecosistema compartido con Brasil y Argentina. En esta región del Paraguay rige la “Ley 2524/04 Que Prohíbe el Cambio de Uso de Suelo” (Ley de Deforestación 0) mientras que en la región occidental es legal la tala de árboles mediante la concesión de licencias ambientales.

En el Paraguay, la deforestación representa un problema de dimensiones considerables, debido a su alto nivel, el cual actualmente se sitúa en un promedio de mil (1000) hectáreas de desmonte por día según los datos provistos por la Secretaria del Medio Ambiente (SEAM), lo que ha motivado a acciones a nivel estatal y específicamente en la legislación penal, que sin embargo no han producido efectos sustanciales de forma a paliar este daño medio ambiental.

La motivación del trabajo surge a partir de una serie de preguntas y la curiosidad de saber ¿Que está pasando en el país?, las personas comúnmente se quejan de circunstancias, algunos valientes se animan a ir tras su derecho, hasta llegar al fondo de la cuestión. El autor decidió ir más allá de la queja y fue hasta donde los datos disponibles permitieron.

En este trabajo de investigación se puede encontrar un estudio del ámbito penal, concerniente a la persecución de los hechos punibles que se citan dentro del mismo.

Se ha recurrido a los organismos estatales de protección al medio ambiente de modo a recabar datos oficiales. Primeramente, con respecto a los índices de deforestación a nivel nacional y de las leyes vigentes que castigan este flagelo. Posteriormente, se han



cotejado estos datos con las causas ambientales ingresadas al sistema judicial de modo a poder medir tanto el daño ambiental ocasionado y si existen condenas sobre las mismas. Con ello se pretende sacar a la luz las normas positivas con respecto a la deforestación, su persecución en lo penal y la situación real del país en cuanto a lo que se refiere a su control, en el ámbito jurídico por parte de los órganos estatales encargados de dicho control.

- **Objetivos Generales**

Analizar la legislación paraguaya con respecto a los delitos ambientales de deforestación.

- **Objetivos Específicos**

1. Analizar las condenas sobre deforestación en los tribunales paraguayos en los últimos cuatro años.
2. Determinar el número de denuncias ingresadas en el Ministerio Público y Poder Judicial; y sus formas de terminación durante el periodo 2012 al 2015.
3. Estudiar de acuerdo a las instituciones ambientales estatales, el índice de deforestación y recomposición en el País.

- ▶ **METODOLOGÍA**

En el presente trabajo de investigación se ha utilizado el método cuantitativo para la recolección de datos y posteriormente se ha efectuado un análisis descriptivo comparando los datos proveídos por las instituciones Judiciales (Corte Suprema de Justicia y Ministerio Público) y la Secretaría del Ambiente, organismo principal de la estructura de gobierno en cuanto al medio ambiente.

- ▶ **ANÁLISIS DE LAS DENUNCIAS DE LOS HECHOS PUNIBLES AMBIENTALES EN CONTRASTE CON EL ÍNDICE DE DEFORESTACIÓN EN EL PARAGUAY**

No se puede dejar de comentar que en el Paraguay la Constitución Nacional en su Artículo 8° *in fine* estableció la intervención del sistema penal para las acciones que atenten o deterioren el ambiente en los siguientes términos: “*El delito ecológico será definido y*



sancionado por Ley”.

Por tanto, del mandato Constitucional de 1992, derivó la sanción de la Ley 716/95 “Que sanciona los delitos contra el medio ambiente”, siendo esta la primera dictada para cumplir con lo contemplado en el referido Artículo 8°.

La misma en su Artículo 1°, preceptúa la protección del medio ambiente y la calidad de vida humana contra quienes ordenen, ejecuten o en razón de sus atribuciones, permitan o autoricen actividades atentatorias contra el equilibrio del ecosistema, la sustentabilidad de los recursos naturales y la calidad de vida humana, entendiéndose por calidad de vida humana a las condiciones necesarias para el desarrollo del ser humano en relación con el medio ambiente.

Entre las diferentes conductas atentatorias contra el medio ambiente, merecedoras de sanciones penales según la citada ley, se encuentran aquellas que afecten a los bosques, contempladas en el siguiente articulado.

El Artículo 4° sanciona con penitenciaría de tres a ocho años y multa de 500 a 2000 jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas, a los que:

- a. Realicen tala o quema de bosques o formaciones vegetales que perjudiquen gravemente el ecosistema.
- b. Procedan a la explotación forestal de bosques declarados especiales o protectores.
- c. Trafiquen o comercialicen ilegalmente rollos de madera o sus derivados; y

“Es importante destacar que el requisito de gravedad del daño al ambiente no es necesario a los efectos del inciso c) del artículo objeto de análisis, puesto que “el legislador a nuestro entender ha querido sancionar conductas que han fomentado la tala de árboles sin respetar criterio ambiental alguno, siendo estas actividades las que realizada en forma ilegal han propiciado la pérdida de los bosques de nuestro país con las consabidas graves consecuencias para la biodiversidad y la calidad de vida humana”. (Merlo; Cañiza, 2015)³.

En igual sentido, los doctrinarios señalan los elementos básicos

³ MERLO FAELLA, RICARDO; CAÑIZA, HUGO ENRIQUE. Año 2015. Derecho Ambiental. Editora Marben. Asunción.



para la eficacia de la norma ambiental los cuales son:

1. La existencia de una gran oportunidad de detectar las violaciones.
2. La repuesta a las violaciones será inmediata y pronosticable.
3. La respuesta incluirá una sanción apropiada.
4. Aquellos que estén sujetos a los requisitos legales perciben la presencia de los tres primeros factores. (Merlo; Cañiza, 2015)⁴.

Estos elementos no pueden estar ausentes en el marco de un desarrollo de una Política Criminal Ambiental.

Es preciso señalar en este punto, que a partir del año 2004 rige en la Región Oriental de la República del Paraguay la Ley conocida como “*De Deforestación 0*” o Ley N° 2524/04 – “*De Prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques*”, es decir a partir de su vigencia y por un periodo inicial de dos años, siendo prorrogada su vigencia hasta la fecha, en la misma se prohíbe en la Región Oriental del Paraguay la realización de actividades de transformación o conversión de superficies con cobertura de bosques, a superficies destinadas al aprovechamiento agropecuario en cualquiera de sus modalidades; o a superficies destinadas a asentamientos humanos. En ella se prohíbe en consecuencia la emisión de permisos, licencias, autorizaciones y/o cualquier otra modalidad de documento jurídicamente válido, a estos efectos. En esta Ley la pena establecida es la misma que se aplica para el Artículo 4° de la Ley 716/95 consistente en pena privativa libertad de 3 a 8 años.

El objetivo de esta norma consiste en propiciar la protección, recuperación, y el mejoramiento del bosque nativo en la Región Oriental paraguaya, para que en un marco de desarrollo sostenible, el bosque cumpla con sus funciones ambientales, sociales y económicas, contribuyendo al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del país.

Al hecho que la pena sea superior a 5 años para dicho tipo de conductas es considerada por el código penal a los efectos de su Artículo 13 inc. 1 con categoría de crimen la consecuencia procesal,

⁴ MERLO FAELLA, RICARDO; CAÑIZA, HUGO ENRIQUE. Año 2015. Derecho Ambiental. Editora Marben. Asunción.



es que la comisión de estos hechos no permite la aplicación de medidas alternativas a la prisión durante la tramitación del proceso.

Es importante resaltar que la implementación de la Ley de Deforestación 0 significó un gran desafío atendiendo a la carencia de experiencias similares en América Latina y siendo esta una experiencia innovadora en la región puesto que lograr el acatamiento en un área tan extensa requirió de un trabajo conjunto entre instituciones del estado, organizaciones de la sociedad civil y el Ministerio Público, los cuales conformaron una red de monitoreo satelital que permite hasta la fecha detectar desmontes casi en tiempo real para activar la intervención estatal.

Las cifras de desmonte anual de hectáreas en el año 2003 llegaban aproximadamente a las ciento ochenta y siete mil hectáreas/año reduciéndose significativamente a partir del año 2005 en la cual alcanzo veinte mil hectáreas y en los años sucesivos se redujo llegando incluso no más de seis mil quinientas hectáreas/año con picos ocasionales que oscilaban entre los diecisiete mil y veintiocho mil hasta el año 2012, sufriendo un incremento notable a finales del 2013 llegando a las cuarenta y tres mil hectáreas para luego ir reduciéndose año a año hasta once mil hectáreas en el año 2014, correspondiendo estas cifras a la Región Oriental.

De dichos informes se pudo obtener en virtud a la Ley de Acceso a la Información Pública que rige en el Paraguay.

A efectos de los objetivos de la investigación se han solicitado informes a las siguientes autoridades;

- **Al Ministerio Público:**

- Total de causas penales referentes a la ley 4770/12 que modifica el Artículo 202 del código penal “*perjuicio a reservas naturales*” núm. 1^a inc. 5 “*Tala de árboles o bosques nativos*” denunciadas en el periodo 2012 a 2016 y sus respectivas salidas procesales (condena o sobreseimiento provisional o definitivo, procedimiento abreviado, suspensión condicional de procedimiento o desestimación).
- Total de causas penales referentes a la Ley 716/96 “*Que sanciona delitos contras el medio ambiente*” específicamente sobre



los artículos 4^a incisos “A” y “C” en el periodo 2012 a 2016 y sus respectivas salidas procesales (condena o sobreseimiento provisional o definitivo, procedimiento abreviado, suspensión condicional de procedimiento o desestimación).

- La cantidad de hectáreas de tierra deforestadas y recompuestas en las causas penales previamente mencionadas en el periodo 2012 a 2016.
- Por último, si existen condenas sobre hecho punibles ambientales en las cuales a la par el Tribunal de Sentencia en lo penal haya impuesto el resarcimiento civil del daño ocasionado en base a la protección de los intereses difusos consagrados en la Constitución Nacional.

● **Al Poder Judicial:**

- Total de causas penales referentes a la ley 4770/12 que modifica el art. 202 del código penal “*perjuicio a reservas naturales*” núm. 1^a inc. 5 “*Tala de árboles o bosques nativos*” denunciadas en el periodo 2012 a 2016 y sus respectivas salidas procesales (condena o sobreseimiento provisional o definitivo, procedimiento abreviado, suspensión condicional de procedimiento o desestimación).
- Total de causas penales referentes a la Ley 716/96 “Que sanciona delitos contras el medio ambiente” específicamente sobre los artículos 4^a incisos “A” y “C” en el periodo 2012 a 2016 y sus respectivas salidas procesales (condena o sobreseimiento provisional o definitivo, procedimiento abreviado, suspensión condicional de procedimiento o desestimación).
- Y por último, la cantidad de tierras deforestadas y recompuestas en las causas penales previamente mencionadas en el periodo 2012 a 2016.

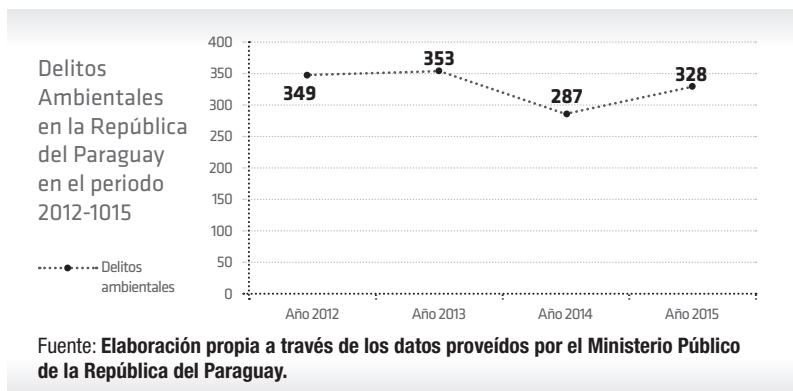
► **RECOLECCIÓN DE DATOS**

La finalidad de estas preguntas consistió en constatar que datos se tienen recaudados por las citadas instituciones, que reflejan la existencia de requisitos mínimos para enfrentar la criminalidad ambiental en materia de deforestación.

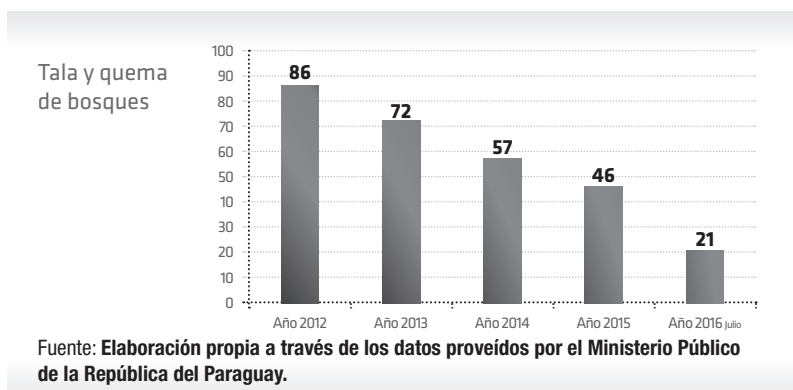


En tal sentido el Poder Judicial informo que dicha Dirección no cuenta con los datos solicitados. La institución que podrá proveerle los mismo en el Ministerio Público, específicamente la Unidad Especializada De Delitos Ambientales...”

En consecuencia al informe requerido al Ministerio Público el mismo proveyó de los siguientes datos:

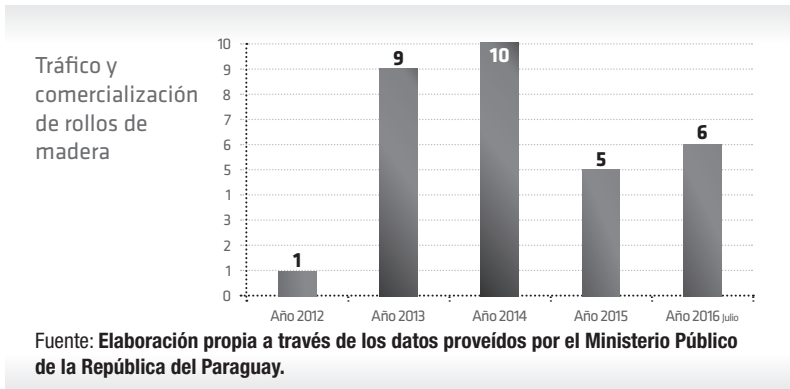


Del gráfico se desprende que en el año 2014 hubo un descenso del 19% en el total de denuncias en relación al año 2013, para que luego remontaren el año 2015 un aumento a 328 denuncias. En el año 2016, hasta el mes de Julio, se han denunciados 156 causas penales.

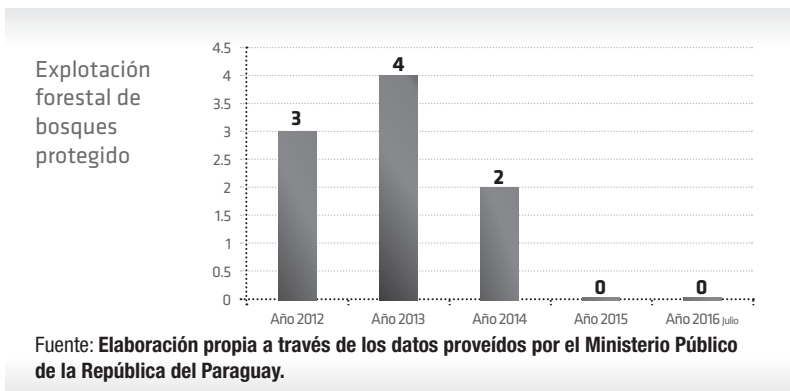




Lo que se ha podido constatar es que del año 2012 al año 2016 hubo una reducción en las denuncias recibidas de casi un 46%.



Se puede observar que desde el año 2012 al año 2016 la cantidad ha tenido variaciones significativas de un periodo a otro aumentando y disminuyendo.



Se puede observar en el siguiente grafico que la explotación forestal de bosques protegidos en los periodos observados varía también llegando en el periodo 2015 a no constatar ninguna denuncia.



► POLÍTICA CRIMINAL EN EL MARCO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTECCIÓN DEL AMBIENTE

Enfrentar la Criminalidad implica no solo el reconocimiento del poder estatal desde la esfera de la activación del sistema penal como sistema de control social, este debe estar engarzado con otras acciones a fin de generar de las condiciones favorables para que ciertas conductas deseadas sean sustentables e implica a su vez el desafío de lograr que ciertas conductas no deseadas ni siquiera encuentren un ambiente propicio para ser incubadas e interrumpir aquellas que están en gestación.

Si bien, el sistema penal es una de las herramientas considerada en general como la más importante para desincentivar conductas desviadas, el mismo resulta insuficiente, aunque se le dote de las penas más elevadas para cumplir con su rol de lucha contra la criminalidad si no se conecta con otros elementos estatales para la protección del ambiente.

Una Política Nacional Ambiental (PAN) no puede carecer del elemento indispensable del refuerzo dado por el sistema penal y la actividad de este no puede desarrollarse en forma disociada de la PAN, o quedaría girando en el vacío de la articulación de mecanismos institucionales que tienen la misma misión de proteger el ambiente.

Por lo tanto es necesario comenzar a pensar cualquier iniciativa de utilización eficiente y eficaz del sistema penal para enfrentar las conductas lesivas al ambiente y sus consecuencias sobre la salud y calidad de vida a la luz de los elementos contenidos en la Política Ambiental Nacional.

Adentrándonos en la idea de generar una respuesta del sistema penal a la dimensión de los hechos punible ambientales tenemos necesariamente que pensar en el diseño de una Política Criminal en la materia ambiental. Adentrarnos en esta temática nos obliga en lineamientos generales sobre cuáles son los requisitos mínimos por los cuales debe empezar a redactarse una política de lucha contra la criminalidad para luego plantearnos conforme a las características de estos tipos de hechos aquellos elementos que la harían efectivo.



► REQUISITOS DE UNA POLÍTICA CRIMINAL

¿Cuáles son los requisitos mínimos para diseñar una política criminal?

Antes de poder hablar sobre los requisitos para poder realizar una Política Criminal del Medio Ambiente es fundamental distinguir como lo dice Alberto Binder “*Lo que es una política de protección al medio ambiente con una política criminal en relación al medio ambiente*” (Binder 1994)⁵.

La PAN (Política Nacional Ambiental) es un método integral que incluye el sector económico, agrícola, educación; entre otros. Sin embargo, una política criminal del medio ambiente es muy diferente debido a que este utiliza un instrumento que tiene el estado que es la cárcel, instrumento que sirve para poder castigar y reprimir a las personas que tienen conductas desviadas o rechazadas gracias al sistema penal, por la sociedad en la cual convivimos debido a que afecta los intereses de las personas en cierta medida.

Son dos temas que se diferencian bien pero que deben ir de la mano para poder lograr ambas en conjunto la meta de proteger y castigar a aquellas personas que atentan contra el medio ambiente que es el ecosistema en el cual todos los seres vivos vivimos, no importa la separación política que delimitan los países, el ecosistema afecta a todos si van siendo afectadas; es por eso que evidentemente que, si una región se ve afectada en un alto porcentaje debido al mal cuidado del medio ambiente este afectara a las regiones adyacentes. Es por eso que es de suma importancia que todos los países tengan una política criminal del medio ambiente y una política de protección al medio ambiente para que al fin al cabo todos podamos convivir en un planeta sano y que nuestros hijos puedan tener las mismas oportunidades de desenvolverse en un planeta con las mismas condiciones o mejores de las cuales nosotros tuvimos.

Es común ver en algunos noticieros que hay ciudades que están actualmente teniendo problemas con el medio ambiente y está afectando directamente a sus ciudadanos, saliendo a las calles con tapa bocas debido al grado de contaminación en el cual se encuentran, imagínese por un momento que su hijo se encuentra en una

⁵ Procuraduría adjunta para la defensa de los derechos humanos del medio ambiente de El Salvador. Año 1994. Anales del Seminario Aspectos políticos criminales del delito ecológico. San Salvador.



ciudad en esas mismas condiciones, le disgustaría que su hijo este en un lugar tan malo para su salud?, bueno ahora trasládalo a su ciudad, y usted se encuentra en esa misma situación y ve que su hijo de 6 años esta respirando ese mismo aire contaminado, le causa gran disgusto ver que su hijo esta en un ambiente tan perjudicial para su salud que puede acarrear en enfermedades que afectarían su desarrollo e incluso su vida a largo plazo.

Ahora bien, imagínese que hay una forma de poder evitar toda esta situación si es que se trabaja coordinadamente para algo a mediano o largo plazo que no es fácil pero creo que todo ser humano racional coincide en que no quiere que su planeta se destruya o sufras daños tan devastadores que sean irreversibles o sino nadie podría vivir, es por eso que para poder iniciar una política criminal del medio ambiente es importante el buen funcionamiento del sistema penal para así poder respaldar a los esfuerzos para la protección del medio ambiente.

También es de suma importancia sentar ciertos requisitos siguiendo el pensamiento del Dr. Alberto Binder para poder hacer dicha política:

- Desarrollo de estrategias integradoras e instrumentos nuevos, esto debido a que deben de trabajar en conjunto tanto la política de protección al medio ambiente como la política criminal del medio ambiente para que estos no queden girando en el vacío y no se convierta en algo caótico ya que no se asocian ambos enfoques.
- Modificar la relación entre las entidades intermedias o las no gubernamentales, la sociedad y el Estado, esto debido a que el Estado no puede dejar de lado a la sociedad e intermediarios a la hora de realizar la Política criminal del medio ambiente para que no se pierda el interés colectivo sobre la protección del ambiente.
- Relación de Estado – Comunidad Internacional, esto debido a que no se puede dejar de lado los intereses que se buscan a nivel mundial para poder convivir todos de manera pacífica y sana en el planeta tierra.

Estos requisitos deben ir como métodos de respaldo y acompa-



ñamiento a la política de protección del medio ambiente y no como una forma de suplir automáticamente por la cárcel.

¿Cuáles son los elementos mínimos que se necesitan sobre criminalidad?

Siguiendo el pensamiento del Dr. Alberto Binder se pueden identificar algunos elementos mínimos como la necesidad primordial de satisfacer el principio de legalidad, esto quiere decir que deben estar circunscriptas las conductas prohibidas, las cuales en el Código Penal Paraguayo se encuentran tipificadas y también en la Ley N° 716/95 que sanciona los delitos contra el ambiente.

En segundo lugar, se debe utilizar la política criminal para reparaciones y otros tipos de sanciones, que recién en la última instancia deben ser respaldadas por la cárcel, no tiene sentido enviar solo a la cárcel a las personas sin hacer reparaciones al daño causado y tampoco tiene sentido la cárcel para personas por algo que se podría subsanar con otros tipos de sanciones, solo inflaríamos nuestro flujo de personas en el sistema penal en vez de generar la conciencia sobre el medio ambiente, la transparencia también aparece como un factor muy importante en este sentido para que a la vez, la población tenga conocimiento y se genere la conciencia sobre el cuidado del ambiente y las sanciones que se pueden llegar a otorgar en caso de que alguien en la sociedad incumpla.

En tercer lugar, es importante separar las responsabilidades debido a que existen las personas tanto físicas como jurídicas y en su mayoría las personas jurídicas son las que comenten infracciones, lideradas por personas físicas pero no por ello deben de dejar de necesitar un sistema que genere responsabilidad penal a las personas jurídicas que podríamos considerarlas a algunas como asociaciones de crimen organizado, el ejemplo lo tenemos en el Brasil.

En cuarto lugar, debe de existir una base real de información, es muy difícil poder llevar adelante una política criminal del medio ambiente si no se tiene la información a disposición y por ende entonces entramos en una investigación a ciegas, tratar de solucionar algo sin datos es muy difícil o imposible, es por eso que la información tiene un rol de suma importancia para así poder verificar

también el avance o retroceso comparativo que se está sufriendo.

Situación real de la deforestación en el Paraguay (2012-2016).

Se ha acudido a la Secretaria del Ambiente (SEAM) a fin de relevar datos con respecto a la situación actual de la deforestación en el Paraguay, las cuales arrojaron los siguientes datos que fueron proveídos por el Director de Evaluación de Impacto Ambiental (Claudio Velazquez) de dicha institución.

Según monitoreo satelital la tasa de desmontes ilegales varia, debido a que existen meses en donde se registran cien hectáreas mensuales de desmonte y en otros periodos quinientas hectáreas.

En la Región Oriental donde rige la Ley de Deforestación 0, las talas mayores de dos hectáreas son ilegales y la tasa varia de cien a quinientas hectáreas en promedio mensual.

En la Región Occidental está permitido bajo permisos, la tala de árboles a los efectos de la explotación del suelo para su uso en la ganadería (pastura, entre otros). En esta región la tasa es muy elevada, pues se estima que alrededor de mil hectáreas por día son las afectadas, lo que arroja como promedio que en quince días se deforesta la superficie de lo que es la Ciudad de Asunción prácticamente es un promedio que varía en ciertos meses y que pasa a las mil doscientas hectáreas en ciertos momentos y en otros descien- de a las ochocientas hectáreas, sacando como promedio final como mencionamos anteriormente mil hectáreas en la citada región.

► CONCLUSIÓN

- Entre los puntos destacables del presente trabajo de investigación se resalta cuanto sigue:
- En un principio esta investigación pretendió corroborar el número de hectáreas dañadas y recompuestas según las condenas judiciales, pero esto resulto imposible pues no se encuentra en ningún registro del las instituciones judiciales ni del Ministerio Público con respecto a estos datos.
- Se pudo comprobar que la Ley de Deforestación 0 redujo las tasas de deforestación significativamente hasta el año 2012 constituyéndose en una experiencia innovadora y con re-



sultados positivos para la protección de los bosques al articularse acciones interinstitucionales y con la participación de la sociedad civil con estrategias en conjunto.

- Haciendo un contraste entre los datos proveídos por el Poder Judicial y los proporcionados por el Ministerio Público se nota una disparidad entre las denuncias realizadas las cuales arrojan un número ínfimo en comparación a las hectáreas de deforestación que son manejadas por la SEAM, a través de su sistema de monitoreo satelital.
- Existe una necesidad mayor de coordinación de acciones institucionales tanto internas como externas entre el Poder Judicial, Ministerio Público y la SEAM.
- Carencia de datos que permitan la construcción de una Política Criminal Ambiental que contenga acciones precisas, medibles, planificadas interinstitucionalmente hasta la fecha para dar respuesta a los altos actuales niveles de deforestación ilegal.

A los efectos de poder plantear la construcción de una Política Criminal Ambiental a nivel nacional y regional se hace necesario la implementación de observatorios nacionales de criminalidad ambientales cada país del Mercosur que puedan alimentar a un observatorio regional de la criminalidad ambiental a fin de lograr una eficiente respuesta integral a los hechos punibles ambientales. Esto atendiendo a que los ecosistemas no reconocen las fronteras políticas delimitadas por el hombre y las acciones que se producen en un ecosistema compartido entre países generan consecuencias mas allá de las fronteras políticas.

Un observatorio Nacional de la Criminalidad Ambiental como bien se dijo es de importancia tanto al País en si como a las diferentes regiones para poder hacer el cruzamiento de datos ya que su finalidad es la de aportar información estratégica que contribuya a mejorar el diseño e implementación de planes, programas y políticas institucionales.

Como exprese anteriormente el flujo de información y que esté al alcance de todos es de suma importancia evitando así lo que se conoce como el obscurantismo por así decirlo de la situación real



sobre el medio ambiente, un observatorio nacional aportaría exactamente lo necesario para poder incluso generar presión a las instituciones encargadas de tener esos datos para que se encuentren a disposición de todos y así poder planificar bien las estrategias políticas que se llevaran a cabo.

El observatorio se encargaría de sistematizar, analizar y difundir información sobre la criminalidad, las infracciones a la Ley penal y la violencia que genera el daño medio ambiental dentro de la región.

La generación de datos mínimos por parte de las instituciones involucradas en todos los niveles tanto central como local, además del Poder Judicial, Policía Nacional y Ministerio Público aportarían mucho más debido a que actualmente no se pueden encontrar dichos datos en algunos países, tal como lo comprobé en el país que nació (Paraguay).

¿Cuáles serían los datos mínimos a los que se debería tener acceso para generar un análisis sobre el nivel de respeto a la norma?

Los datos mínimos a los que se debería de tener acceso sería sobre las sanciones mínimas y máximas ya sancionadas, también la recomposición de los daños comparando con los daños que realmente se produjeron generando así información comparativa que permita visualizar el estado de los esfuerzos para poder cuidar nuestro medio ambiente.

Estos son datos que mínimamente se deberían tener para poder iniciar una política criminal nacional.

La creación de los juzgados en el fuero ambiental son necesarios en la actualidad, en el cual los jueces sean personas idóneas y especializados en lo que refiere a la materia en lo ambiental. Esto permitiría descongestionar el flujo de expedientes en el fuero penal que actualmente se tiene y que los jueces puedan dar una mejor aplicación de las actuales leyes ya que los mismos realmente entienden mejor ciertos aspectos

► A MODO DE FINALIZAR

“La investigación científica arranca con la percepción de que el acervo de conocimiento disponible es insuficiente para manejar



determinados problemas. No empieza con un borrón y cuenta nueva, porque la investigación se ocupa de problemas, y no es posible formular una pregunta –por no hablar ya de darle respuesta- fuera de algún cuerpo de conocimiento: sólo quienes ven pueden darse cuenta de que falta algo” (Bunge 1983).

BIBLIOGRAFIA

- MERLO FAELLA, Ricardo; CAÑIZA, Hugo Enrique, Derecho Ambiental, Asunción, Editora Marben, 2015.
- BINDER, Alberto, Política criminal De la formulación a la mala praxis, Buenos Aires, Editorial AD-HOC. 1997.
- BUNGE, Mario, La investigación científica. Barcelona, 1979.
- PROCURADuría ADJUNTA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL MEDIO AMBIENTE DE EL SALVADOR, Anales del Seminario Aspectos políticos criminales del delito ecológico. San Salvador, 1994.
- ONU, Extraído de: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/combater-el-cambio-climatico/> Consultado en fecha: 15/10/2017
- DIARIO ABC COLOR, "Los números de la Deforestación", Paraguay, 2015. Extraído de: <http://www.abc.com.py/multimedia/infografias/los-numeros-de-la-deforestacion-1416373.html> ; Consultado en fecha 14/07/2016.
- CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1992 DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, Justicia Electoral - Art. 8°.
- Ley 1160/97 Código Penal Paraguayo - Artículo 13 inc. 1.
- Ley 716/95 "Que sanciona los delitos contra el Ambiente" - Art. 1° y 4°.
- 4- Ley 2524/04 "De Prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques" - Art 2°.

●●●●●●●● PALABRAS CLAVE:

Política, Ambiente, Deforestación, PAN.

●●●●●●●● KEYWORDS:

Politics, Environment, Deforestation, PAN.

DERECHO DEPORTIVO



-
- ▶ LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA DEL DEPORTE EN PARAGUAY.
 - ▶ LA ESTRUCTURA DE LA LUCHA ANTIDOPAJE EN EL PARAGUAY. EL PELIGRO DE RECURRIR A LOS TRIBUNALES ORDINARIOS. EL CASO JULIO CÉSAR CÁCERES.





La organización jurídica del deporte en Paraguay

Gerardo Luis Acosta Pérez ¹

► SUMARIO

El deporte es objeto de interés de los Estados que han legislado sobre los diferentes aspectos de esta actividad. El Paraguay no es ajeno a esta tendencia universal. Esta legislación debe tener en cuenta que el deporte es una cuestión privada que genera un interés público, por lo que la normativa surge de ambas fuentes, la pública derivada del poder legislador del Estado, en sus diferentes formas (ley-decreto-resolución) y la privada, producto de la capacidad de autonormación del movimiento deportivo federado y olímpico. Nuestra reflexión incluye no sólo la organización institucional, pública y privada del deporte, sino los diferentes aspectos, tales como resolución de litigios, organización y comercialización de eventos deportivos; y deporte profesional, que tienen que ver con el desarrollo de una actividad que concita cada más interés en la población. Al final queda determinado que la legislación nacional es aún insuficiente con relación al fenómeno social contemporáneo sobre el cual se ha legislado, en especial en lo que se refiere a la reglamentación de la Ley del Deporte que celebra más de un decenio de vigencia.

► ABSTRACT

The Sport is an object of interest for the States that have legislated about the different aspects of this activity. Paraguay is not unaware to this universal trend. This legislation must have into consideration that Sport is a private issue that generates a public interest, so the regulations arise from both sources, the public one from the Legislative Branch of the State, in its different ways (law - decree - resolution) and the private one, product of the capacity of auto regulation of The Federated and Olympic Sports movement. Our reflection includes not only the institutional, public and private organization of sport, but the different aspects, such as dispute resolution, organization and trade of sport events; and profesional sport, that has to do with the development of an activity that draws in more and

¹ Abogado - Notario (UNA); Master en Derecho, Economía y Gestión del Deporte (Universidad de Limoges); Master en Derecho Deportivo (Universidad de Lleida); Master en Management de Organizaciones Deportivas (Universidad de Lovaina); Profesor de Derecho Deportivo (UNA); Arbitro TAS/CAS; Secretario General – Federación Paraguaya de Atletismo; Presidente comisiones jurídicas: CONSANAT y CONSUDATLE.



more the population's interest every time. At last it is determined that National regulation is still insufficient in relation to the contemporary social phenomenon on which it has been legislated, especially what concerns to the regulation of the Sport Law that celebrates more than a decade of being legally binding.

► INTRODUCCIÓN

Una aproximación a la organización jurídica del deporte en Paraguay, nos obliga en primer lugar a determinar los organismos (entendido en el sentido de “instituciones” o “entidades”) que gobiernan el deporte paraguayo, tanto desde la administración pública como el sector privado (1. Organización general del deporte), pasando luego a los mecanismos de solución de controversias previstos en la legislación (2. Sistema de resolución de litigios), sin olvidar las características generales de los eventos deportivos (3. Organización de eventos deportivos) y el mecanismo de comercialización de los derechos que de ellos surgen (4. Comercialización de eventos deportivos), terminando con la exploración del deporte profesional (5. Deporte profesional y leyes laborales) así como el sistema tributario aplicado al deporte (6. Impuestos en el deporte) y algunos aspectos relativos a diversos temas vinculados a la práctica deportiva (7. Especificidades del deporte).

► ORGANIZACIÓN GENERAL DEL DEPORTE

La organización del deporte paraguayo puede ser estudiada desde dos perspectivas. Por un lado, la organización pública del deporte, por otro lado la organización privada del deporte.

Desde el primer punto de vista, a partir de la Constitución de 1992, que es la primera en incluir al deporte en su texto, el Estado paraguayo ha asumido obligaciones respecto de su promoción. En efecto, la Constitución vigente hasta ahora, en su artículo 84, que forma parte del Capítulo dedicado a la Educación, en la parte de los derechos de la persona, dice:

“El Estado promoverá los deportes, en especial los de carácter no profesional, que estimulen la educación física, brindando apoyo económico y exenciones impositivas a es-



tablecerse en la ley. Igualmente, estimulará la participación nacional en competencias internacionales”.

Y es partir de este soporte constitucional, que en el año 2006 se promulga la Ley 2874 “Del Deporte”, inspirada también en la forma de gestión de gobierno que ha adoptado Paraguay conforme al art. 1 de la misma Constitución, que dice: “... **La República del Paraguay ... Se constituye en un Estado Social de derecho...**”.

Abandona por tanto Paraguay la forma liberal de Estado y se adhiere a la corriente del Estado providencia, que aparece ante la profunda crisis en la idea de abstencionismo que inspiraba al constitucionalismo liberal. Se produce así “*el advenimiento... del constitucionalismo social, cuyo paso final es la incorporación, a los textos constitucionales, de los llamados derechos sociales*”² culminando un proceso evolutivo “*en la consecución de los fines de interés general que no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en acción mutua Estado-sociedad*”³.

En este grupo de derechos de tercera generación, que sucede a los derechos políticos y económicos, surge como un aspecto importante la promoción de la salud a través del deporte. “*Esta reciente constitucionalización del deporte no es algo espontáneo (Cazorla) sino producto de la evolución del concepto de estado liberal al estado providencia, que proporciona las prestaciones materiales a todos los ciudadanos, exigiéndose una acción positiva de aquel para dotar a éstos de unas condiciones mínimas de calidad de vida*”⁴.

Basados en estas consideraciones doctrinarias, la Ley del Deporte creó la Secretaría Nacional de Deportes, que es un organismo público dependiente del Poder Ejecutivo que tiene por finalidad “*la implementación de la presente Ley (Del Deporte) y su reglamentación, para lo cual deberá proponer una política nacional de deportes, promover la cultura deportiva y la práctica de los deportes en la población, asignar recursos a actividades deportivas y supervisar las entidades deportivas en todo el territorio nacional, conforme a los alcances establecidos en la presente Ley*”.

La Secretaría está dirigida por el Secretario Nacional de Depor-

² Zarini, Helio Juan; Derecho constitucional, pág. 10.

³ Souvirón, José María; “Fronteras entre lo público y lo privado” en Derecho del deporte. El nuevo marco legal, pág. 53.

⁴ Moya, María Victoria; “El art. 43.3 de la Constitución Española” en La Constitución y el Deporte, pág. 33.



tes, funcionario con rango de Ministro.

Del otro lado, desde inicios del siglo XX, se organizaron privadamente las federaciones deportivas nacionales, primero, y por último, hacia 1980, el Comité Olímpico Paraguayo. Las federaciones deportivas nacionales están regidas en primer lugar por las leyes de carácter civil que rigen a las asociaciones sin fines de lucro. Está claro que la forma asociativa que utilizan estas entidades es aquella prevista en el Libro Primero, Título II, Capítulos I, II y III del Código Civil Paraguayo. En la normativa citada se prevé la posibilidad de existencia de dos formas diferentes de asociaciones civiles, las reconocidas de utilidad pública y las de capacidad restringida. La diferencia entre ambas deviene de las formalidades para la obtención de personería jurídica y de la capacidad patrimonial.

Las asociaciones reconocidas de utilidad pública obtienen la personalidad jurídica mediante aprobación de su estatuto por el Poder Ejecutivo y posterior inscripción en el Registro Público respectivo, en tanto que las de capacidad restringida solo precisan inscribirse en el Registro Público. Las modificaciones de su estatuto precisan también la aprobación del Poder Ejecutivo.

Asimismo, las asociaciones reconocidas de utilidad pública pueden recibir legados y donaciones testamentarias, lo que le está vedado a las de capacidad restringida.

El Comité Olímpico Paraguayo, comparte con las federaciones deportivas la forma de personalidad jurídica, en el ámbito del derecho civil, sin ninguna consideración especial, salvo lo que se establece en el art. 34 de la Ley del Deporte: *“El Comité Olímpico Paraguayo se rige por la Ley, sus estatutos y reglamentos y por las disposiciones internacionales que le sean aplicables, siempre que no violen la legislación nacional. El Comité Olímpico Paraguayo únicamente podrá incluir en sus registros a las entidades deportivas debidamente inscriptas en la Secretaría Nacional de Deportes y que practiquen las disciplinas deportivas de carácter olímpico, reconocidas como tales por el Comité Olímpico Internacional. Tendrá la representación del pueblo paraguayo ante el Comité Olímpico Internacional. Su misión esencial es fomentar el desarrollo del deporte olímpico y difundir sus ideales...”*

A la personalidad jurídica civil debemos agregarle que, para ser



consideradas como instituciones deportivas, precisan también del reconocimiento de la Secretaría Nacional de Deportes, tal como lo establece la Ley del Deporte cuando dice: “La ley 2874/06 ha consagrado específicamente el monopolio de las actividades deportivas por parte de las federaciones, en los artículos 29 y 31 que dicen:

Artículo 29. *La Secretaría Nacional de Deportes autorizará la constitución de las Federaciones Deportivas, debiendo existir una por cada distrito a la que estén afiliadas al menos cinco clubes. Asimismo, deberá haber una por cada departamento a la que estén afiliadas todas las Federaciones de Distrito y una Federación Deportiva Nacional a la que estén afiliadas todas las Federaciones Departamentales, que podrán llevar la denominación de Confederación.*

Artículo 31. *La Secretaría Nacional de Deportes autorizará la constitución de una entidad oficial por cada disciplina deportiva, con alcance nacional que incluya a todas las entidades que practiquen un determinado deporte. Dicha entidad tendrá la consideración de Federación Deportiva Nacional. En caso de existir más de una por deporte o grupo de disciplinas afines, tendrá la consideración de Federación Deportiva Nacional aquella de más antigua creación y obtención de personería jurídica.*

En otras palabras, una federación deportiva tiene una doble personalidad jurídica, una en el ámbito civil y otra en el ámbito deportivo.

Finalmente los clubes siguen siendo hasta hoy asociaciones civiles sin fines de lucro, aunque participen en competencias profesionales, adoptando las mismas formas de personalidad jurídica de las federaciones deportivas, y debiendo también ser reconocidas por la Secretaría Nacional de Deportes.

El gobierno compartido, entre la Secretaría Nacional de Deportes y las federaciones deportivas o el Comité Olímpico Paraguayo, ocurre a través de la subvención pública, que es el medio que utiliza el Estado para promover el deporte en Paraguay. La Ley del Deporte creó el Fondo Nacional de Desarrollo del Deporte, como una cuenta de afectación especial que, a partir de 2010, tiene recursos que provienen de un impuesto al consumo de alcohol y tabaco. El dinero de ese Fondo es utilizado para la construcción de instalacio-



nes deportivas, para la ejecución de los planes estratégicos de las federaciones deportivas y el Comité Olímpico Paraguayo, y para los planes de entrenamiento de los atletas de alto nivel.

► SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS

A partir del hecho de que las federaciones deportivas (y el Comité Olímpico Paraguayo) son personas jurídicas privadas, las decisiones que adopten sus órganos de gobierno, están sometidas a los mecanismos de recursos jurisdiccionales establecidos en las leyes de Paraguay.

Para ello, partiendo nuevamente de la Constitución, encontramos que el art. 16 dice: ***“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”***.

Esta disposición constitucional se enfrenta a la tradicional prohibición de recurso a la justicia ordinaria que se contienen en los estatutos de las federaciones deportivas nacionales, como copia de lo que disponen las respectivas federaciones deportivas internacionales. Sin embargo, en el caso de las últimas, la reciente inclusión de la posibilidad de un recurso al Tribunal Arbitral del Deporte, con sede en Lausana, ha terminado con este enfrentamiento, al ofrecerse a las partes involucradas en el deporte, un recurso ante un tribunal que reúne los requisitos de independencia e imparcialidad.

En Paraguay, la Ley del Deporte ha intentado seguir la misma vía, mediante las siguientes disposiciones:

Artículo 44. *La Secretaría Nacional de Deportes organizará un procedimiento de conciliación y arbitraje para la resolución de conflictos deportivos que opondan a los deportistas y clubes deportivos con sus respectivas Federaciones Deportivas y Ligas.*

Artículo 45. *El procedimiento de conciliación y arbitraje será establecido por vía reglamentaria, debiendo sujetarse a las condiciones siguientes:*

- a) *se constituirá una Comisión de Conciliación y Arbitraje ad hoc, cuyos miembros serán nombrados en forma paritaria por la Secretaría Nacional de Deportes, el Comité Olímpico Paraguayo,*

- las Federaciones Deportivas y los deportistas con licencia en vigencia.
- b) la aplicación de fórmulas específicas de conciliación y arbitraje acordes con la legislación del Estado en la materia.
 - c) el sometimiento obligatorio de todos los conflictos a que se hace referencia en el presente Capítulo, con prescindencia de cualquier otra jurisdicción, especialmente la civil y administrativa.
 - d) sistema de recusación de quienes realicen funciones de conciliación o arbitraje.
 - e) procedimiento a través del cual se desarrollarán estas funciones, respetando los principios constitucionales y, en especial, los de contradicción, igualdad y audiencia de las partes.
 - f) métodos de ejecución de las decisiones o resoluciones derivadas de las funciones conciliatorias o arbitrales.

Artículo 46. *La interposición del recurso ante la Comisión de Conciliación y Arbitraje tendrá el efecto de suspender la ejecución de la sanción o decisión recurrida, salvo que existan justas causas para que la misma sea ejecutada. El Presidente de la Comisión determinará en cada caso la existencia de la justa causa.*

Artículo 47. *Las resoluciones adoptadas en estos procedimientos tendrán los efectos previstos en la ley respectiva. El único recurso que podrá ser interpuesto es el de apelación al Tribunal Arbitral del Deporte con sede en Lausana (Suiza).*

Desafortunadamente, esta parte de la Ley aún no ha sido ejecutada por la Secretaría Nacional de Deportes, por lo que las partes vinculadas al deporte (deportistas, clubes, árbitros, oficiales) sólo tienen la acción civil para proteger sus derechos. En este orden de ideas, dos soluciones se presentan como posibles, la primera es recurrir al juicio de amparo que es una acción rápida de protección de derechos constitucionales. La otra, es el juicio ordinario de nulidad de acto jurídico, considerando que toda decisión de una persona jurídica privada es un acto jurídico civil.

La primera acción presenta el problema de encontrar un derecho constitucional infringido, en tanto que la segunda, al ser un juicio ordinario, podría durar varios años, lo que no es compatible con la inmediatez del fenómeno deportivo.



Finalmente contra las decisiones emanadas de la Secretaría Nacional de Deportes procede el recurso contencioso-administrativo ante el respectivo Tribunal.

► ORGANIZACIÓN DE EVENTOS DEPORTIVOS

No existe una legislación especial en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes vinculadas a la organización de eventos deportivos, con excepción de una ley de prevención de la violencia en los estadios deportivos (Ley Nº 1866 de 2002).

Por lo tanto, debemos recurrir al Código Civil para determinar las posibles consecuencias jurídicas de los eventos deportivos. En ese sentido, podemos considerar que el organizador de un evento deportivo presta un servicio a los deportistas y clubes, así como a los espectadores, rigiéndose su relación con ellos, por lo que se establezca en los contratos, y subsidiariamente con las normas del contrato de prestación de servicios.

En cuanto al régimen de responsabilidad, siguiendo el mismo pensamiento, serán las normas sobre responsabilidad civil contractual las que se aplicarán o, eventualmente, las normas de responsabilidad extracontractual.

En estos aspectos, las normas jurídicas paraguayas son semejantes a las contenidas en las legislaciones de los países de tradición “romano germánica”. Sin embargo, al no haber una legislación específica, es recomendable que todos los aspectos del evento deportivo sean contemplados en contratos, para evitar la utilización subsidiaria de una legislación no pensada para este tipo de manifestaciones públicas. Lastimosamente, ello no ocurre, lo que expone a los organizadores (clubes o federaciones) a importantes riesgos jurídicos.

► COMERCIALIZACIÓN DE EVENTOS DEPORTIVOS

Tampoco existe una legislación especial en cuanto a la comercialización de los eventos deportivos, por lo que nuevamente en este aspecto será el contrato la principal fuente de derechos y obligaciones para las partes.

En Paraguay, solamente el fútbol ha desarrollado normas estatutarias referidas a la comercialización de eventos. El Estatuto



de la Asociación Paraguaya de Fútbol declara que la propiedad de los derechos comerciales de los eventos que organiza y/o en los que participa, le pertenecen. Esto quiere decir que la federación de fútbol es la propietaria de los derechos intelectuales de los campeonatos que organiza, entre los que se destaca la “División de Honor” (considerada profesional), así como de su participación en las competiciones organizadas por la Confederación Sudamericana de Fútbol y la Federación Internacional de Fútbol Asociado.

Como propietaria de los derechos de autor de los eventos que organiza y/o en los que participa, la Asociación Paraguaya de Fútbol, se encuentra protegida por la Ley 1328 de 1998 que regula los derechos de autor.

La Asociación Paraguaya de Fútbol negocia, en representación de sus clubes, los derechos de emisión audiovisual del campeonato de la “División de Honor” y el dinero que paga el cesionario de esos derechos, es redistribuido entre los clubes participantes. Asimismo, negocia los derechos audiovisuales de la participación del equipo de Paraguay en la fase de calificación para la Copa del Mundo FIFA. Hasta el 60% del dinero producido por este concepto, es utilizado en la participación en dicha competición, y el 40% es redistribuido entre los asociados de la federación.

En ambos casos, los derechos audiovisuales son negociados sin que exista un marco jurídico regulatorio, lo que ha hecho que se cree una especie de monopolio, que el cesionario asegura mediante cláusulas de preferencia insertas en los contratos. No existe en Paraguay una regulación semejante a la adoptada por la Unión Europea, que garantice al público el acceso a ciertos eventos de manera gratuita. Incluso, el derecho a la información establecido en el art. 27 de la Constitución Nacional estaría siendo violado, por la supuesta exigencia del cesionario de los derechos de que el resumen informativo de la competición sea transmitido en los noticieros generalistas sólo después de que lo haya hecho el canal de aire con el cual mantiene una relación contractual.

► DEPORTE PROFESIONAL Y LEGISLACIÓN LABORAL

En Paraguay, entre los deportes colectivos, sólo el fútbol es con-



siderado profesional, pero profesionales solo los jugadores, no así los clubes. Los clubes que participan en la competición profesional continúan manteniendo la forma jurídica de asociaciones civiles sin fines de lucro. Incluso no existe una legislación que les permita adoptar la forma de sociedades comerciales.

En lo que tiene relación con el futbolista profesional, está vigente en Paraguay la Ley 5322 de 2014, que modificó totalmente a las leyes 88 de 1991 y 3580 de 2008.

Conforme a la mencionada ley, la relación entre los clubes y futbolistas es un Contrato de Trabajo Deportivo: *“Artículo 2.º Habrá contrato válido a los fines de la presente ley cuando una parte se obligue por tiempo determinado a jugar al fútbol, integrando equipos de una entidad deportiva y ésta a acordarle por ello una retribución en dinero. Son partes en el contrato:*

- a) *los Clubes de la División de Honor o los que participen del campeonato de mayor jerarquía que organiza la Asociación Paraguaya de Fútbol.*
- b) *los Clubes de la División Intermedia, de conformidad al estatuto de la Asociación Paraguaya de Fútbol.*
- c) *los futbolistas calificados como profesionales por dichos clubes, siempre que hayan cumplido la edad de dieciocho años, con una duración mínima desde la fecha de inscripción hasta el final de la temporada y la duración máxima será de cinco años.*
- d) *los futbolistas de dieciséis años con una duración no mayor a tres años.*
- e) *los Clubes de la División de Honor y Categoría Intermedia deberán iniciar la temporada anual deportiva con un plantel de jugadores profesionales debidamente habilitados, conforme al reglamento de la Asociación Paraguaya de Fútbol y de la Federación Internacional del Fútbol Asociado (FIFA).*

En Paraguay, solo pueden ser empleadores de futbolista profesionales, los clubes que participan en las competiciones de la División de Honor (12) y los clubes que participan en la División Intermedia (16), que son las dos primeras divisiones de competición del país. Alguna teoría se ha desarrollado acerca de la posibilidad de que los clubes de otras divisiones puedan tener una relación laboral con sus futbolistas, basados en el derecho laboral paraguayo.



Pero nosotros creemos que al existir una legislación especial en la materia, por el principio *lex specialis derogat generalis*, el texto claro del artículo 2º de la Ley 5.322 impide esta posibilidad.

Siguiendo con el empleador, un caso especial que sucede en Paraguay es el que se conoce como “Contrato de Gerenciamiento”, con el cual los clubes incapaces de administrar su participación profesional, han tratado de darle una forma comercial, que de hecho se merece, a dicha participación. Con el nombre de “gerenciamiento” aparecen sociedades comerciales de los más diversos géneros que establecen relaciones contractuales con los clubes que participan en la competición profesional, para hacerse cargo de los equipos que en ellas compiten, mediante el pago de un canon anual al club y la asunción de la responsabilidad laboral frente a los futbolistas profesionales. La figura del “gerenciamiento” merece un estudio más profundo que no es objeto de este capítulo.

Los “gerenciadores” contratan a jugadores para hacerlos jugar en el club que administran. El objeto del contrato es la prestación de la actividad deportiva en la estructura empresarial del empleador. Es por ello que en estos casos, como excepción a la regla, consideramos posible que una persona jurídica no vinculada a la asociación nacional pueda contratar deportistas profesionales. Nuestra postura ha sido confirmada, de alguna manera, por el Tribunal Arbitral del Deporte en el caso TAS 2005/A/799 KSK Beveren c/ Mimosas, donde se definió que en el concepto amplio de club, se incluye a la asociación civil de índole deportiva y a la sociedad comercial que administra sus actividades vinculadas a la competición profesional, otorgándoles legitimación tanto activa como pasiva.

En lo que se refiere al futbolista, conviene iniciar nuestro análisis estableciendo el criterio que diferencia al futbolista profesional del aficionado, ya que ambos, son desde un principio, deportistas con una licencia o ficha que los habilita para participar de las competiciones deportivas federadas. “*Lo que distingue al deportista profesional del aficionado es la tasa de remuneración: la distinción versa sobre la importancia de la remuneración y no sobre la naturaleza de la actividad ejercida*”⁵ que será igual en uno y otro. Tanto el aficionado como

⁵ Ngadomane, Jean-Baptiste. L'exploitation commerciale du sportif professionnel. Thèse. Pág. 19



el profesional ocupan gran parte de su tiempo en la preparación atlética para la competición, tratando de obtener los mejores rendimientos individuales y grupales. Solo que uno, el aficionado, lo hace por el mero placer del perfeccionamiento del gesto atlético, en tanto que el otro, el profesional se dedica a tal actividad como medio de conseguir su sustento de vida⁶.

El futbolista profesional ha sido primero un aficionado y, por lo tanto, vinculado con su club por un contrato deportivo, del que la licencia es su materialización visible, y que se constituye en el único vínculo entre las partes. Pero al alcanzar el profesionalismo, este contrato deportivo ha pasado a ser un accesorio de una relación diferente, una relación laboral, que precisa de la licencia para la participación en la competición deportiva, pero no para la validez del contrato. Es por ello que, siguiendo a la legislación española, convendría definir a los futbolistas profesionales como aquellos que *“en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dedican voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución”*⁷, volviendo a subrayar la noción de retribución como diferenciación entre éstos y los aficionados.

Sin embargo, no cualquier futbolista federado puede llegar a ser un trabajador, ya que para la suscripción del contrato respectivo, entran en juego las reglas de la capacidad de contratación establecidas en la legislación paraguaya. Para ello debemos tomar en cuenta primero que se trata de una obligación *intuitu personae*⁸ que debe ser ejecutada por una persona física, como es el caso de nuestro futbolista. El trabajador no podrá ser nunca una persona moral o jurídica⁹. En nuestro país se han establecido límites a la capacidad de contratar, fijando en 18 años la edad mínima para suscribir un Contrato de Trabajo Deportivo con una duración de 5 años, y en 16 años para suscribir el mismo contrato pero con 3 años de duración. Esta diferenciación que hace la ley de paraguay tiene por objetivo ponerse en línea con lo que dispone el Reglamento

⁶ Sanino, Mario. “La organización del deporte en Italia” en *El derecho deportivo*. Pág. 123.

⁷ Ramírez, Juan M. *Curso de Derecho del Trabajo*. Pág. 545.

⁸ Zen-Ruffinen, Piermarco. *Droit du Sport*. Pág. 183.

⁹ Sardegna, Miguel Angel. *Ley del Contrato de Trabajo*. Pág. 209.

sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores de FIFA.

Los derechos y obligaciones de las partes pueden ser estudiados a partir del club empleador y el futbolista trabajador.

► EL CLUB EMPLEADOR

El club de fútbol, es el empleador del futbolista profesional, y en la ejecución del contrato de trabajo asume diversas obligaciones, entre las cuales adquiere singular importancia el otorgamiento de ocupación efectiva, el pago de remuneraciones en el tiempo oportuno, la proporción de atención médica adecuada, el pago de gastos de traslado y concentración; y el otorgamiento de descansos obligatorios.

En cuanto a la ocupación efectiva, este derecho está consagrado en el Código Laboral, de aplicación subsidiaria al Contrato de Trabajo deportivo. La obligación del club se cumple permitiéndole participar de todas las sesiones preparatorias a la competición oficial, para que el futbolista desarrolle con toda libertad sus habilidades y pueda, en caso de ser convocado, obtener suceso durante la prestación ante el espectador.

La segunda obligación principal del club empleador es el pago regular de las remuneraciones pactadas con el futbolista trabajador. Pero he aquí que la norma en estudio contiene algunas modificaciones al régimen general de pago de remuneraciones contenidas en la legislación general. Así del pago dentro de los cinco días siguientes al devengo del salario, en el fútbol el plazo ha sido extendido a diez días. Y por otra parte un simple atraso mensual no es suficiente para que se produzca agravio suficiente que permita la terminación del contrato de trabajo.

La ley paraguaya establece: “Art. 16. El club está obligado a: a) pagar las estipulaciones económicas y cumplir las demás prestaciones establecidas en el contrato” y “Art. 7°. Las remuneraciones devengadas, incluidos los sueldos y otros beneficios pactados deberán ser pagados por el club dentro de los diez días siguientes al nacimiento de la obligación”.

Nuestra Ley establece, en lo que respecta a la atención médica: “Art. 16°. El club está obligado a: ... b) otorgar asistencia médica integral, para asegurar el desempeño eficiente de las actividades del futbolista. Asi-



mismo la Asociación Paraguaya de Fútbol con Futbolistas Agremiados del Paraguay (FAP), establecerán un sistema de Seguro Médico Familiar y de riesgos, hasta tanto se organice el régimen provisional por Ley...”.

Los futbolistas no están asegurados en el régimen previsional, a pesar de ser un derecho de la fundamental de la persona.

En lo que se refiere al descanso semanal, nuestra legislación prevé que el mismo debe disfrutarse de manera continua durante 24 horas. Sin embargo, “la práctica deportiva indudablemente lleva inherente el disfrute fraccionado el descanso semanal”¹⁰ ya que es muy difícil, por el ritmo actual del fútbol profesional, conceder una licencia de 24 horas corridas.

En lo que respecta a los 30 días de descanso anual, que si bien son obligatorios, pueden fraccionarse.

► EL FUTBOLISTA TRABAJADOR

Como trabajador en relación de dependencia, el futbolista profesional se ve sometido a las reglas propias de la subordinación al empleador, y en especial a trabajar para el mismo. La cuestión a dilucidar es cuando y como trabaja del futbolista profesional. En este sentido su principal obligación es la diligencia en su trabajo, a las que debe sumarse una obligación de cuidado personal, y de cumplimiento del horario de trabajo.

La diligencia en la prestación del servicio, “como el de cualquier trabajador, no implica la exigencia de un determinado resultado”¹¹, personal y mucho menos de conjunto, es decir “que su esfuerzo individual puede ser valorado y responder sobre él, pero no puede hacerse cargo de la falta de diligencia o empeño de sus restantes compañeros de equipo”¹². “Durante el entrenamiento el deportista debe probar su aptitud para participar en la competición”¹³.

Es posible que, sin considerar el verdadero sentido del deber de diligencia, obligación más importante a cargo del futbolista, es la de participar en las sesiones de entrenamiento y todas las actividades preparatorias a la competición. Así está contenida en los

¹⁰ Carceller, José Luis y otro. La relación laboral especial de los deportistas profesionales. Pág. 63.

¹¹ Rubio, Francisco. El contrato de trabajo de los deportistas profesionales. Pág. 201.

¹² Barbieri, Pablo. Fútbol y Derecho. Pág. 141.

¹³ François Mandin. “Les obligations du sportif professionnel” en Les contrats des sportifs. L’exemple du football professionnel. Pág. 168.



incisos b), c) y f) del artículo 18 de la Ley.

En cuanto al cuidado de su vida personal, aunque no está legislado, consideramos que forma parte del deber de diligencia establecido en la Ley.

Los horarios de trabajo son impuestos por el empleador y por supuesto no puede considerarse como horas extras, la participación en la competición oficial que ocurre los días de descanso para cualquier otro trabajador.

► CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL CONTRATO

Entre las características especiales de esta relación laboral, podemos analizar: la duración del contrato, la forma escrita y el registro, las remuneraciones del futbolista, la potestad disciplinaria, y el contencioso laboral en el fútbol.

En lo que se refiere a la duración del contrato, la Ley establece que como mínimo será hasta el final de la temporada en la que se firme, y como máximo cinco años, si el futbolista es mayor de 18 años, y tres años si es menor de 18 pero mayor de 16 años. No existe una obligación de prórroga unilateral como había bajo la vigencia de la Ley 3580.

La legislación de Paraguay exige la forma escrita y el registro de los contratos en la Asociación Paraguaya de Fútbol. Este registro tiene efectos *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, con lo que un contrato no registrado, sigue siendo válido para las partes.

Como dijimos antes, el futbolista debe percibir sus salarios dentro de los diez días del mes siguiente, y cuando el club se atrasa en el pago de dos meses de salario, puede considerarse despedido, luego de terminado un proceso administrativo ante la Asociación Paraguaya de Fútbol que es el siguiente:

El futbolista presenta un reclamo diciendo que le adeudan dos meses o más de salario.

La Asociación Paraguaya de Fútbol intima al club a que pague los salarios adeudados, o presente pruebas de haberlos pagado.

Luego de 10 días, si el club no paga o no presenta las pruebas, el jugador es declarado libre y puede contratar con otro club.

Y también tiene derecho a recurrir a un juzgado laboral, para



reclamar el pago de los salarios adeudados y las indemnizaciones a las que tenga derecho.

En el momento en que se realice una transferencia del registro del futbolista, el mismo tiene derecho a recibir el 12%, si es una transferencia nacional, y el 20%, si es una transferencia internacional, del precio de transferencia pagado por el nuevo club. Este derecho, según la Ley es irrenunciable.

El club ejerce con respecto a su futbolista una potestad disciplinaria laboral, que en nada tiene relación con la potestad disciplinaria deportiva que es ejercida por la Asociación Paraguaya de Fútbol. Por eso no se comprende que la Ley establezca: “*Artículo 19. En el caso en que el futbolista falte al cumplimiento de sus obligaciones con el Club, este podrá adoptar las medidas previstas en el contrato o en el Reglamento Interno, consistente en amonestación y suspensión por un período que no podrá exceder de sesenta días por cada falta de una misma temporada, previo sumario administrativo, y su sanción deberá ser comunicada a la Asociación Paraguaya de Fútbol*”. La notificación a la federación de fútbol no tiene efectos jurídicos, a menos que se pretenda extender al ámbito deportivo una sanción laboral.

También según la ley, los jueces del trabajo tienen jurisdicción y competencia para resolver los litigios, no obstante se permite una resolución privada de controversias en órganos de representación paritaria, a ejemplo de lo que ocurre con la Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA:

Artículo 22. *Los Tribunales de Trabajo tendrán competencia para el conocimiento y decisión de todas las cuestiones de carácter contencioso que susciten la formación, cumplimiento o alteración de las relaciones individuales o colectivas previstas en esta ley.*

Artículo 30. *A los efectos de resolver los litigios relacionados con la presente ley en el ámbito administrativo, la Asociación Paraguaya de Fútbol deberá crear un Tribunal conforme al Reglamento de la Federación Internacional del Fútbol Asociado (FIFA).*

El contrato del futbolista profesional se extingue por varios motivos expresamente determinados en la legislación:

Artículo 24. *El contrato se extingue por:*

a) *Mutuo consentimiento.*



- b) *El vencimiento del plazo contractual.*
- c) *El incumplimiento de las obligaciones contractuales por una parte y a petición de la otra.*
- d) *Por la transferencia definitiva.*
- e) *Por la ruptura sin justa causa del contrato. En todos los casos para las indemnizaciones se observarán las reglas previstas en el artículo 17 inciso 2), de los Estatutos de la Federación Internacional del Fútbol Asociado (FIFA).*

Artículo 25. *En los casos de resolución del contrato por culpa del Club, el futbolista tendrá derecho a una indemnización igual a las retribuciones que le restan percibir en virtud del contrato correspondiente a ese año.*

De esta normativa, nos interesa resaltar la contradicción que existe entre el inciso e) del artículo 24, que permite el cálculo de la indemnización por ruptura del contrato siguiendo las reglas previstas en el art. 17 inciso 2) del Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores de FIFA (salario residual, nuevo salario, especiales características del deporte) y el artículo 25 que limita el pago de la indemnización cuando el culpable es el club, a solamente el salario residual del año en el que se produce el incumplimiento. Todo parece indicar que si es el jugador el que incumple se le aplicarán las normas de FIFA, pero si es el club se aplicarán las normas paraguayas.

► IMPUESTOS EN EL DEPORTE

El Paraguay es un país con una presión tributaria muy baja. Y el deporte en particular se beneficia con exoneraciones establecidas en el art. 24 de la Ley del Deporte, modificada por la ley 3992 de 2010 que dice: “Exonérase del pago de impuestos y autorízase el descuento en Tasas municipales a las entidades deportivas inscriptas en el Registro de Entidades Deportivas de la Secretaría Nacional de Deportes”.

No obstante, cuando los clubes realizan una actividad comercial, son sujetos del Impuesto al Valor Agregado (IVA) con una tasa del 10% para la prestación de servicios o enajenación de bienes de fuente local, es decir lo que se hace en territorio paraguayo. Los clubes no están sujetos al Impuesto a las Actividades Comerciales,



Industriales y de Servicios (IRACIS), que grava a las empresas comerciales a una tasa del 10%.

Las personas físicas, los futbolistas, no son sujetos del IVA, porque prestan un servicio en relación laboral, tal como se establece en la Ley 5322, pero si están sometidos al IVA en cuanto realicen operaciones comerciales (contratos publicitarios) en territorio paraguayo, y también deben pagar el Impuesto a la Renta Personal (IRP) cuando sus ganancias son superiores a límites establecidos. El IRP grava la renta neta a una tasa del 10%.

Los eventos deportivos organizados están sujetos a los impuestos propios a este tipo de eventos.

► ESPECIFICIDADES DEL DEPORTE

En lo que se refiere a las especificidades del deporte, podemos considerar que en Paraguay solo existe regulación con respecto al doping. Paraguay es firmante del Convenio de la UNESCO de lucha contra el dopaje, y ha adoptado el Código Mundial Antidopaje, versión 2016, por una Resolución de la Secretaría Nacional de Deportes.

También se constituyó la Organización Nacional Antidopaje, que funciona desde el 2016. El programa de prevención y lucha contra el dopaje está iniciando en Paraguay, sin tener hasta ahora resultados significativos.

► CONCLUSIÓN

La regulación jurídica del deporte en Paraguay es ínfima. Solo existe una Ley del Deporte, que se refiere a aspectos y que ha pretendido servir de base a un desarrollo reglamentario posterior, lo que no ha ocurrido. O al menos no ocurrió en su totalidad.

La Secretaría Nacional de Deportes solo ha reglamentado por tres resoluciones, y no por decreto como correspondería, el funcionamiento de las entidades deportivas (clubes, federaciones, ligas profesionales, comité olímpico nacional), la Comisión Nacional de Alto Rendimiento (responsable de la selección de los atletas de alto nivel) y la Comisión Nacional Antidopaje, denominada ONAD Paraguay.



Sin embargo, hay mucho por regular. De la Ley del Deporte falta por regular el sistema de resolución de controversias, y con otras legislaciones tal vez debería permitirse la posibilidad de que los clubes que participan en competiciones profesionales adopten la forma de sociedades comerciales, y que los derechos audiovisuales de los eventos deportivos sean objeto de venta en un sistema abierto y concurrencial.

BIBLIOGRAFIA

- Zarini, Hello Juan; Derecho constitucional, Astrea. 1992. 813 pág.
- Souvirón, José María; "Fronteras entre lo público y lo privado" en Derecho del deporte. El nuevo marco legal, Unisport. 1992. pág. 49 a 106.
- Moya, María Victoria; "El art. 43.3 de la Constitución Española" en La Constitución y el Deporte, Unisport. 1993. pág. 31 a 40.
- Ngadomane, Jean-Baptiste. L'exploitation commerciale du sportif professionnel. Tesis Doctoral. Université de Toulouse I. 2001. 475 pág.
- Sanino, Mario. "La organización del deporte en Italia" en El derecho deportivo. Unisport. Año 1986. Pág. 113 a 144.
- Ramírez, Juan M. Curso de Derecho del Trabajo. s/d.
- Zen-Ruffinen, Piermarco. Droit du Sport. Schultheg. 2002. 556 pág.
- Sardegna, Miguel Angel. Ley del Contrato de Trabajo. s/d.
- Carceller, José Luis y otro. La relación laboral especial de los deportistas profesionales. 1981. 111 pág.
- Rubio, Francisco. El contrato de trabajo de los deportistas profesionales. Dickinson. 2002. 416 pág.
- Barbieri, Pablo. Fútbol y Derecho. Editorial Universidad. 2000. 254 pág.
- François Mandin. "Les obligations du sportif professionnel" en Les contrats des sportifs. L'exemple du football professionnel. s/d

●●●●●●●● PALABRAS CLAVE:

Institución deportiva, Evento deportivo, Litigio deportivo, Deportista Profesional

●●●●●●●● KEYWORDS:

Sports Institution, Sports Event, Sports Litigation, Professional Sportsman



La estructura de la lucha antidopaje en el Paraguay. El peligro de recurrir a los tribunales ordinarios.

El caso Julio César Cáceres

Rafael Benítez Sosa ¹

► SUMARIO

La estructura antidopaje en el Paraguay es un aspecto poco conocido por los aficionados del deporte en nuestro país, siendo parte fundamental para el correcto desarrollo de la actividad deportiva. Surge el debate a partir de los casos relevantes que se han presentado en los últimos años, tanto en Paraguay como en las principales competencias deportivas de carácter internacional. Primeramente es necesario conocer como está compuesto a nivel internacional, con la Agencia Mundial Antidopaje y los tratados entre países relacionados a la materia, y a partir de allí, su inserción en el cuerpo normativo de nuestro país con la creación de la Organización Nacional Antidopaje, a través de la Secretaría Nacional del Deporte. Como están las cosas hoy a nivel nacional, el mismo presenta múltiples deficiencias procesales en un caso de dopaje, donde es sumamente necesario encontrar soluciones a los problemas planteados en el presente. Asimismo, es debatido si existen peligros ante la recurrencia ante los Tribunales Ordinarios en un caso de dopaje, ya que podrían acarrear sanciones por partes de las Federaciones Internacionales.

► ABSTRACT

In Paraguay, the anti-doping structure is a hardly known aspect by the sports lovers of our country even being an essential aspect for the successful development of the sport activity. The debate arise from meaningful relevant cases that have been presented over the past few years, both in Paraguay and abroad, during the main international sport competitions. First, it's necessary to know how it's composed internationally, with the world anti-doping agency and the international treaties between the different countries related to the subject, and from there, its insertion in the regulatory framework of our country with the establishment of the national anti-doping organization, through the Secretariat of Sport.

¹ Egresado del Colegio de San José, Bachiller Técnico en Administración de Negocios. Asistente Jurídico del Estudio Jurídico P&A - Grupo Consultor desde el año 2013. Actualmente cursa el 9no. Semestre de Derecho en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Miembro del Tribunal del CEDUC desde el año 2016.



As things stand today, it has multiples procedural deficiencies, where it's highly necessary to find solutions to the problems raised so far. By the same token is discussed whether or not there is dangers to recurrence to the Ordinary Tribunals in a case of doping, as they could lead to sanctions by parts of the International Federations.

► LA ESTRUCTURACIÓN DE LA LUCHA ANTIDOPAJE

Un aspecto no muy conocido del deporte a nivel mundial es el dopaje, donde encontramos numerosos casos relevantes de manera constante, ya que involucra a la participación de atletas de alto rendimiento, y una elevada competitividad, donde los atletas se exigen al máximo para sacar ventaja con respecto a sus oponentes. A lo largo del presente artículo nos referiremos al mismo en cuanto a sus notas esenciales, sus componentes principales, disposiciones, recursos, y aspectos propios de la materia, con el objeto de precisar los objetivos que persigue, en qué casos se debe aplicar sus normas, de qué manera y situaciones que deben ser evitadas, para el desarrollo pleno del deporte. Así también describiremos el proceso de aplicación dentro del deporte nacional, junto con el de la institución que lo regula.

► DOPAJE. DEFINICIÓN

Llamamos dopaje a la comisión de una o varias infracciones de las normas antidopaje. Estas normas se encuentran establecidas en el Código Mundial Antidopaje, al cual nos referiremos de manera detallada más adelante. Constituyen infracciones de las normas antidopaje:

1. La presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en la muestra de un deportista.
2. Uso o intento de uso por parte de un deportista de una sustancia prohibida o de un método prohibido.
3. Evitar, rechazar o incumplir la obligación de someterse a la recogida de muestras. Evitar la recogida de Muestras o, sin justificación válida, rechazar o incumplir la obligación de someterse a la recogida de muestras tras una notificación hecha conforme a las correspondientes normas antidopa-

- je. Vulneración de los requisitos sobre la disponibilidad del deportista para la realización de controles fuera de la competición.
4. Cualquier combinación de tres controles fallidos y/o de incumplimientos del deber de proporcionar los datos de localización/paradero, como está definido en el estándar internacional para controles e investigaciones, dentro de un periodo de doce meses, por un deportista del grupo registrado de control. Posesión de sustancias prohibidas y métodos prohibidos.
 5. Manipulación o intento de manipulación de cualquier parte del proceso de Control de Dopaje.
 6. Posesión de una sustancia prohibida o un método prohibido.
 7. Tráfico o intento de tráfico de cualquier sustancia prohibida o método prohibido.
 8. Administración o intento de administración en competición a un deportista de una sustancia prohibida o método prohibido o administración o intento de administración a cualquier deportista fuera de competición de cualquier sustancia prohibida o cualquier método prohibido que esté prohibido fuera de competición.
 9. Complicidad en infracción a la norma antidopaje.
 10. Asociación Prohibida del deportista con Personal de Apoyo al Deportista que esté sancionado a la norma antidopaje².

Lo que llamamos Lucha Antidopaje, es la referida a las políticas y estrategias de combate, control, y prevención ante el incumplimiento de las normas mencionadas, con el fin de salvaguardar los principios éticos, y morales del deporte, donde la igualdad de condiciones para su competencia es primordial para su desarrollo.

La palabra dopaje se deriva probablemente del término holandés “Dop”, el nombre de una bebida alcohólica hecha de piel de uva y usada por los guerreros zulú a fin de mejorar sus destrezas en batalla. El término entró en uso en el siglo XX, originalmente refiriéndose a las sustancias ilegales en las carreras de caballos. La práctica de mejorar el rendimiento a través de sustancias exóge-

² Código Mundial Antidopaje 2015, Agencia Mundial Antidopaje.



nas u otros medios artificiales es, sin embargo, tan antigua como el deporte mismo³.

En el siglo XIX, los deportistas recurrían con frecuencia a métodos como la inyección de estricnina, dosis de cocaína, alcohol y cafeína para lograr resistencia. A principios del siglo XX ya era evidente la necesidad del control en cuanto al uso de determinadas sustancias dentro del deporte.

La primera Federación Deportiva Internacional en prohibir el dopaje fue la de Atletismo (IAAF) en el año 1928, logrando que otras federaciones sigan el mismo camino, a pesar de la ineffectividad de los mismos, ya que los controles muchas veces no eran realizados, o eran realizados de forma incorrecta. Hacia mediados del siglo, la situación empeoró ya que eran incorporadas nuevas sustancias con el fin del dopaje de deportistas. En 1966, UCI (ciclismo) y FIFA (fútbol) fueron las primeras Federaciones Internacionales en realizar controles de dopaje en sus respectivos Campeonatos Mundiales. En el siguiente año, el Comité Olímpico Internacional (COI) creó su Comisión Médica y armó su primera lista de sustancias prohibidas. Los controles de sustancias se introdujeron por primera vez en los Juegos Olímpicos de Invierno en Grenoble de 1968 y en los Juegos Olímpicos de México en 1968, notada la urgencia de la implementación, **a raíz de una de las tantas muertes trágicas de deportistas de alta competición debido a la utilización de sustancias prohibidas.**

► LA AGENCIA MUNDIAL ANTIDOPAJE (AMA)

La Agencia Mundial Antidopaje (AMA) o World Anti-Doping Agency (WADA) se fundó en 1999 para fomentar, coordinar y supervisar a internacionalmente la lucha contra el dopaje en el deporte en todas sus formas. Fue fundado en base al derecho privado suizo, y tiene su sede en Montreal (Canadá).

Fue fundado de acuerdo a lo resuelto en la Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte, celebrado en Lausana, en febrero del mismo año, tras los escándalos que afectaron al Comité Olímpico Internacional (COI) en 1998 y la insuficiencia de todas las acciones

³ Informativo "Acercas de la Agencia Mundial Antidopaje". Pág 4.

encaradas por el movimiento deportivo y algunos Estados contra la lucha del dopaje⁴.

Fue creada con la iniciativa del COI con el apoyo y la participación de organizaciones intergubernamentales, autoridades públicas y otros organismos públicos y privados que trabajan en la lucha contra el dopaje en el deporte.

La Agencia está compuesta por el Consejo Fundador, el Comité Ejecutivo y varios otros Comités específicos. El Consejo Fundador está compuesto por 38 miembros, conformados por integrantes de los Movimientos Olímpicos y de los Gobiernos. Poseen amplios poderes de decisión dentro de la Agencia. El Comité Ejecutivo, es el encargado de la gestión y del funcionamiento dentro de la Agencia, así también la realización de actividades y la administración de bienes. Está compuesto por 12 miembros también integrantes de Movimientos Olímpicos y Gobiernos.

La Presidencia de la AMA es alternada entre los Movimientos Olímpicos y los gobiernos. Los Comités específicos actúan como comités consultivos y proporcionan orientación para los programas del Organismo.

► LA ORGANIZACIÓN NACIONAL ANTIDOPING (ONAD)

A nivel nacional, la ONAD o también llamada Comisión Nacional Antidopaje, es la encargada de educar, prevenir y controlar la lucha contra la práctica del dopaje en el deporte en Paraguay. Fue creada a través de la Resolución N° 1103 del 2015 por la Secretaría Nacional de Deportes del Paraguay. La misma está compuesta por los Comités de: Uso terapéutico; Disciplinario; de Apelaciones. Su dirección y administración está a cargo de la Junta Directiva, compuesta por un Presidente, un Vicepresidente, un Secretario General, elegidos cada 2 años. Cuenta con una oficina propia en la Secretaría Nacional de Deportes ubicada en la ciudad de Asunción.

El Comité de uso terapéutico es el encargado de conceder o autorizar la utilización de una determinada sustancia prohibida o sus metabolitos o marcadores, y/o el uso o intento de uso, posesión o administración o intento de administración de una sustancia pro-

⁴ Acosta Pérez, Gerardo Luis. Derecho Deportivo. Ed. La Ley Paraguaya. Pág 170.



hibida o método prohibido, cuando el deportista lo solicitara con el fin de un determinado uso terapéutico debidamente acreditado y justificado.

El Comité Disciplinario es el encargado de atender, investigar y juzgar los procesos de dopaje en una primera instancia. Por último, el Comité de Apelaciones es el encargado de resolver las apelaciones provenientes de las resoluciones emitidas por el Comité Disciplinario, conforme a una segunda instancia.

► LA INSERCIÓN DEL CÓDIGO MUNDIAL ANTIDOPAJE EN EL DERECHO POSITIVO PARAGUAYO

Paraguay ha insertado el Código Mundial Antidopaje a su cuerpo normativo nacional, a través de la misma resolución de la Secretaría Nacional de Deportes que crea la Comisión Nacional Antidopaje, en el año 2015, en cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio de la UNESCO contra el Dopaje en el Deporte, del año 2005.

En dicho Convenio, los estados signatarios se comprometieron a promover la prevención del dopaje en el deporte y la lucha contra éste, con miras a su eliminación, con los siguientes objetivos:

1. Adoptar medidas apropiadas, en el plano nacional e internacional, acordes con los principios del Código Mundial Antidopaje;
2. Fomentar todas las formas de cooperación internacional encaminadas a la protección de los deportistas, la ética en el deporte y la difusión de los resultados de la investigación;
3. Promover la cooperación internacional entre los Estados Parte y las principales organizaciones encargadas de la lucha contra el dopaje en el deporte, en particular la Agencia Mundial Antidopaje.

Paraguay ha ratificado plenamente dicho convenio, con la aprobación de la ley N° 3530, del 15 de julio del 2008.

► CÓDIGO MUNDIAL ANTIDOPAJE

El Código Mundial Antidopaje es el documento central que proporciona el marco para las políticas, normas y reglamentos en el seno de las organizaciones deportivas y entre las autoridades pú-

blicas. El desarrollo del Código se llevó a cabo en múltiples fases a lo largo de varios años, bajo la dirección de un grupo de proyecto creado por la AMA y en colaboración con los interesados de la Agencia. El 5 de marzo de 2003, en la segunda Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte, unos 1,200 delegados que representaban a 80 gobiernos, al Comité Olímpico Internacional (COI), al Comité Paralímpico Internacional (CPI), a todos los deportes olímpicos, a los comités Olímpicos y Paralímpicos nacionales, deportistas, organizaciones nacionales antidopaje y agencias internacionales acordaron por unanimidad adoptar el Código como base para la lucha contra el dopaje en el deporte. El Código entró en vigor el 1 de enero de 2004⁵. A partir de su vigencia a sufrido modificaciones, hasta llegar a su última versión implementada en el año 2015. El código se divide en cuatro partes:

1. La primera parte trata sobre el “Control de Dopaje”. Establece la definición de Dopaje, la infracción de las normas antidopaje, su prueba, la lista de sustancias y métodos prohibidos, controles, análisis de muestras, gestión de resultados, derecho a un juicio justo, anulación automática de los resultados individuales, sanciones individuales, a los equipos, sanciones a las organizaciones deportivas, apelaciones, confidencialidad y comunicación, clarificación de las responsabilidades del control del dopaje, control del dopaje de los animales que participen en competiciones deportivas y el plazo de prescripción.
2. La segunda parte trata sobre la Educación e Investigación.
3. La tercera sobre Funciones y Responsabilidades del Comité Olímpico Internacional, Comité Paralímpico Internacional, Federaciones Internacionales, Comités Olímpicos y Paralímpicos Nacionales, Organizaciones Nacionales Antidopaje, Organizaciones responsables de grandes acontecimientos deportivos, WADA, deportistas, personal de apoyo y gobiernos.
4. La cuarta trata sobre la Aceptación, cumplimiento, modificación e interpretación del Código Mundial Antidopaje.

⁵ Informativo “Acerca de la Agencia Mundial Antidopaje”. Pág 5.



► ASPECTOS DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

En el Art. 1 de la resolución 1103 del 2015 de la Secretaría Nacional de Deportes, por la cual la Organización Nacional Antidopaje fue creada, establece que la misma deberá dictar su propio reglamento interno, donde deberían estar establecidas las normas que hacen al procedimiento, ya que la cuestión de fondo está regulado en su totalidad en el Código Mundial Antidopaje que fue adoptado por Paraguay, como habíamos expresado anteriormente. Hasta el día de hoy, transcurridos dos años a partir de su creación, no existe reglamento alguno, sea interno o de procedimiento, por lo cual el deportista o el representante del mismo, no podrá saber que normas rigen en cuanto al procedimiento una vez abierto un proceso de dopaje contra el mismo.

Ya existieron casos relevantes a partir de su creación, como el del futbolista del Club Guaraní Julio César Cáceres, que hasta la fecha el proceso sigue abierto, o la del futbolista uruguayo del Club Cerro Porteño Mauricio Victorino, por lo que la redacción del reglamento es de carácter urgente, para poder realizar procesos justos y ordenados.

Ante ésta dificultad, como hoy están dados los hechos, un profesional o un deportista no puede saber cómo recurrir a la ONAD, ante quien precisamente se debe presentar una denuncia, o que plazo tiene el deportista para presentar su defensa, si se debe realizar vía e-mail, electrónicamente o en soporte papel, ni tampoco el momento oportuno para la presentación de las pruebas, especialmente la documental, prueba indispensable para ejercer el derecho a la defensa. O peor aún, es desconocido cual es el plazo para apelar ante el Comité de Apelaciones una resolución proveniente del Comité Disciplinario.

La carencia del reglamento mencionado afecta directamente a la lucha contra el dopaje en nuestro país, porque dificulta el proceso disciplinario, donde por la inexistencia de una norma procesal, queda a criterio de sus miembros el aspecto técnico del procesal, cuestión que implica un grave peligro para los deportistas acusados de dopaje, existiendo la posibilidad que un deportista sea injustamente sancionado por una cuestión de forma y no por la cues-

tión de fondo, al no existir normas concretas al respecto.

Otro punto al cual necesariamente debemos referirnos, es el proceso de nombramiento de los miembros de los Comités, tanto el disciplinario como el de apelaciones. Estos son integrados por tres miembros cada uno, y un suplente, designados directamente por la Secretaría Nacional de Deportes. Estos miembros trabajan “Ad Honorem”, por lo que creo conveniente que deben ser debidamente retribuidos ante cada proceso, con el objetivo de motivarlos, y garantizar un juicio imparcial, sin intereses detrás.

Dada la importancia de la atribución que poseen dichos miembros, deben ser profesionales especializados en la materia, por lo que el nombramiento de cada uno de ellos se debería realizar en base a un concurso de oposición de méritos y aptitudes para el correcto desempeño en el cargo, y no en base a un nombramiento directo, para evitar que personas descalificadas integren dichos Comités. Además del aspecto de preparación y calificación de los miembros, teniendo previsto un método de nombramiento por concurso, se evita que sean nombrados personas que podrían tener algún tipo de interés dentro de un proceso determinado de un deportista. V.g.: el caso de que un miembro del Comité a la vez sea dirigente de un club deportivo, donde el deportista presta servicios; o en el hipotético caso de que un miembro del Comité sea al mismo tiempo Presidente de alguna Federación. En ambos casos claramente pueden llegar a existir algún tipo de conflictos de intereses, donde la claridad del proceso sea afectada.

Así también es necesario analizar el sistema de proceso dentro del disciplinario, con características similares al inquisitivo, ya que según el Art. 3.1 del Código Mundial Antidopaje (Único cuerpo normativo actual en el Paraguay en materia de Dopaje), “Recaerá sobre la Organización Antidopaje la carga de probar que se ha producido una infracción de las normas antidopaje [...]”⁶.

En el mismo código, sin embargo, en su Art. 8.1. se garantiza un juicio justo. “Cada Organización Antidopaje responsable de la gestión de resultados deberá prever para cualquier Persona acusada de haber cometido una infracción de las normas antidopaje,

⁶ Código Mundial Antidopaje. Versión 2015. Artículo 3.1.



como mínimo, un juicio justo dentro de un plazo razonable por un tribunal de expertos justo e imparcial [...]”⁷. De lo que surgen las siguientes inquietudes:

1. ¿Cómo se puede garantizar un juicio justo a un deportista que es juzgado por la misma institución que lo acusa?
2. ¿Cómo la ONAD puede prever un juicio justo con un tribunal de expertos, si los miembros del mismo son directamente nombrados “a dedo” sin ningún tipo de concurso?
3. ¿Cómo saber cuál es el plazo razonable (teniendo en cuenta que el deportista es suspendido provisionalmente) para resolver el juicio que menciona el artículo, siendo que no existe un Reglamento Procesal Interno?

Son cuestiones que deben ser analizadas a profundidad, para poder hacer las modificaciones necesarias para garantizar realmente un proceso justo, tal cual describe el espíritu de la norma.

► EL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL TAS

No está claro si una resolución proveniente del Comité de Apelaciones es recurrible al TAS (Tribunal Arbitral del Deporte), ya que debería estar contemplado en el Reglamento Interno. Según el art 13.2.2. del Código Mundial Antidopaje “En los casos en que no sea aplicable el Artículo 13.2.1 (Que se refiere a casos de deportistas de Nivel Internacional), la decisión puede recurrirse ante una instancia independiente e imparcial conforme a los reglamentos establecidos por la Organización Nacional Antidopaje. Las normas para este tipo de recursos deberán respetar los principios siguientes:

- Audiencia en un plazo razonable;
- Derecho a ser oído por un tribunal de expertos justo e imparcial;
- Derecho de la Persona a ser representada por un abogado a su costo;
- Derecho a una decisión motivada y por escrito en un plazo razonable.

En el mismo, el comentario indica “[Comentario al Artículo 13.2.2: Una Organización Antidopaje puede optar por respetar

⁷ Código Mundial Antidopaje. Versión 2015. Artículo 8.1.

este Artículo contemplando el derecho de apelación directamente ante el TAD.]”⁸.

No está claro si el alcance del artículo se refiere a una segunda instancia o el recurso ante el TAS en una tercera instancia, otro punto que debería clarificar el inexistente reglamento procesal.

Claramente así como están las cosas hoy, el Comité de Apelación desde ningún punto de vista denota la calidad de tribunal “experto e imparcial” por los motivos ya descriptos.

Posibles consecuencias de recurrir a tribunales ordinarios en casos de dopaje.

El recurso de amparo promovido por el jugador del Club Guaraní Julio César Cáceres, suspendido en primera instancia por cuatro años, ante el doping positivo de la sustancia conocida como octopamina, donde solicitó que sea habilitado provisionalmente para jugar, ante la demora resolutive por parte de la ONAD, deja al descubierto la incertidumbre respecto a las consecuencias de recurrir a Tribunales Ordinarios, incumpliendo las disposiciones del Código Mundial Antidopaje, y una sanción de la ONAD.

Del presente caso surge la pregunta: ¿Qué pasaría si hoy mismo Julio César Cáceres juega un partido oficial?

Según el Convenio de la UNESCO contra el dopaje en el deporte, ratificado por el Paraguay, el Artículo 4 establece: Relaciones de la Convención con el Código:

“Con miras a coordinar, en el plano nacional e internacional, las actividades de lucha contra el dopaje en el deporte, **los Estados Parte se comprometen a respetar los principios del Código** como base de las medidas previstas en el Artículo 5 de la presente Convención. Nada en la presente Convención es óbice para que los Estados Parte adopten otras medidas que puedan complementar las del Código”.

Es decir, que Paraguay debe respetar los principios del Código, inserto a través de un convenio internacional ratificado, estando por encima de leyes, decretos y otro tipo de resoluciones, únicamente por debajo de la Constitución Nacional. Es claro que en materia de dopaje, la institución que deberá juzgar en caso de que sea

⁸ Código Mundial Antidopaje. Versión 2015. Artículo 13.2.2



nivel nacional es la ONAD.

Pero, ¿qué potestad tiene la ONAD para sancionar a un deportista? ¿Puede la ONAD estar por encima del Poder Judicial de un país?

La potestad de sancionar la tiene, a través de la implementación del Código, donde las federaciones nacionales, a través de la Secretaría Nacional de Deportes se comprometen a hacer cumplirla, según el Artículo 43 de la Ley N° 2874/2006 de Deportes. “La Secretaría Nacional de Deportes ejercerá la potestad disciplinaria sobre las entidades deportivas reconocidas, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente, debiendo en todo caso ceñirse a los principios enunciados en el presente Capítulo”. Sin embargo, ninguna entidad deportiva puede desobedecer una resolución judicial proveniente de un juez o tribunal o incurriría en desacato, como es el caso del recurso de amparo promovido.

El grave peligro en este caso, podría ser que la AMA, una vez notificada por la ONAD, ante el incumplimiento de las disposiciones del Código, puede recomendar la desafiliación de la Asociación Paraguaya de Fútbol a la FIFA, ya que el reglamento antidopaje de la FIFA, en su Art. 71 establece: “Reconocimiento mutuo. Sin perjuicio del derecho de apelación que se dispone en el capítulo XII, la FIFA reconocerá y respetará las medidas, controles, las autorizaciones de uso terapéutico y los resultados de vistas o cualquier otra decisión definitiva dictada por un signatario del Código Mundial Antidopaje en la medida que sean conformes con lo dispuesto en el Código Mundial Antidopaje y correspondan al ámbito de competencias del signatario”.

Esto implicaría un sinnúmero de consecuencias perjudiciales para el fútbol paraguayo, en el caso de que diera esta situación ya que quedaríamos fuera de las competencias oficiales de FIFA.

Existe un precedente. En el año 2015, cuando la AMA denunció y recomendó a la Federación Internacional de Atletismo (IAAF), la suspensión de la Federación Rusa de Atletismo de toda competición internacional de Atletismo (incluyendo los Juegos Olímpicos de Río de Janeiro 2016) debido a que Rusia, no cumplió con los protocolos establecidos por el Código mundial Antidopaje, dado que el gobierno ruso participó de una red de encubrimiento para que at-

letas de élite rusos utilicen sustancias prohibidas en competencias internacionales. Finalmente, la IAAF suspendió provisionalmente por un año a la Federación de Atletismo de Rusia.

► CONCLUSIÓN

A mi criterio, el primer paso que debe darse para dar una solución efectiva a estos problemas, es que la Secretaría Nacional de Deportes, destine una suma importante de dinero a la ONAD (tal como está establecido en la Resolución 1103, el cual desconozco si es cumplido o no) con los siguientes fines:

- a. La conformación de una Comisión Redactora, conformada por profesionales contratados, especialistas en el ramo, para la realización del Reglamento Procesal Interno de la ONAD.
- b. El cambio del sistema disciplinario, donde el Comité Disciplinario se encargue solamente de la investigación, acusación y prueba en el proceso. Y la conformación de una lista de árbitros debidamente retribuidos, especializados en dopaje, para juzgar y resolver los procesos de manera imparcial, integrados en cada caso por un árbitro, en caso de que haya acuerdo entre la ONAD, y el deportista o su representante, o en su caso la conformación de un tribunal arbitral, en donde cada parte elige de la lista de especialistas a un árbitro, dejando que el tercero sea designado por sorteo. En cuanto a una segunda instancia, derivar directamente al TAS, que garantiza un juicio justo, imparcial, con un proceso bien demarcado en su “Code of Sports-related Arbitration”, en donde a la vez, la ONAD ahorraría gastos, dado que tendría que mantener simplemente al Comité Disciplinario.
- c. La realización de Concursos de Oposición de Méritos y Aptitudes para la conformación de la lista de árbitros antes descripta.

En cuanto al cumplimiento de las sanciones realizadas por la ONAD, es de suma importancia garantizar y establecer un procedimiento justo e imparcial, claramente establecido, con el objeto que sea la única vía existente para defenderse ante un procedimiento



de dopaje, sin llegar a tener que recurrir a otras vías, y a la vez, evitar posibles sanciones a entidades deportivas por casos particulares.

La política primaria debería ser el de la estructuración eficaz de la institución de la lucha contra el dopaje, para que luego funcione el sistema para la cual fue creada.

BIBLIOGRAFIA

- Acosta Pérez, Gerardo Luis. Derecho Deportivo. Ed. La Ley Paraguaya
- Código Mundial Antidopaje. Versión 2015
- Informativo "Acerca de la Agencia Mundial Antidopaje"

●●●●●●●●●● **PALABRAS CLAVE:**

Antidopaje, Onad, Doping, Deporte, Código, Ama, Sanción, Competencia, Estructura, Paraguay.

●●●●●●●●●● **KEYWORDS:**

Anti-doping, NADO, Doping, Sport, Code, Anti-doping World Agency, Sanction, Competition, Structure, Paraguay.

DERECHO INFORMÁTICO



-
- ▶ LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN EL PARAGUAY.





La protección de datos de carácter personal en el Paraguay

Adriana Raquel Marecos Gamarra

► SUMARIO

El título de este artículo propone un análisis crítico de la regulación actual de la protección de datos en la República del Paraguay, a través de un estudio exhaustivo de la Ley N° 1682/01 que reglamenta la información de carácter privado y su modificatoria, la Ley N° 1969/02. Igualmente, se aborda la jurisprudencia emanada de los tribunales en esta materia así como la problemática que se presenta cuando las normas de protección de datos entran en conflicto con otros derechos, tales como el derecho al acceso a la información pública. En las próximas páginas, se analiza también la doctrina nacional referente al tema de la protección de datos, con énfasis en la garantía constitucional del hábeas data, figura jurídica que aparece en el ordenamiento jurídico paraguayo a partir de la Constitución de 1992. Finalmente, se esbozan recomendaciones a fin de lograr que en nuestro país se garantice de forma más eficaz la protección de datos.

► ABSTRACT

The title of this article proposes a critical analysis of the current regulation of data protection in the Republic of Paraguay, through a comprehensive study of the Law No. 1682/01 that regulates private information and its amendment, the Law No. 1969/02. It also addresses the jurisprudence of the courts in this area as well as the problems that arise when data protection rules conflict with other rights, such as the right to access to public information. In the following pages, the national doctrine referring to the subject of data protection is also analyzed, with emphasis on the constitutional guarantee of hábeas data, a legal figure that appears in the Paraguayan legal system since the 1992 Constitution. Recommendations are finally offered in order to ensure that data protection is more effectively ensured in our country.

► INTRODUCCIÓN

Con la aparición de la tercera generación de derechos humanos, se han sumado al catálogo de derechos fundamentales, novedosas



prerrogativas que responden a la necesidad de regular e incorporar al derecho positivo, normas que hasta hace algunas décadas atrás solo hubiéramos imaginado a través de las novelas de ciencia ficción. Este reconocimiento de nuevos derechos es motivado por los matices que responden al incipiente avance en la totalidad de las áreas de la vida en comunidad. Ellos surgen para hacer frente a las necesidades de los individuos, propias de la denominada era tecnológica y tienen como razón de ser un valor fundamental, la solidaridad.

Hoy en día, no nos plantearíamos prescindir del internet, personas de todas las edades hacen uso de esa herramienta y la cantidad de información que circula en la red se duplica aceleradamente. La tecnología, además de generar importantes avances para el crecimiento y desarrollo de la sociedad, también introduce aspectos que pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas, a través del abuso de medios informáticos, es por ello que resulta necesaria una regulación integral de la protección de los datos de carácter personal, como parte relevante de la dignidad del ser humano.

El gran reto de la nueva era de la información lo constituye la interconexión que es posible alcanzar con la ayuda de la moderna tecnología, muy especialmente a nivel de los ciudadanos y sus hogares. Este reto obliga a analizar los medios utilizados hasta ahora para proteger la autodeterminación informativa de los ciudadanos. Todo esto ha hecho que las pretensiones del desarrollo humano se amplíen y el individuo ya no solo aspira a ser protegido en su intimidad, sino que también pretende una calidad de vida en las relaciones y de apertura al mundo exterior, dándole la posibilidad de que sea el mismo quien dirija y gobierne el ámbito y extensión de sus relaciones con terceros.

Encontramos los primeros esbozos de la protección de la privacidad en el ensayo realizado en Estados Unidos por Warren y Brandeis en el año 1890, titulado “*The right to Privacy*” (el derecho a la privacidad), como una respuesta a las injerencias ilegítimas de la prensa en la vida privada, con él sentaron las bases técnico-jurídicas de la noción de privacidad, configurándola como el de-

recho a la soledad, como facultad “*to be alone*”¹. La noción creada por estos autores es una figura análoga al concepto de derecho a la intimidad.

Más adelante, los avances tecnológicos dieron lugar a las diferentes iniciativas que buscaron ampliar el alcance conceptual del derecho a la intimidad, que provocó la construcción de un nuevo derecho, el derecho a la autodeterminación informativa, término que fue utilizado por primera vez en el año 1983 por el Tribunal Constitucional Alemán. A nivel europeo, en el marco del Consejo de Europa, a través del Convenio 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, se inicia el punto de partida del proceso de establecimiento del sistema regulador de protección de datos personales. Actualmente este texto se ve reforzado por una amplia regulación en esta materia, en especial a nivel comunitario en la Unión Europea, por la Directiva 95/46/CE.

En América Latina, muchas legislaciones han introducido este derecho, tutelándolo legalmente, y creado un órgano contralor de la protección de datos. Los avances tecnológicos también han llegado al Paraguay, y si bien en el año 2001, el Poder Legislativo ha iniciado el proceso de regulación específica de la materia; aún no se han incorporado al derecho positivo nacional, normas integrales que tutelen el derecho a la autodeterminación informativa de forma eficaz.

Si es evidente la consolidación del derecho a la autodeterminación informativa, no es menos su singularidad respecto a otras instituciones tradicionales, en tanto y en cuanto ha sido fruto de unos parámetros sociales económicos, culturales y jurídicos muy determinados, que la hacen particularmente sensible a los continuos cambios que se suceden. Por ello, el presente trabajo, como más adelante ha de exponerse, pretende abundar en esta idea de institución moderna, producto de una época muy peculiar y sujeta a la continua gestación y evolución que marcan los retos de la sociedad tecnológica.

También se propone abordar respecto a los derechos funda-

¹ Warren, Samuel y Brandeis, Louis, *The Right to Privacy*, Civitas, Madrid, 1995, p. 22.



mentales de protección de datos personales y de acceso a la información pública, como derechos humanos fundamentales y las garantías que de dichos derechos se derivan, que se observan en las respectivas acciones judiciales y la necesidad de mayor tutela a través de una unidad reguladora y de control de datos personales. También se busca estudiar los conflictos que se plantean a la hora de examinar ambos derechos, cuando entran en colisión

Por otra parte, como la vigencia efectiva de tales derechos fundamentales alcanza sin lugar a dudas a los órganos jurisdiccionales, corresponde adentrarse también, a la proyección de estos derechos en el ejercicio de la función jurisdiccional, poniendo el foco en aspectos procesales o adjetivos, a través de jurisprudencia paradigmática.

► PROTECCIÓN DE DATOS, DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO

Es necesario reconocer que el derecho a la autodeterminación informativa nace con el fin de proteger el ámbito íntimo de la persona, sin embargo debe reconocerse la evolución conceptual que los separa y la especial naturaleza del bien jurídico y de los instrumentos de defensa que reconocen al individuo, a través del derecho a la autodeterminación informativa y que no son propios del derecho a la intimidad. La protección de datos no ha podido enmarcarse acabadamente en los instrumentos de tutela propios del derecho a la intimidad, ya que éste último es considerado dentro de un sistema meramente indemnizatorio, es decir, prevé medidas de naturaleza puramente represivas, lo cual resulta insuficiente teniendo en cuenta el fundamento del derecho a la autodeterminación informativa, que se caracteriza por contar tanto con medidas de carácter preventivo como sancionador.

Siguiendo las afirmaciones de Pérez Luño, coincidimos en que el derecho a la autodeterminación informativa debe ser considerado como la respuesta al presente fenómeno de contaminación de las libertades, que amenaza con invalidar los logros del progreso tecnológico en los Estados de Derecho con mayor desarrollo económico. La inclusión de la libertad informativa en el catálogo de los derechos fundamentales, representa en la actualidad una nece-



sidad frente al progresivo avance informático². Este autor reconoce que en algunas formulaciones doctrinales se concibe al derecho a la autodeterminación informativa como una categoría más restrictiva, al entenderlo como un aspecto del libre desarrollo de la personalidad o como una faceta de la intimidad. Conviene en todo caso, advertir que ambas categorías se condicionan mutuamente y representan los dos aspectos de la misma realidad, en este caso, un derecho fundamental³. El derecho a la autodeterminación informativa no puede desconocer su carácter de derecho fundamental por la circunstancia innegable de que tutela y ampara en último extremo valores fundamentales y esenciales del hombre como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad humana.

Herrán Ortiz aporta otro importante argumento, que avala la conveniencia de considerar como derecho fundamental autónomo a la autodeterminación informativa; y a través de esta confirmación de la independencia del derecho se alcanza un reforzamiento en su efectividad y sus garantías⁴. La autora menciona que existen muchas razones que permiten manifestar la conveniencia de articular la defensa de los derechos de la persona, frente a las nuevas tecnologías informáticas a través de la construcción de una figura jurídica nueva, de un derecho que acoja en su contenido, sin necesidad de complicadas elucubraciones jurídicas, garantías y facultades individuales que permitan una defensa idónea y adecuada frente a la especial amenaza que representa la informática y sus complejos sistemas de información.

El peligro que representa la recopilación masiva de información, la cual constituye una forma de encasillar al titular de la información en categorías preestablecidas y significa categorizar a los individuos a través de información obtenida de forma indiscriminada, es un claro ejemplo que demuestra la necesidad de reconocer el derecho del ciudadano de tutelar sus datos personales. Otros peligros nacen cuando los datos se relacionan o conectan con otros datos de la persona, permitiendo acceder con mayor proxi-

² Pérez Luño, Antonio Enrique. Nuevos derechos fundamentales de la era tecnológica: la libertad informática, ADPEP. núm. 2., 1989, p. 194.

³ Pérez Luño, Antonio Enrique, Op. cit., p. 175.

⁴ Herrán Ortiz, Ana Isabel, La violación de la intimidad en la protección de datos personales, Dykinson, Madrid, 1999, p. 121-122.



midad a la personalidad del individuo, utilizándose la información en la toma de decisiones sin tener en cuenta las peculiaridades de cada persona. Este tratamiento insensible de datos personales puede también ser utilizado con fines de control de los individuos, cohibiéndolos en el libre desarrollo de su personalidad por sentirse observados o vigilados y ocasionando que éstos no actúen libremente, sino condicionados por lo que creen que se espera de ellos.

El reconocimiento del derecho fundamental a la autodeterminación informativa permite una mayor efectividad garantista, ya que si nos limitamos solo a tratar de salvaguardar los derechos de los ciudadanos a proteger sus datos personales con las herramientas jurídicas que devienen del derecho a la intimidad, no estaremos amparando el aspecto preventivo característico del derecho a la autodeterminación informativa, el cual no se contempla en la defensa del derecho a la intimidad, que más bien tiene un alcance meramente indemnizatorio para la víctima del agravio. Es necesario proveer al individuo de facultades que van más allá de la simple búsqueda del resarcimiento económico, y otorgarle también instrumentos de actuación que permita a los titulares controlar y determinar el destino u otros aspectos del tratamiento de sus datos personales.

► NORMATIVA VIGENTE EN PARAGUAY

La Constitución de la República del Paraguay, consagra el derecho a la intimidad en su artículo 33, que dispone lo siguiente: *“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, estará 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”*.

En el texto constitucional también encontramos entre los derechos, deberes y garantías consagradas, el artículo 25 el cual se refiere a la expresión de la personalidad, en los siguientes términos: *“Toda persona tiene derecho a la libre expresión de su personalidad, a la creatividad y a la formación de su propia identidad e imagen. Se garantiza el pluralismo ideológico”*. Los datos personales son inherentes a la



personalidad y tiene relación con la dignidad misma del ser humano, de ahí deviene la importancia de reconocer este derecho como fundamental. Es por ello que se torna sumamente trascendental, la necesidad de proteger la identidad y la imagen de cualquier menoscabo que pueda cometerse a través de la violación al ámbito privado de los individuos.

A diferencia de la Constitución Española, que establece que “se limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”⁵, Paraguay no ha tutelado de forma explícita la protección de datos en la Constitución Nacional, limitándose la Carta Fundamental a contemplar el derecho a la intimidad y otras prerrogativas como el derecho al honor y a la libre expresión de la personalidad. Sin embargo, podríamos inferir que el derecho a la autodeterminación informativa, podría tutelarse a través del artículo 45 de la Constitución Paraguaya, que dispone lo siguiente: “De los derechos y garantías no enunciados: La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”. Como se observa, el artículo mencionado señala que a pesar de no encontrarse previstos taxativamente en la Carta Magna, se reconocen otros derechos inherentes al ser humano, por lo tanto, podemos colegir que la facultad de disponer de los datos propios o la identidad informática, se encuentra consagrada implícitamente en la Constitución.

Por otra parte, se encuentra contemplada en nuestra Carta Fundamental, la Garantía del hábeas data, recurso constitucional establecido en el Art. 135, que constituye hoy en día la herramienta que permite a las personas acceder a los datos sobre sí mismas o sobre sus bienes, que obren en registros públicos o privados de carácter público. Esta garantía será analizada con más detalle en el apartado correspondiente.

También se encuentra incorporada al derecho positivo paraguayo la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por

⁵ Artículo 18 de la Constitución Española.



Ley N° 1/89, que establece en su artículo 11 que “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Asimismo, el Paraguay ha suscripto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que dispone: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familiar, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. En los mismos términos se reproduce esta prescripción en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por el Paraguay a través de la Ley N°5/1992.

También en la legislación penal se contempla la protección de la intimidad, a través del Art. 143 del Código Penal Paraguayo, Ley 1160 de 1997; refiriéndose a la lesión de la intimidad de la persona, castigando este tipo penal con pena de multa. El artículo hace alusión directa a la exposición pública de la intimidad de la persona, de su vida familiar, sexual, y su estado de salud. Asimismo, el Código penal contempla como hecho punible la lesión del derecho a la comunicación y a la imagen, señalando que el que sin consentimiento del afectado, grabara o almacenara técnicamente la palabra de otro o hiciera accesible a un tercero, la palabra de otro, no destinada al conocimiento del autor y no públicamente dicha, será castigado con pena privativa de libertad hasta dos años o con multa. La misma pena se aplicará a quien, sin consentimiento del afectado, produjera o transmitiera imágenes violando su derecho al respecto del ámbito de su vida íntima⁶.

Si bien en Paraguay, aún no contamos con una Ley integral de Protección de Datos Personales, el país forma parte del proyecto Mercosur Digital de la Unión Europea y del Mercosur, donde se prevé desarrollar técnicamente y legalmente el ambiente propicio para el comercio electrónico⁷. Cabe mencionar que países miem-

⁶ Artículo 144, Ley 1160/1997, Código Penal Paraguayo.

⁷ Asociación Paraguaya de Derecho Informático y Tecnológico <https://apadit.wordpress.com/tag/paraguay/> (Consulta:27/09/17)



bros del bloque, como Argentina⁸ y Uruguay⁹, son considerados como “país adecuado” por la Unión Europea en materia de Protección de Datos Personales, de conformidad con la Directiva 95/46/CE.

Como país miembro del proyecto Mercosur Digital, es deseable que el Paraguay siga el modelo europeo al igual que Argentina y Uruguay, teniendo en cuenta la necesaria armonización legal regional en materia de protección de datos personales. Su importancia radica en que ésta normativa favorece el flujo de datos y la transferencia de información.

Cabe traer a colación que en el año 2013 fue promulgada la Ley N°4868, de Comercio Electrónico, que en su artículo sexto establece entre las restricciones que *“en ningún caso la actividad comercial de los Proveedores¹⁰ podrá vulnerar: e) la protección de los datos personales y los derechos a la intimidad personal y familiar de las partes o los terceros intervinientes”*.

Asimismo, la Ley N° 4610/2012, que modifica y amplía la Ley N° 4.017/10, de validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico, ha tipificado en su artículo 44, inciso d) como infracción grave, *“la utilización de datos personales de los usuarios de las personas jurídicas habilitadas como prestadores del servicio de certificación, con fines distintos a los establecidos en esta Ley o sin el consentimiento expreso de su titular”*. Resulta pertinente señalar que el Ministerio de Industria y Comercio, es el órgano encargado de imponer las sanciones por este tipo de infracción, conforme al artículo 39, inciso m) de la Ley mencionada. Por la comisión de infracciones graves, se impondrá al infractor multa de 5.000 a 10.000 jornales mínimos para actividades diversas no especificadas. La comisión de dos o más infracciones graves en el plazo de tres años, dará lugar a la cancelación de la habilitación como prestadora de servicios de certificación durante un plazo de treinta días a dos años; más la multa correspondiente¹¹.

Por otra parte, muy recientemente ha sido promulgada la Ley

⁸ Por Decisión 2003/490/CE de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 30 de junio de 2003.

⁹ Por Decisión 2012/484/UE de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 21 de agosto de 2012.

¹⁰ La palabra proveedores, se refieren a los proveedores de bienes y servicios por vía electrónica.

¹¹ Artículo 47, inciso a) de la Ley N° 4610/2012.



Nº 5.830/17, que prohíbe la publicidad no autorizada por los usuarios titulares de telefonía móvil. La misma tiene por objeto “*proteger a los titulares o usuarios autorizados de los servicios de telefonía, en cualquiera de sus modalidades, de los abusos del procedimiento de contacto, publicidad, oferta, venta y regalo de bienes o servicios no solicitados*”¹². Esta nueva ley crea el Registro Nacional, en el ámbito de la Secretaría de Defensa del Consumidor y el Usuario (SEDECO), en el cual los consumidores y usuarios podrán inscribirse, a fin de impedir que los proveedores realicen contactos comerciales a través de sus números de servicio de telefonía móvil¹³.

En España, se viene poniendo en práctica este sistema con la implementación de un fichero común de exclusión publicitaria denominado la Lista Robinson¹⁴, gestionado de forma independiente por la Asociación Española de Economía Digital. En este servicio los usuarios en España se inscriben de manera gratuita y seleccionan el medio o medios (teléfono, publicidad postal, etc.) a través de los cuales no quieren recibir publicidad de las entidades que empleen nuestros datos personales obtenidos de fuentes públicas o bases de datos de las que no sean responsables para el desarrollo de las campañas publicitarias. Estarían excluidos los casos en los que los mismos usuarios hayan autorizado a una empresa a enviarnos publicidad. En este último caso, si usuario quiere oponerse a recibir la publicidad, se dirigen directamente a la empresa.

► ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN ESPECÍFICA

Tal como señaláramos más arriba, el Paraguay no cuenta con una ley integral de protección de datos, pero un primer paso legislativo se ha dado el 16 de enero de 2001, fecha en la que fue promulgada la Ley Nº 1682/01 que reglamenta la información de carácter privado. Esta Ley fue aprobada por la Cámara de Senadores el 12 de diciembre del año 2000 y fue sancionada, con la aprobación de la Cámara de Diputados, el 28 de diciembre del mismo año, siendo promulgada por el Ejecutivo el 16 de enero del año 2001¹⁵.

¹² Art. 1º Ley Nº 5.830/17.

¹³ Art. 3 Ley Nº 5.830/17.

¹⁴ [https://www.listarobinson.es/\(Consulta:27/09/17\)](https://www.listarobinson.es/(Consulta:27/09/17)).

¹⁵ Rojas Wiemann, Javier, El derecho fundamental de la protección de datos de carácter privado. Fondo Editorial San Agustín, Encarnación, 2014, p.154.



Sin embargo, ha sido modificada al poco tiempo por la Ley 1969/02, los cambios introducidos han generado algunos retrocesos y problemas de interpretación.

A continuación se realiza un análisis crítico de las normas contenidas en la también llamada “Ley Informconf”¹⁶.

► OBJETO DE PROTECCIÓN

Primeramente, encontramos que la Ley N° 1682/01 en su Art. 1º, modificado por la Ley 1969/02, establece: *“Esta ley tiene por objeto regular la recolección, almacenamiento, distribución, publicación, modificación, destrucción, duración, y en general, el tratamiento de datos personales contenidos en archivos, registros, bancos de datos o cualquier otro medio técnico de tratamiento de datos públicos o privados destinados a dar informes, con el fin de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de sus titulares. No se aplicará esta Ley en ningún caso a las bases de datos ni a las fuentes de informaciones periodísticas ni a las libertades de emitir opinión y de informar”*¹⁷.

El objeto de la ley es regular la recolección, almacenamiento, distribución, publicación, modificación, destrucción, duración, y en general, el tratamiento de datos personales, pero no de cualquier tipo de dato personal, pues de la atenta lectura de la norma, vemos que ésta expresa que los datos que se encuentran comprendidos en la ley, serán aquellos contenidos en registros públicos o registros privados destinados a dar informes, por lo tanto, los bancos de datos privados que no tengan la función de proporcionar informes, no se encuentran comprendidos en la ley.

Además el artículo prescribe que la finalidad de la ley, consiste en garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los titulares, sin embargo, no especifica a que titulares hace referencia, por lo que no queda claro si el legislador quiso aludir a los derechos de los titulares de los datos, o a los derechos de los titulares de los bancos de datos.

Así mismo se excluyen a las bases de datos utilizadas por la prensa y a todo lo referente a las libertades de emitir opinión y de informar. Esto podría ser un tanto objetable, dado que de todas

¹⁶ Denominación usual por la relación existente entre la norma y el nombre de una empresa provee información crediticia, a partir del fichero de morosidad que administra.

¹⁷ El Artículo original en su texto original establecía lo siguiente: Art. 1º “Toda persona tiene derecho a recolectar, almacenar y procesar datos personales para uso estrictamente privado”.



maneras no estarían comprendidas en la ley, pues como mencionáramos más arriba, la ley regula los datos obrantes en registros públicos y o privados que proveen informes, el cual no es el caso de la prensa, salvo los bancos de datos de los medios de prensa que pertenezcan al Estado, aún así, consideramos que eliminar el derecho de acceso y modificación de datos erróneos obrantes en registros periodísticos, es contrario al interés jurídico que pretende tutelar la ley de referencia. Además estas fuentes podrían contener información calificada como sensible, relativa a personas, explícitamente individualizadas o individualizables, con lo que se estaría invadiendo el ámbito personal, íntimo y exclusivo de las mismas.

Vemos reflejado un texto similar en el artículo 1° de la Ley 25.326/2000, de Protección de Datos Personales, de la República Argentina. Parte de la doctrina de dicho país ha cuestionado la inclusión de esa excepción en la norma que regula el objeto de la ley, aduciendo que nada tiene que ver la tutela de los datos personales con la protección de la intangibilidad de las fuentes periodísticas. Otra parte de la doctrina estuvo de acuerdo con esta regla e inclusive propuso que se extendiera la excepción a los bancos de datos de personas que tienen obligación de guardar secreto profesional¹⁸.

► RECOLECCIÓN, ALMACENAMIENTO Y PROCESAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Continuando el análisis de la ley 1682/01, encontramos que con respecto a la recolección, almacenamiento y procesamiento de datos, el Art. 2° dispone: *“Toda persona tiene derecho a recolectar, almacenar, y procesar datos personales para uso estrictamente privado. Las fuentes públicas de información son libres para todos. Toda persona tiene derecho al acceso a los datos que se encuentran asentados en los registros públicos, incluso los creados por la Ley N° 879 del 2 de diciembre de 1981¹⁹, la Ley N° 608 del 18 de julio de 1995, y sus modificaciones”*²⁰.

Los registros creados a través del Código de Organización Judicial, son públicos para el que tenga interés justificado en averiguar

¹⁸ Rebollo Delgado Lucrecio y Saitor Carlos Eduardo, El derecho a la Protección de datos en España y Argentina. Orígenes y Regulación Vigente, Dykinson S. L., Madrid, 2013, p.119.

¹⁹ También denominado Código de Organización Judicial.

²⁰ Que crea el sistema de matriculación y la cedula del automotor.



el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscriptos²¹. Para tales efectos, el texto normativo habla de la expedición de certificados referentes a los asientos de toda clase que existan en los Registros, relativos a bienes que los interesados señalen así como a certificados respecto a determinados asientos que los mismos interesados designen, entre otros tipos de certificados²².

Un aspecto interesante que debemos tener en cuenta son las sentencias que al emanar del Poder Judicial, provienen de una fuente pública de información. La ley objeto de análisis nada expresa respecto a las resoluciones judiciales, por lo que se presumen libres para todos. Sin embargo, consideramos que se debería restringir el acceso al texto de las sentencias o a determinados extremos de las mismas, cuando el acceso a ellas pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas dignos de especial tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, y, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes²³. Por lo pronto, para el caso de las bases de datos públicas y automatizadas de datos, que contengan sentencias judiciales, el uso de iniciales podría ser una solución práctica al problema, de manera a preservar la privacidad de las personas y sus datos sensibles, en concordancia a lo que preceptúa el artículo 4° de esta Ley 1682/01.

El Art. 3° de la Ley 1682/01, establece como lícitas la recolección, almacenamiento, procesamiento y publicación de datos o características personales, que se realicen con fines científicos, estadísticos, de encuestas y sondeos de la opinión pública o de estudio de mercados, siempre que en las publicaciones no se individualicen las personas o entidades investigadas, es decir que se realiza mediante la disociación del dato.

Teniendo en cuenta dicha norma cabe realizarnos la siguiente interrogante ¿Quién controla que efectivamente estas bases de datos con fines científicos, estadísticos, de encuestas y sondeos o estudios de mercado se abstengan de individualizar a las per-

²¹ Art. 328, Ley 879/198.

²² Di Martino, Rosa, Derecho Informático, Editorial Marben, Asunción, 2004. p. 131

²³ Tal como expresa el artículo 266 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de España.



sonas o entidades investigadas? Hoy en día, no existe un órgano que tenga esa prerrogativa, tampoco está contemplada en la ley la obligación de registrar dichos ficheros, individualizar al encargado del tratamiento, tampoco contamos con una norma que obligue al encargado a implementar medidas de seguridad.

► PUBLICACIÓN, DIFUSIÓN Y TRANSMISIÓN DE DATOS PERSONALES

El artículo 4º de la Ley Nº 1682/2001, establece “*Se prohíbe dar publicidad o difundir **datos sensibles** de personas que sean explícitamente individualizadas o individualizables y se consideran sensibles, los datos referentes a pertenencias raciales o étnicas, preferencias políticas, estado individual de salud, convicciones religiosas, filosóficas o morales; intimidad sexual y, en general, los que fomenten prejuicios y discriminaciones o afecten la dignidad, la privacidad, la intimidad doméstica y la imagen privada de personas o familias*”. Este artículo se refiere, en general, a cualquier dato que fomente el prejuicio y la discriminación, protegiendo de esa forma derechos como la dignidad, la privacidad, la intimidad doméstica y la imagen personal o familiar.

Del texto normativo transcrito, se desprende que el artículo 4º de la Ley Nº 1682/2001 solamente prohíbe la difusión de datos sensibles, no excluye el tratamiento de este tipo de datos. En estas circunstancias, cualquier persona física o jurídica podría recolectar, almacenar y procesar datos sensibles, sin que exista prohibición alguna, quedando al margen de la ley, la tutela de los derechos de las personas, que podrían verse afectadas por la existencia de esas bases de datos.

El artículo 5º de la Ley Nº 1682/2001, fue objeto de debate desde la promulgación de la ley, esta inquietud respecto a la norma generó que a menos de un año de encontrarse en vigencia, se impulsara su modificación, concretándose la misma a través de la Ley Nº 1969/2002. El 12 de noviembre de 2014, fue presentado nuevamente ante la Cámara de Diputados un proyecto de ley con la finalidad de modificar dicha norma. La iniciativa estuvo a cargo de del diputado Oscar Tuma que en su exposición de motivos expresó: “*El presente proyecto de ley pretende resolver una de las mayores trabas para conseguir empleo en los últimos años, que es poseer una cuenta activa impaga que figure en registros comerciales en este caso en INFORMCONF convirtiéndose*



en una verdadera cruz de muchos postulantes y que a la vez impiden que dichas personas puedan acceder a créditos de plaza. Varios son los perjuicios directos que sufren los ciudadanos que figuran en el sistema de INFORMCONF por diversas circunstancias y que pasan a quedar supeditadas laboral y económicamente de lo que esta empresa pueda emitir como información sobre una persona, siendo absolutamente inconstitucional. Por ende, el presente proyecto pretende que el ingreso a informconf se efectúe a las resultas de un juicio; solo a través de una resolución fundada del juez del caso y no al momento de simplemente pagar una tasa judicial, donde debe tener prevalencia el derecho de la presunción de inocencia, una vez que fehacientemente y mediante comprobante de pago se acredite que una persona honró su deuda, le permita salir de la base de datos inmediatamente y esperar tres años, siendo perjudicial en todos los sentidos para el mismo”.

En efecto la Ley 5543/15 expresa lo siguiente: Los datos de **personas físicas o jurídicas**²⁴, que revelen, describan o estimen su situación patrimonial, su solvencia económica o el cumplimiento de sus obligaciones comerciales y financieras, podrán ser publicados o difundidos solamente:

- a) *cuando esas personas hubiesen otorgado autorización expresa y por escrito para que se obtengan datos sobre el cumplimiento de sus obligaciones no reclamadas judicialmente;*
- b) *cuando se trate de informaciones o calificaciones que entidades estatales o privadas deban publicar o dar a conocer en cumplimiento de disposiciones legales específicas;*
- c) *cuando consten en las fuentes públicas de información; y,*
- d) *cuando la información verse sobre el cumplimiento de obligaciones financieras y comerciales como límite de crédito, compromisos del mes y saldo adeudado.*

A partir del artículo quinto, la ley dedica su texto a regular la materia que guarda relación con el tratamiento de los datos obrantes en ficheros de morosidad.

En el inciso a) se aclara que para que los datos de solvencia puedan ser publicados es necesaria la autorización por parte del deudor, es lo que denominamos el consentimiento escrito e informado y deberá darse al inicio de la transacción a fin de que el mismo conozca cual sería la consecuencia en caso de incumplimiento, especificando la norma de que los datos corresponderían a obligaciones no reclamadas judicialmente.

²⁴ El titular del dato puede tratarse de tanto de personas físicas o jurídicas. A diferencia de otras legislaciones, en Paraguay la ley tutela a ambos tipos de personas.



En el inciso b) se autoriza la publicación cuando existe un mandato legal que obliga a la entidad a publicar esos datos. En el inciso c) Cuando consten en las fuentes públicas de información, en este caso debemos colegir que la ley se refiere a las constancias y resoluciones judiciales. Finalmente el inciso d) limita a las cuestiones que versen sobre las obligaciones financieras y comerciales, y específica que éstas son por ejemplo el límite de crédito, los compromisos correspondientes al mes y el monto del saldo adeudado.

El artículo 6 de la mencionada ley, hace referencia al tipo de datos que podrán ser publicados y difundidos, los cuales son: a) los datos que consistan únicamente en nombre y apellido, documento de identidad, domicilio, edad, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, ocupación o profesión, lugar de trabajo y teléfono ocupacional; b) Cuando se trate de datos solicitados por el propio afectado; y c) Cuando la información sea recabada en el ejercicio de sus funciones, por magistrados judiciales fiscales, comisiones parlamentarias o por otras autoridades legalmente facultadas para ese efecto.

En el Artículo 9º de la Ley 1682/02, modificado por Ley 5443/15 se regula en qué casos las empresas encargadas de los ficheros de morosidad no deberán transmitir datos, a continuación se acompaña un cuadro que diagrama el contenido de la norma.

Art. 9, Ley 1682/01, modificada por la Ley 5543/15: Las empresas, personas o entidades que suministran información sobre la situación patrimonial, la solvencia económica o sobre el cumplimiento de obligaciones comerciales no transmitirán ni divulgarán datos:

Inciso	Casos	Plazos
a)	Deudas vencidas no reclamadas judicialmente	Pasados tres años de la inscripción de deudas vencidas no reclamadas judicialmente.
b)	Deudas	Inmediatamente desde el momento que es cancelada la deuda.
c)	En los juicios de convocatoria de acreedores	Después de cinco años de la resolución judicial que la admita.



Finalmente el artículo impone la obligación a las empresas o entidades que suministran información, sobre la situación patrimonial, la solvencia económica y el cumplimiento de compromisos comerciales a implementar mecanismos informáticos que de manera automática elimine de su sistema de información los datos no publicables, conforme se cumplan los plazos establecidos en la norma señalada.

► ACTUALIZACIÓN Y ELIMINACIÓN DE DATOS PERSONALES

El artículo 7º de la Ley Nº 1682/2001, modificado por la Ley Nº 1969/2002, dispone: *Serán actualizados permanentemente los datos personales sobre la situación patrimonial, la solvencia económica y el cumplimiento de obligaciones comerciales y financieras que, de acuerdo con esta Ley, pueden difundirse. La obligación de actualizar los datos mencionados pesa sobre las empresas, personas y entidades que almacenan, procesan y difunden esa información. Esta actualización deberá realizarse dentro de los cuatro días siguientes del momento en que llegaren a su conocimiento. Las empresas, personas o entidades que utilizan sus servicios, tienen la obligación de suministrar la información pertinente a fin de que los datos que aquéllas almacenen, procesen y divulguen, se hallen permanentemente actualizados, para cuyo efecto deberán comunicar dentro de los dos días, la actualización del crédito atrasado que ha generado la inclusión del deudor. Los plazos citados empezarán a correr a partir del reclamo realizado por parte del afectado. En caso que los datos personales fuesen erróneos, inexactos, equívocos o incompletos y así se acredite, el afectado tendrá derecho a que se modifiquen. La actualización, modificación o eliminación de los datos será absolutamente gratuita, debiendo proporcionarse, además, a solicitud del afectado y sin costo alguno, copia auténtica del registro alterado en la parte pertinente.*

Con la modificación introducida queda claro que el acreedor, que en este caso podría ser un banco, industria, comercio etc., dispone de dos días de plazo para comunicar el pago y regularizar la inscripción de una operación morosa, plazo considerado como razonable atendiendo que en algunos casos los pagos pueden ser realizados en cheque. El plazo de cuatro días correspondería a la empresa encargada del fichero de morosidad, considerando que si se trata de una operación



morosa se deberá realizar las verificaciones con la empresa acreedora y si se trata de la presentación de un finiquito, los mismos son nuevamente verificados en Tribunales. Queda también definido que el plazo empieza a correr a partir del reclamo del afectado y que las actualizaciones solicitadas son absolutamente gratuitas para el mismo.

► ACCESO A LOS DATOS

El Artículo 8 de la Ley 1682/01, establece la legitimación activa y pasiva para el acceso a la información, señalando que: *“Toda persona podrá acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, sobre su cónyuge, sobre personas que acredite se hallen bajo su tutela o curatela, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público o en entidades que suministren información sobre solvencia económica y situación patrimonial, así como conocer el uso que se haga de los mismos o su finalidad”*.

Este texto se encuentra en concordancia con lo previsto por la Constitución respecto a la garantía del hábeas data. En el siguiente cuadro, se detalla la norma en forma gráfica.

Cuentan con legitimación activa	Cuentan con legitimación Pasiva
1) Toda persona, sobre sí misma.	1) Registros Oficiales.
2) El/la cónyuge	2) Registros privados de carácter público.
3) La persona que ejerce la tutela o curatela	3) Entidades que suministren información sobre solvencia económica y situación patrimonial ²⁵

► SANCIONES

La ley 1682/01, modificada por la Ley 1969/02, también contempla sanciones pecuniarias. Así vemos que por incumplimiento de la ley, el Artículo 10 de la misma establece lo siguiente:

“Se aplicarán las sanciones en los siguientes casos a) las personas físicas o jurídicas que publiquen o distribuyan información sobre la situación patrimonial, solvencia económica o cumplimiento de obligaciones comerciales y financieras en violación de las

²⁵ Esto se trataría de una redundancia dado que se ha interpretado por la doctrina que las entidades que suministran información sobre solvencia económica y situación patrimonial estarían comprendidos entre los registros privados de carácter público.



disposiciones de esta Ley serán sancionadas con multas que oscilarán, de acuerdo con las circunstancias del caso, entre cincuenta y cien jornales mínimos para actividades laborales diversas no especificadas, multas que se duplicarán, triplicarán, cuadruplicarán, y así sucesivamente por cada reincidencia del mismo afectado; Para que se produzca la multa, la duplicación, triplicación, cuadruplicación, etc., se requerirá que la entidad reacia al cumplimiento de la actualización dentro del plazo establecido en el Artículo 7° de esta Ley, haya recibido el previo reclamo por escrito del particular afectado; **b) Las personas físicas o jurídicas que, pese a estar obligadas a rectificar o a suministrar información para que se rectifiquen datos de acuerdo con lo que dispone el Artículo 7°, no lo hagan o lo hagan fuera de los plazos allí establecidos, serán sancionadas con multas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, oscilarán entre cincuenta y cien jornales** mínimos para actividades laborales diversas no especificadas, multas que, cada caso de reincidencia, serán aumentadas de acuerdo con la pauta establecida en el apartado a); Para que se produzca la multa, duplicación, triplicación, cuadruplicación, etc, se requerirá que la entidad reacia al cumplimiento de la actualización dentro del plazo establecido en el Art. 7 de esta Ley, haya recibido el previo reclamo por escrito del particular afectado. c) Si los **reclamos extrajudiciales** a los que se refiere el Artículo 8° **no fueran atendidos** sin razón o sin base legal, se aplicará a la entidad reacia al cumplimiento de sus obligaciones, una multa que, de acuerdo con las circunstancias del caso, oscilará entre **cien y doscientos jornales** mínimos para actividades laborales diversas no especificadas”.

Ahora bien, tras la modificación de la ley 1682/01, en el año 2002, a tan solo un año, cuatro meses y siete días de su promulgación, los cambios introducidos a la ley que reglamenta la información de carácter privado, por ésta nueva norma han generado numerosos interrogantes, a raíz de la laguna que ha generado en la misma.

Se presenta la duda acerca de cuál sería el órgano aplicador de las multas, también existe la incertidumbre respecto a la facultad



para efectuar las rectificaciones o supresiones, cuál sería el procedimiento aplicable y a donde irían destinadas las multas. Ello debido a que la Ley 1969/02, dispone lo siguiente en su Artículo 1°.- *“Modificanse los Artículos 1°, 2°, 5°, 7°, 9° y 10 de la Ley N° 1682/2001, cuyos textos quedan redactados de la siguiente manera”*.

Al remitirnos a la nueva redacción del artículo 10, constatamos que quedó eliminado el inciso d) de la Ley 1682. Dicho inciso contemplaba lo siguiente:

“El juzgado ordenará que se efectúen las rectificaciones o supresiones que correspondan, y podrá ordenar también que la sentencia definitiva sea publicada en forma total, parcial o resumida, a costa del responsable”.

Con el nuevo texto queda suprimida la potestad judicial de efectuar las rectificaciones o supresiones, además quedó eliminada también la potestad de publicar la sentencia. Aunque estas acciones podrían ser realizadas en el marco del hábeas data.

También quedaron suprimidos los tres últimos párrafos del artículo que expresaban: *“Será competente para la aplicación de las multas el Juzgado en lo Civil y Comercial, en trámite sumario. El cincuenta por ciento (50%) del importe total de las multas corresponderá al afectado, y lo restante será destinado a las instituciones correccionales de menores. La aplicación de la multa no obstará a que la persona afectada promueva acción penal o acciones para reclamar la indemnización por daños y perjuicios”*.

Por lo tanto, al eliminarse ese segmento tan fundamental de la norma, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, perdió competencia para aplicar las multas, también quedó suprimido procedimiento sumario para estos casos, así como el destino que el Estado le debería dar a las multas emanadas del incumplimiento de esta ley. Como se observa a su vez se ha descartado la parte que señalaba que la persona afectada podía promover acción penal o acciones para reclamar la indemnización de daños y perjuicios. Esto nos lleva a cuestionarnos cual habría sido la motivación del legislador para generar las modificaciones señaladas, dado que no cumplen una función que favorezca el cumplimiento de los derechos de las personas perjudicadas por el uso indebido de sus datos de carácter personal, por el contrario, los cambios han des-

naturalizando la ley y vaciándola de contenido.

Por otra parte, del cotejo de la norma originaria y su modificación, se constata que fueron reducidas considerablemente las multas, de 700 jornales mínimos, a tan solo 200 jornales mínimos.

A diferencia de otros países, Paraguay aún no cuenta con un órgano regulador de Protección de Datos, consideramos que resulta sumamente necesaria la promulgación de una ley, que entre otras cosas establezca las sanciones con normas claras, disponga la obligación del registro de ficheros, establezca medidas de seguridad, cree un órgano autónomo encargado de la protección de los datos de carácter personal, regule la transferencia internacional de datos, etc.

Cabe mencionar que desde la última modificación de la ley 1682/01, se han planteado numerosos proyectos legislativos para transformar nuevamente su texto, pero hasta nuestros días ninguno ha prosperado.

► EL HÁBEAS DATA EN PARAGUAY

La garantía del hábeas data se incorpora al orden jurídico paraguayo en la nueva Constitución de 1992, en su artículo 135, disponiendo lo siguiente: *“Toda persona puede acceder a la información y a los datos que, sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el Magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afecten ilegítimamente sus derechos”*.

Del análisis de las actas de la Convención Nacional Constituyente, se desprende el poco debate que ha suscitado esta importante garantía. En la sesión plenaria del día primero de junio de 1992 se discutieron solo dos mociones, la de la comisión redactora que propuso el texto actual del artículo 135, mientras que en la otra moción fue propuesta por el convencional Luis Lezcano Claude, en la que sugería remplazar la expresión de “registros públicos y registros privados de carácter público”, por la expresión “entidades públicas o privadas”, sin embargo esta última moción no prosperó²⁶. Consideramos que para la tutela efectiva del derecho a la

²⁶ Mendonca Bonet, Juan Carlos, Hábeas Data, en Derecho Procesal Constitucional, La Ley Paraguaya, Asunción, 2012, p. 232-233.



autodeterminación informativa, la segunda propuesta, era la más acertada.

Al poco tiempo de la promulgación de la Constitución, fue presentado el primer hábeas data de la historia paraguaya, interpuesto por el Señor Martín Almada, el 11 de setiembre de 1992²⁷. Ese recurso permitió el hallazgo del archivo policial de la dictadura de Alfredo Stroessner. Los documentos recuperados a través del hábeas data mencionado, fueron sistematizados y digitalizados, hoy en día constituyen el llamado “Archivo del terror”. Este Archivo, fue incluido en el Registro del Programa, Memoria del Mundo, como patrimonio intangible de la humanidad, a diferencia de otros archivos similares de América Latina, tiene dos características que lo hacen único, el acceso irrestricto al público desde los hallazgos²⁸; y su permanencia bajo custodia de uno de los Poderes del Estado, el Poder Judicial²⁹.

Retomando las características de la garantía constitucional del hábeas data, debemos señalar que en virtud a ella, toda persona tiene derecho a conocer los datos que de ella conste en los archivos o bancos de datos. La Constitución hace referencia a registros oficiales o privados de carácter público, en este último caso, para que sea pertinente la acción de hábeas data es necesario que el registro esté destinado a proveer informes. Esta acción es de carácter individual, en consecuencia no es admisible cuando se trata de datos procesados con fines estadísticos que no están identificados en forma individual.

Mientras las otras garantías constitucionales como el hábeas corpus, el amparo y la acción de inconstitucionalidad se encuentran debidamente reglamentadas, el hábeas data puede ser considerada como la cenicienta de las garantías pues no cuenta con una ley reglamentaria, por lo que ante la inexistencia de ésta, el hábeas data se tramita conforme a las reglas procesales fijadas para el juicio de amparo y con las particularidades que la Corte Suprema de Justicia ha señalado en el A.I. N° 649 del 25 de junio de 1996, dictado

²⁷ Almada, Martín, Paraguay la Cárcel Olvidada. El país exiliado, Décimo Tercera Edición, Editorial Marben, Asunción, 2010, p. 255.

²⁸ Salvo algunos documentos que contienen datos sensibles.

²⁹ Corte Suprema de Justicia del Paraguay. <http://www.pj.gov.py/contenido/132-museo-de-la-justicia/334> (Consulta: 11/06/15)



en el juicio: “M. R. S. Ch. s/ hábeas data”. En dicho fallo la máxima instancia señala que el trámite constaría de las siguientes etapas: 1) Identificar el registro 2) Expresar en qué consiste la ilegalidad que afecta el derecho del recurrente 3) Presentar u ofrecer prueba del error 4) Correr traslado 5) Actividad probatoria 6) Valorar la prueba 7) Decisión que sólo puede tener como contenido a) No hacer lugar porque los datos son correctos; b) Disponer la corrección de los datos, o; c) disponer la destrucción de lo indebidamente asentado, siempre que los datos, aparte de erróneos, afecten indebidamente el derecho.

El hábeas data es una garantía constitucional que permite que todos los habitantes puedan acceder a las constancias de los archivos y por lo tanto puedan controlar su veracidad. También tiene por finalidad la modificación de dichas constancias particularmente en dos casos: cuando los datos obrantes en las constancias sean falsos o cuando precisen actualización.

Esta acción deberá presentarse en Mesa de Entrada de Garantías Constitucionales³⁰, esta dependencia del Poder Judicial es la encargada de realizar el sorteo correspondiente derivando posteriormente la causa al Juzgado de Primera Instancia, que resultase sorteado.

Como explica María Elodia Almirón³¹, el primer requisito que debe acreditarse es que exista el registro en el que consten datos relativos a una persona. Con respecto a esto debe existir un previo juicio de méritos, ante el magistrado competente, para que se pueda poner en evidencia la legitimidad del reclamo, antes que se pase a una fase de discusión. El juez deberá hacer un examen previo de la presentación para determinar la legitimidad de la presentación, la existencia del sujeto pasivo y la naturaleza de los datos relativos a la persona solicitante. Si no encuentra legitimidad en la reclamación o el sujeto pasivo no fuere un registro público o de carácter público podrá rechazar *in limine* la acción³².

³⁰ Dependencia que fue creada por la Corte Suprema de Justicia, a través de la Acordada N° 83 de fecha 4 de mayo de 1998, para la ciudad de Asunción, y reglamentada por la resolución N° 694 de fecha 3 de marzo de 2000.

³¹ Almirón Prujel, María Elodia, La acción de Hábeas Data, Garantía Constitucional de Derechos Fundamentales. Garantías Constitucionales, apuntes doctrinarios, legislación aplicable y jurisprudencia nacional. Editado por la Corte Suprema de Justicia. Centro de Investigación de Estudios Judiciales, 2004, p. 126.

³² Ramírez Candia, Manuel de Jesús, Derecho Constitucional Paraguayo, Tomo I, Editora Litocolor, 2005, p. 738.



Es importante mencionar que en Paraguay, el Hábeas Data no autoriza a solicitar la destrucción de un archivo por el solo hecho de contener datos de una persona, siendo de rigor expresar en que consiste el daño inferido a la imagen o a la intimidad de la persona. El derecho a la intimidad no tiene un carácter absoluto en nuestro país, y debe ser interpretado en concordancia con los otros derechos fundamentales, como ser el derecho a la información.

En cuanto a las costas en el juicio de hábeas data, el Dr. Juan Carlos Mendonca, propone que como la pretensión en este juicio carece de monto, por tratarse de derechos sin contenido patrimonial inmediato, por analogía, los honorarios deben determinarse de conformidad con el artículo 61 de la Ley 1376/88, que establece el modo de regular en el juicio de amparo, el cual dice en su última parte: *“Si la acción no es susceptible de apreciación pecuniaria, los honorarios no debe ser inferiores a sesenta jornales”*³³.

► LA PROTECCIÓN DE DATOS EN CONTRASTE CON EL DERECHO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Todo régimen democrático debería garantizar el derecho de acceso a la información pública, también es cierto que aquel debe salvaguardar el derecho a la privacidad de las personas. De hecho, ambos derechos se encuentran, con frecuencia, en un mismo nivel en la Constitución.

Los organismos del Estado almacenan una gran cantidad de datos personales, lo cual puede prestarse a varias situaciones de conflicto en relación con el acceso a la información. Puede darse el caso de que, un ente estatal se niegue a permitir el acceso a cierto tipo de información argumentando que la publicidad de esta vulneraría la privacidad de las personas. Desde luego que ante ello lo primero que debe revisarse es la correcta clasificación de la información, pero existen situaciones donde quizá no quede del todo claro que esta deba o no clasificarse como confidencial, por contener datos personales, de ahí la importancia de contemplar este aspecto en la legislación.

La Agencia Española de Protección de Datos ha señalado que

³³ Mendonca Bonet, Juan Carlos, Op. Cit., p.249.



cuando las personas exigen conocer información concerniente a un servidor público, deben distinguirse aquellos datos personales que son inherentes al cargo público de aquellos que no lo son y por tanto inciden en su esfera privada. La tarea suena sencilla, sin embargo, puede decirse válidamente que en este tema existe un consenso casi generalizado en apoyo a la protección los datos personales del servidor público en tanto sujeto de derechos mientras ello no impida una correcta rendición de cuentas. Además señala que un aspecto central en este tema es el hecho de que un funcionario público, por el hecho de serlo, no pierde ni ve disminuidos sus derechos fundamentales sino, más bien, se encuentra normada aquella información que debe conocerse a manera de excepción y, en los casos de lagunas jurídicas, procedería la aplicación de un criterio de función pública o desempeño del encargo para dilucidarlas³⁴.

A la hora de realizar el análisis respecto a la pertinencia o no de dar publicidad a los datos, en el caso de que se solicite la publicidad de los ficheros o sistemas de datos personales que contengan todas las fotografías de los funcionarios públicos, las fechas de nacimiento, los currículum vitae, los registros de contribuyentes o los números de identificación fiscal, la Agencia Española de Protección de Datos señala que habrán de elaborarse criterios *ad-casum* por las autoridades competentes, que tomen en cuenta: i) si existen excepciones en favor de la publicidad de dichos supuestos en las leyes respectivas, ii) si con la divulgación de los datos personales se puede vincular o conocer el correcto desempeño de las responsabilidades o tareas asignadas al funcionario en un caso concreto; iii) si dichos datos son considerados como información propia del individuo, no de su puesto en la estructura laboral, y iv) si la divulgación añade información necesaria para la rendición de cuentas o la transparencia en el uso de recursos públicos³⁵.

Basterra³⁶ comenta que la cuestión central en torno a la problemática de la colisión entre el derecho a la intimidad y la libertad

³⁴ El Acceso a la Información Pública y la Protección de los Datos Personales. http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/iberoamerica/declaraciones/acceso_informacion/common/pdfs/001_Acceso-a-la-Infomaci-oo-n-P-u-u-blica-y-Protecci-oo-n-de-Datos.pdf (Consulta: 27/09/2017)

³⁵ El Acceso a la Información Pública y la Protección de los Datos Personales. *Ibidem*.

³⁶ Basterra, Marcela, Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad. Rubinzal-Gulzoni, Buenos Aires, 2012, p. 39.



de información, fue magistralmente expuesta por Rodney Smolla, quien decía que “*en esta confrontación se permite visualizar claramente aquellos casos de conflicto, estableciendo cuatro combinaciones posibles en el entrecruzamiento del derecho a la información y el derecho a la intimidad de una persona: 1) cuando la información es de interés público y no privada; 2) cuando la información reviste interés público y es privada; 3) en el caso en que no es privada dicha información, y además no suscita interés público; 4) finalmente, cuando la información es privada, pero no de interés público*”.

Entrando al análisis de las combinaciones apuntadas, el problema hermenéutico se plantea en el segundo caso, para lo cual, según la autora, habrán de tenerse en cuenta dos factores determinantes, uno de ellos el carácter de los sujetos involucrados y el otro, el lugar del acontecimiento. Si el hecho divulgado pertenece a un funcionario público y si el hecho tuvo lugar en un espacio público, no habría responsabilidad por hacer pública la información³⁷.

► JURISPRUDENCIA NACIONAL

La jurisprudencia nacional ha desarrollado una serie de ideas en relación al hábeas data. En un voto razonado el Ministro de la Sala Constitucional, Dr. Oscar Paciello, ha señalado que: “*El Hábeas Data no es el medio lícito para preconstituir pruebas utilizables en un proceso ulterior. Frente al derecho de cualquier ciudadano de borrar, enmendar o rectificar datos, que obren en un registro público o privado de carácter público, está el principio de inviolabilidad del patrimonio documental de las personas establecido en el artículo 35 de la Constitución Nacional. Debe entenderse, por lo demás, que los datos que pueden obtenerse por la vía del Hábeas Data a los efectos de su rectificación o destrucción por su falsedad, son datos que deben constar en registros públicos o privados de acceso público, pero no cualquier documentación o asiento contable que, cabe reiterarlo, forma parte del patrimonio documental inviolable de las personas*”³⁸.

Los Tribunales de Alzada también se han ocupado de clarificar el alcance y la naturaleza de esta garantía, en los casos que han llegado a entender en grado de apelación. En un fallo del año 1998

³⁷ Basterra, Marcela. Op. cit., p. 40.

³⁸ Acuerdo y Sentencia N° 477, de fecha 1° de 1997, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.



se ha señalado que “el Hábeas data no constituye un recurso propiamente dicho, como lo ha calificado la Jueza de Primera Instancia en la parte dispositiva de la resolución recurrida, ya que desde el punto de vista estrictamente procesal, los recursos constituyen mecanismos que han sido legislados para impugnar resoluciones judiciales a fin de lograr ante a Alzada su nulidad, su revocatoria y su modificación. Por el contrario, con el Hábeas data no se pretende impugnar una resolución judicial por cuanto que, como garantía constitucional que es, ha sido legislado únicamente con medio para asegurar la defensa de los derechos de las personas, finalidad que, a su vez, exige no la interposición de un recurso, sino la promoción de un juicio a través del cual se canaliza la demanda o pretensión de quien se considere afectado ilegítimamente en sus derechos”³⁸.

Prosiguiendo el estudio de la resolución mencionada, se observa que el Tribunal de Apelación, clasifica el hábeas data en las siguientes categorías: 1) Hábeas data Informativo, que a su vez puede ser: a) Exhibitorio, en virtud del cual se pretende conocer la información misma, o el dato mismo; en otras palabras, qué es lo que ha sido objeto de inclusión en un fichero; b) Finalista, por el cual se pretende conocer el uso concreto de tales datos o elementos informativos. 2) Hábeas Data Aditivo, por el cual se pretende agregar datos faltantes en el registro, o simplemente actualizarlos; 3) Hábeas Data Rectificadorio, que como ya su nombre lo indica, persigue la corrección de errores en el fichero respectivo; 4) Hábeas Data Cancelatorio o Exclutorio, cuyo objetivo es lograr la supresión, eliminación o destrucción del fichero del dato sensible, en el caso de que este constituya información relativa a las ideas políticas, religiosas, gremiales, filosóficas, ideológicas, al comportamiento sexual de los individuos, al estado de salud de las personas, o datos relativos a la identidad racial, situación económica, entre otras³⁹.

► CONCLUSIÓN

Llegando al final del presente trabajo, podemos afirmar que el Derecho a la Protección de Datos Personales se ha convertido hoy en día en una nueva rama del derecho, que va adquiriendo mayor

³⁸ Voto razonado del Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Dr. Marcos Riera Hunter, en el Acuerdo y Sentencia N° 84/98, de fecha 10 de noviembre de 1998, dictado en el expediente “B.R. C/ INFORMCONF”.



relevancia, gracias al avance de la tecnología. El legislador nacional no debe ser ajeno a esa realidad.

Resulta fundamental que en Paraguay la legislación positiva se adecue a las exigencias que impone la globalización en materia de protección de datos. Si bien es cierto que el país ha avanzado en la regulación del derecho informático, una tarea pendiente sigue siendo la regulación integral de la protección de datos, dado que hasta la fecha la normativa existente no protege eficazmente a los gobernados en su derecho a la autodeterminación informativa, pues, la ley refiere a ámbitos parciales como lo son el crediticio, y exclusivamente los registros públicos y los privados de carácter público, dejando sin regulación a todas las bases de datos privadas.

Finalmente, resulta prioritario lograr el consenso con miras a la adecuada protección de la persona en el ámbito de la protección de sus datos, sumándonos así al esfuerzo internacional en esta materia, sin descuidar otros aspectos relevantes como lo son la importancia del comercio y la regulación de la transferencia internacional de datos.

BIBLIOGRAFIA

- ALMADA, Martín, Paraguay la Cárcel Olvidada. El país exiliado, Décimo Tercera Edición, Editorial Marben, Asunción, 2010.
- ALMIRÓN PRUJEL, María Elodia. La acción de Hábeas Data, en Garantía Constitucional de Derechos Fundamentales" Garantías Constitucionales, apuntes doctrinarios, legislación aplicable y jurisprudencia nacional. Editado por la Corte Suprema de Justicia. Centro de Investigación de Estudios Judiciales. Asunción, 2004.
- BASTERRA, Marcela, Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2012.
- DI MARTINO, Rosa. Derecho Informático. Editorial Marben. Asunción – Paraguay, 2004.
- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel, La violación de la intimidad en la protección de datos personales, Dykinson, 1999, Madrid.
- MARECÓS GAMARRA, Adriana, La protección de datos personales como núcleo del derecho fundamental a la autodeterminación informativa. Una mirada desde el derecho español y europeo. En Protección de datos personales, CIEJ, Corte Suprema de Justicia, Asunción, 2010.
- MENDONCA BONET, Juan Carlos, Habeas Data, en Derecho Procesal Constitucional, La Ley Paraguaya, Asunción, 2012.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Nuevos derechos fundamentales de la era tecnológica: la libertad informática, ADPEP. núm. 2., 1989.
- RAMÍREZ CANDIA, Manuel de Jesús, Derecho Constitucional Paraguayo, Tomo I, Editora Litocolor, 2005.
- REBOLLO DELGADO Lucrecio y SALTOR Carlos Eduardo, El derecho a la Protección de datos en España y Argentina, Orígenes y Regulación Vigente. Dykinson S. L., Madrid, 2013.
- ROJAS WIEMANN, Javier, El derecho fundamental de la protección de datos de carácter privado, Encarnación, Fondo Editorial San Agustín, 2014.
- WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy, Civitas, Madrid, 1995.



●●●●●●●●●● PALABRAS CLAVE:

Protección, datos, garantía, privacidad, información personal.

●●●●●●●●●● KEYWORDS:

Protection, data, guarantee, privacy, personal information.



DERECHO INTELECTUAL



-
- ▶ PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS VIDEOJUEGOS EN EL PARAGUAY.





Protección jurídica de los videojuegos en el Paraguay

Aldo Fabrizio Modica Bareiro ¹

► SUMARIO

El objetivo del presente trabajo es analizar la protección jurídica de los videojuegos en el Paraguay. En primer lugar, se hará una breve introducción donde se mencionará la importancia de la industria de los videojuegos y su protección como obra por la ley de derechos de autor. A continuación, se tratará de explicar la naturaleza jurídica y sus diversas posibilidades de encuadramiento jurídico, en especial como software, audiovisual y obra multimedia. En ese sentido, se tratarán cuestiones que hacen a la titularidad de derechos, duración y límites. También se verán cuestiones vinculadas a la elusión de medidas tecnológicas de protección, la tutela de los videojuegos por otros derechos intelectuales (patentes, marcas, modelos industriales, imagen comercial, secretos comerciales) y todo lo relacionado a la protección de los jugadores o usuarios y la explotación de los deportes electrónicos. También se conocerá sobre la industria de los videojuegos en el Paraguay, y luego se pasará a una conclusión general.

► ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze the legal protection of video-games in Paraguay. First, a brief introduction will be made mentioning the importance of the video game industry and its protection as a work by copyright law. Next, it is a question of explaining the legal nature and its diverse possibilities of legal framing, especially as software, audiovisual and multimedia work. In this sense, issues that make ownership of rights, duration and limitations are addressed. There will also be issues related to the circumvention of technological protection measures, the protection of video games by other intellectual property rights (patents, trademarks, industrial designs, publicity rights, trade secrets) and everything related to the protection of players or users and the exploitation of electronic sports. The videogame industry in Paraguay will be developed, and finally a conclusion will be presented.

¹ Abogado por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Doctorando en Derecho por la Universidad Austral de Buenos Aires. Magister en Docencia en Educación Superior por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Magister en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral de Buenos Aires (Medalla de oro).



► INTRODUCCIÓN

Los videojuegos constituyen una de las industrias con mayor evolución en los últimos años a nivel mundial. Es así que de las primeras máquinas electrónicas de salón o *arcades* en sus inicios, pasaron posteriormente a formar parte de las computadoras y consolas con sus respectivos cartuchos o CDs —tanto de mesa como portátiles— para luego en la era digital permitir la descarga directa a *smartphones*, tabletas y demás dispositivos electrónicos. Recientemente, se suma el hecho de que es posible disfrutar de los videojuegos como un servicio de suscripción por internet del tipo *streaming*, como lo son desde hace un tiempo las plataformas de músicas y películas en línea.

La industria de los videojuegos se ha convertido en la industria del entretenimiento más rentable a nivel mundial, superando incluso al cine y a la música juntos. De acuerdo al último informe Global del Mercado de los videojuegos presentado por *Newzoo* en abril del 2017, se espera para finales de este año, que 2.2 billones de jugadores en todo el mundo generen ganancias por \$108,9 billones de dólares².

Teniendo en cuenta esta evolución de la industria, vemos que los videojuegos no son una industria del ocio destinada exclusivamente “a los niños”. De acuerdo a otro informe del 2016 publicado por la *ESA (Entertainment Software Association)* en los Estados Unidos la media de edad de los jugadores de videojuegos es de 38 años³. El 50% de los jugadores creen que le sacan más provecho a un videojuego que a una música, a una serie o una película. Es decir, un videojuego “triple A” si bien tiene un costo de producción semejante al de una superproducción de Hollywood, otorga un promedio de 50 horas de entretenimiento, a diferencia de una película de dos horas de duración o un álbum musical de 60 minutos.

De acuerdo al Plan Nacional de Propiedad Intelectual en Para-

² Esto representa un aumento de 7.800 millones de dólares, o un 7,8%, respecto al 2016. Los ingresos de los juegos digitales representarán 94.400 millones de dólares, o el 87% del mercado mundial. Los juegos de móviles es el segmento más lucrativo, con teléfonos inteligentes y tabletas creciendo un 19% año tras año a 46.100 millones de dólares, demandando el 42% del mercado. En 2020, los juegos móviles representarán sólo más de la mitad del mercado total de juegos (<https://newzoo.com/insights/articles/the-global-games-market-will-reach-108-9-billion-in-2017-with-mobile-taking-42/>). Consultado el 05/06/2017.

³ En <https://www.tugamingmundo.com/la-media-edad-los-jugadores-videojuegos-38-anos-segun-informa-del-esa/>. Consultado el 05/06/2017.



guay, los videojuegos se encuentran entre las industrias creativas de mayor crecimiento en los últimos años, y junto a la música, el *software* y las aplicaciones en general, ellas forman parte del proyecto de promoción de las industrias creativas locales denominado “Naranjaite”⁴. Es así que no podemos dejar de mencionar la importancia que tienen los videojuegos para el sistema de propiedad intelectual en nuestro país.

En Paraguay toda creación intelectual original, en el ámbito literario o artístico, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse, está protegida como obra por la ley 1328/98 de Derechos de Autor y Derechos Conexos⁵. Si bien la ley de derecho de autor no se refiere a los videojuegos como categoría de obras protegidas especialmente, esto no significa que carezcan de protección, ya que se establece que la enumeración de obras protegidas por la ley es meramente enunciativa y no taxativa. A continuación, nos adentraremos en analizar el régimen jurídico aplicable a los videojuegos en el Paraguay.

► NATURALEZA JURÍDICA DE LOS VIDEOJUEGOS

Los videojuegos consisten en un *software*⁶ creado para el entretenimiento y basado en la interacción entre una o varias personas y un aparato electrónico que ejecuta el programa⁷. Presentan una situación más compleja por los diversos elementos que los integran (técnicos, gráficos, musicales, informáticos, etc.). Esto significa que confluyen elementos tanto del ámbito de la tecnología como de la creatividad artística, conjugando la expresión de la imaginación con la tecnología más avanzada. Los códigos informáticos subyacentes a los juegos transforman las ideas en ricas expresiones de

⁴ Proyecto llevado a cabo por la Dirección Nacional de la Propiedad Intelectual (DINAPI), con el apoyo de la SENATICS y las Facultades de Arquitectura y Politécnica de la UNA. De acuerdo al Plan Nacional en PI en Paraguay “actualmente se encuentra en marcha la preparación de la edición Diseño y Artes Visuales; cuyo fin es impulsar un foro entre los distintos actores de la industria creativa para generar redes, capacitación, interacción a través de talleres y seminarios, entre otras actividades” (Decreto No. 7132 del 18/05/2017 por el cual se aprueba el Plan Nacional de Propiedad Intelectual).

⁵ Art. 2. Inc. 16 de la ley 1398/98.

⁶ Nuestra ley de Derechos de Autor 1328/98, en el art. 2 inc. 33 establece que el “programa de ordenador (*software*) es la expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un computador ejecute una tarea u obtenga un resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”.

⁷ Sara MARTÍN SALAMANCA, “La cuestión de las obras cinematográficas, los formatos televisivos y las adaptaciones cinematográficas de videojuegos: Cuando las ideas se hacen imágenes”, en Ideas, bocetos, proyectos y derecho de autor, Reus, Madrid, 2011, 114.



arte visual que cobran vida en diversos aparatos —consolas, computadoras, tabletas y teléfonos inteligentes—⁸. Esta situación concreta da lugar a discusiones sobre la mejor forma de tutelarlos. Pero, a diferencia de los juegos tradicionales de tableros y fichas, la protección está presente en todos los casos.

Según se afirma, el proceso de desarrollo de un videojuego es similar a la creación de un *software* en general, aunque difiere en la gran cantidad de aportes creativos (música, historia, diseño de personajes, niveles, etc.) necesarios. El desarrollo también varía en función de la plataforma objetivo (PC; móviles, consolas), el género (estrategia en tiempo real, juegos de rol, aventura gráfica, plataformas, etc.) y la forma de visualización (2D, 2.5D y 3D)⁹.

En algunas jurisdicciones, como las de la Argentina, Canadá, China, España, la Federación de Rusia, Israel, Italia, Singapur y Uruguay, los videojuegos son considerados como un *software* funcional con un interfaz gráfico. Por su parte, Alemania, Bélgica, Brasil, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos, Francia, India, Japón, Sudáfrica y Suecia han adoptado un enfoque más pragmático y reconocen la complejidad de los videojuegos, por lo que favorecen una “clasificación distributiva”, que otorga protección por separado a cada elemento creativo del juego, de acuerdo con su naturaleza específica. En otras jurisdicciones, como las de Kenya y la República de Corea, se considera que los videojuegos son obras audiovisuales^{10 11}.

Por su parte, algunos autores entienden que los videojuegos forman parte de las obras multimedia¹², caracterizándose por el hecho de la participación del usuario en la obra, que se conoce como interactividad. Así, se ha destacado que “lo esencial de estas

⁸ David GREENSPAN, “Los videojuegos y la P.I.: perspectiva mundial”, OMPI Revista, abril de 2014 (http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2014/02/article_0002.html).

⁹ En https://es.wikipedia.org/wiki/Desarrollo_de_videojuegos. Consultado el 05/06/2017.

¹⁰ Art. 2 inc. 18 de la ley 1328/98. “Obra audiovisual es toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, susceptible de ser proyectada o exhibida a través de aparatos idóneos, o por cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene, sea en películas de celuloide, en videogramas, en representaciones digitales o en cualquier otro objeto o mecanismo, conocido o por conocerse. La obra audiovisual comprende a las cinematográficas y a las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía”.

¹¹ Andy RAMOS GIL DE LA HAZA, “Videojuegos: ¿programas informáticos u obras creativas?”, OMPI Revista, agosto 2014 (http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2014/04/article_0006.html).

¹² “Desde el punto de vista de nuestra disciplina, éstas son en principio obras colectivas que incluyen textos, sonidos, imágenes fijas y en movimiento de obras preexistentes y/o de otras creadas especialmente para el efecto, que son digitalizadas e incorporadas en un soporte, regido por un software, que consente una interacción con el usuario o que hace posible que éste busque materiales dentro del abanico de posibilidades que se les abre” (Gladys BAREIRO DE MÓDICA y Carmelo Alberto MÓDICA, Derecho paraguayo de autor, Asunción, 2011, 294-295).



producciones es la interactividad proporcionada por la asociación de esos datos (digitalizados) a un programa de ordenador (o a varios), en virtud de la cual los usuarios finales de tales productos pueden tener acceso a esos datos y navegar a través de ellos¹³. A su vez, existen diversas posiciones doctrinarias sobre la naturaleza misma de la obra multimedia: a) Es un soporte de obras primigenias; b) es esencialmente un *software* que permite la presentación del material reunido; c) es una base de datos tutelada (siempre que por la selección o disposición de las materias compiladas haya una creación personal); d) es una obra audiovisual.

En 2011 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América equiparó los videojuegos a otras expresiones artísticas tradicionales al afirmar que “al igual que los libros, las obras de teatro y las películas que les han precedido como objetos de protección, los videojuegos comunican ideas, e incluso mensajes sociales, mediante instrumentos literarios conocidos (como por ejemplo los personajes, los diálogos, el argumento y la música) y características distintivas de esa expresión (como la interacción del jugador con el mundo virtual)”¹⁴.

En nuestro país, si bien la ley 1328/98 de derechos de autor y derechos conexos no establece expresamente una categoría especial para los videojuegos —a diferencia de otros tipos especiales de obras— en la práctica se los considera como *software*, y le son aplicables por ende las disposiciones “del capítulo II De los programas de ordenador”. Esto se desprende por el hecho de que los videojuegos que son depositados para su registro en la Oficina de Derechos de Autor —dependiente de la Dirección Nacional de Propiedad Intelectual (DINAPI)— son presentados en formularios en la categoría de programas de ordenador o *software*¹⁵, si bien es sabido que en materia de derechos de autor el goce o el ejercicio del derecho

¹³ Antonio DELGADO PORRAS, “Las producciones ‘multimedia’: ¿Un nuevo género de obras?”, en Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Montevideo, 1997, I, 260.

¹⁴ Jewell CATHERINE, “Los videojuegos: arte del siglo XXI”, OMPI Revista, agosto de 2012 (http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2012/04/article_0003.html).

¹⁵ Art. 23 del Decreto Reglamentario N° 5159/99: “Para la inscripción de programas de ordenador, software, base de datos, cuya explotación se realice comercialmente o mediante su transmisión a distancia, se depositará extractos de su contenido y relación escrita de su estructura, organización y principales características, que permitan a criterio y riesgo del solicitante individualizar suficientemente la obra. Para proceder al registro de una obra de programa de ordenador, software o base de datos que tengan el carácter de inéditas, el solicitante presentará un sobre lacrado y firmado sobre las expresiones de la obra que juzgue convenientes y suficientes para identificar su creación y garantizar la reserva de su información secreta”.



no estará supeditado al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad¹⁶, por lo que el registro de una obra es meramente declarativo y no constitutivo (como ocurre, por ejemplo, con las marcas e invenciones, en que los derechos exclusivos se adquieren a partir de la obtención del registro y la patente, respectivamente), constituyendo el registro un medio de prueba que da fecha cierta.

Por otro lado, en los casos de infracción a los videojuegos, especialmente de CDs y cartuchos, el Ministerio Público los caratuló como “piratería de *software*”.

Si bien parecería que ésta distinción sobre la naturaleza jurídica de los videojuegos es una cuestión meramente teórica que no aporta mucho al debate por el hecho de que los mismos están reconocidos como obras tutelables por el derecho de autor, vemos que la identificación de los videojuegos con determinados tipos de obras tendría sus consecuencias prácticas, especialmente en lo que se refiere al ejercicio de la titularidad de los derechos, la duración de los derechos patrimoniales y los límites al derecho de explotación.

► TITULARIDAD DE DERECHOS

Una gran cantidad de personas se encuentran involucradas en la creación y en el *marketing* de un videojuego. Así tenemos que son partícipes el productor, los diversos diseñadores (que incluyen a su vez al diseñador encargado, al diseñador de niveles, al diseñador de contenido, al diseñador de diálogos, al diseñador del juego, al diseñador técnico, al diseñador de la interfaz gráfica, al director creativo, al escritor, al guionista), el artista creador del arte visual del juego, el programador o ingeniero que adapta el código del videojuego, el diseñador del audio responsable de los efectos de sonidos y de otros elementos, los actores y diversos artistas encargados de las voces y los movimientos, y otros en posición no creativa como ser el probador de garantía de calidad y el editor de videojuegos¹⁷.

Entonces surge la pregunta necesaria acerca de la titularidad

¹⁶ Art. 3 de la ley 1328/98.

¹⁷ Ashley SAUNDERS LIPSON y Robert D. BRIAN, *Computer and Video Game law – Cases, Statutes, Forms, Problems & Materials*, Carolina Academic Press, 2009, 54.



de derechos en este tipo de obras y quiénes son consideradores autores. Por regla general, en la elaboración de una obra pueden participar uno más autores. Autor es la persona física que realiza la creación intelectual, siendo el autor el titular originario de los derechos exclusivos sobre la obra, de orden moral y patrimonial, reconocidos por la ley. Cuando estamos en presencia de dos o más autores, la obra puede ser en colaboración¹⁸ o colectiva¹⁹.

Tradicionalmente cuando hablamos de videojuegos nos estamos refiriendo a obras colectivas, sobre todo por los diferentes aportes realizados por cada uno de los autores en sus respectivas áreas (literario, gráfico, sonoro, personajes, etc.) para llegar al resultado final. Y según lo establece la ley, se presume que la totalidad de derechos le corresponden a la empresa editora de videojuegos²⁰.

Pero también puede darse el caso de que se esté en presencia de obras en colaboración, cuando se trabaja en el desarrollo de videojuegos no tan complejos —generalmente desarrolladores independientes— en que los coautores serán los titulares originarios de los derechos morales y patrimoniales sobre la misma, debiendo ejercer sus derechos, de ser posible, de común acuerdo.

En el caso de que consideremos que los videojuegos son programas de ordenador o *software*, la ley establece una presunción de titularidad semejante a la reglada para las obras colectivas, al mencionar que el productor del programa de ordenador es la persona física o jurídica que toma la iniciativa y la responsabilidad de la obra. Se presume, salvo prueba en contrario, que es productor del programa la persona física o jurídica que aparezca como tal en la obra de la manera acostumbrada²¹. Sin embargo, en este enfoque se estaría protegiendo solamente el aspecto técnico del diseño de programación, es decir la forma en que el videojuego será implementado en una máquina mediante un cierto lenguaje de progra-

¹⁸ Art. 2. Inc. 21 de la ley 1398/98: "Obra en colaboración es la creada conjuntamente por dos o más personas físicas".

¹⁹ Art. 2. Inc. 21 de la ley 1398/98: "Obra colectiva es la creada por varios autores, por iniciativa y bajo responsabilidad de una persona física o jurídica que la divulga con su propio nombre, y en la cual las contribuciones de los autores, por su elevado número o por el carácter indirecto de los aportes, se fusionan en el conjunto, de modo que no es posible individualizar las diversas contribuciones o identificar a los respectivos creadores".

²⁰ Art. 13 de la ley 1328/98: "En la obra colectiva se presume, salvo prueba en contrario, que los autores han cedido en forma ilimitada y exclusiva la titularidad de los derechos patrimoniales a la persona física o jurídica que la publica o divulga con su propio nombre, quien queda igualmente facultado para ejercer los derechos morales sobre la obra".

²¹ Art. 67 de la ley 1398/98.



mación y siguiendo una determinada metodología.

Situación similar al *software* es la que se da con el productor de la obra audiovisual, al establecer la ley nuevamente una presunción de titularidad, salvo prueba en contrario, que productor de la obra audiovisual es la persona física o jurídica que aparezca acreditada como tal en la obra de la manera acostumbrada²², y que los autores de la obra audiovisual han cedido los derechos patrimoniales en forma exclusiva al productor, quien queda investido, salvo prueba en contrario, a ejercer en nombre propio los derechos morales sobre la obra audiovisual²³.

Ahora bien, el régimen aplicable a las obras audiovisuales sería el más adecuado para proteger a los diseñadores y artistas que trabajan en el diseño de elementos que compondrán un videojuego, como ser la historia, el guión, el arte conceptual, el sonido y la mecánica del juego. En este sentido, la ley establece que se presumen coautores de la obra audiovisual, salvo prueba en contrario, al director o realizador, al autor del argumento, al autor de la adaptación, el autor del guión y diálogos, el autor de la música especialmente compuesta para la obra y el dibujante, en casos de dibujos animados, y cuando la obra audiovisual haya sido tomada de una obra preexistente —todavía protegida— el autor de la obra originaria queda equiparado a los autores de la nueva obra²⁴.

Si consideramos que los videojuegos forman parte de una nueva categoría de obras multimedia, entonces la creación es el resultado de una participación plural de autores (al igual que el *software* o el audiovisual) y cabe entonces establecer el tipo de autoría. Si se la considera una obra en colaboración, cada uno de los creadores será titular originario de los derechos morales y patrimoniales sobre su aporte respectivo —aunque, en lo posible, de común acuerdo con los demás creadores de la obra—, pudiendo incluso explotarlo en forma separada siempre que no perjudique la explotación de la obra común, de acuerdo a lo establecido para las obras en colaboración. Aunque parece más razonable tomar otro camino y poner énfasis en la unidad de la creación, pasando a ser una obra colecti-

²² Art. 61 de la ley 1398/98.

²³ Art. 62 de la ley 1328/98.

²⁴ Art. 75 de la ley 1328/98.



va en la que se presume que los autores han cedido al productor los derechos patrimoniales y le han autorizado a ejercer los derechos morales en representación de todos ellos.

Y para el caso de que adoptemos una clasificación distributiva en la protección de los videojuegos, cada elemento creativo del juego se protegería en forma independiente, según sus características individuales, así como también se protegería en forma separada el aspecto técnico de programación.

► DURACIÓN DE LOS DERECHOS

La ley de derechos de autor reconoce dos tipos de derechos sobre la obra: los morales y los patrimoniales. Los derechos morales son el de divulgación (la facultad de dar a conocer o no la obra), el de paternidad (el reconocimiento del autor como tal), de integridad (la facultad de impedir cualquier deformación de la creación) y el de retiro de la obra del comercio. Estos derechos son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles. A la muerte del autor, los derechos morales serán ejercidos por sus herederos, salvo disposición en contrario²⁵.

Los derechos patrimoniales se refieren a las facultades de explotación económica de la obra. Son el de reproducción (cualquier forma de fijación de una o más copias), el de comunicación pública (poner al alcance de una o más personas en forma simultánea la obra), el de distribución (circulación de la obra), el de importación de copias de la obra y el de transformación (facultad de autorizar traducciones, adaptaciones o arreglos de la obra)²⁶.

A diferencia de los derechos morales, los patrimoniales tienen un límite en el tiempo. Al respecto, el art. 47 de la ley 1328/98 expresa: “El derecho patrimonial durará toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento (...) En las obras en colaboración, el periodo de protección se contará desde la muerte del último autor”. En las obras anónimas y en aquellas en que se menciona al autor por medio de un seudónimo, siendo desconocida la identidad del autor, el plazo de duración es de sesenta años a

²⁵ Arts.17 y 18 de la ley 1328/98.

²⁶ Art. 25 de la ley 1328/98.



partir del año de su divulgación (art. 48). En las obras colectivas, el *software*, las obras audiovisuales y las radiofónicas, el derecho patrimonial se extingue a los sesenta años de la primera publicación o, en su caso, al de su terminación (art. 49). Una vez que se hayan extinguido los derechos patrimoniales sobre una obra, ésta pasa al dominio público, lo que implica su libre uso, aunque sujeto al pago de una tasa que debe establecer la Dirección de Derechos de Autor para fomento de la cultura.

► LÍMITES AL DERECHO DE EXPLOTACIÓN

Los derechos patrimoniales del autor no son absolutos, por lo que el creador tiene ciertas limitaciones con respecto a las facultades de orden económico, debiendo aceptar por razones de orden sociales, culturales, educativas o de utilidad pública, que sus derechos cedan ante terceros en cierta medida para que puedan reproducir o comunicar la obra, en determinadas situaciones especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses del autor.

Las limitaciones o excepciones se refieren tanto a situaciones fijadas taxativamente por la ley, en que es posible comunicar y reproducir obras protegidas sin autorización de su titular y sin pagar ningún canon por hacerlo, como a otras en que se admite la comunicación o la reproducción sin autorización, pero pagando al titular de la obra una remuneración compensatoria. Este último caso de derechos de remuneración compensatoria, también conocido como “copia privada”, se refieren a los derechos de orden económico que corresponden a los titulares de obras publicadas en forma gráfica o grabadas sonora o visualmente, que se perciben por los aparatos de grabación y los soportes materiales de duplicación en previsión de las copias de sus obras para uso personal que puedan llegar a hacerse²⁷.

En el caso del *software*, no es aplicable la copia privada o los de-

²⁷ Art. 34 de la ley 1328/98: “Los titulares de los derechos sobre las obras publicadas en forma gráfica, por medio de videogramas o en fonogramas, o en cualquier clase de grabación sonora o audiovisual, tendrán derechos a participar en una remuneración compensatoria por las reproducciones de tales obras o producciones, efectuadas exclusivamente para uso personal por medio de aparatos técnicos no tipográficos. Dicha remuneración se determinará en función de los equipos, aparatos y materiales idóneos para realizar la reproducción. El pago se acreditará a través de una identificación en el equipo de grabación o reproducción y en los soportes materiales utilizados para la duplicación, cuando corresponda. Los titulares de derechos de autor podrán introducir tecnologías de anti-copiado y controlar la reproducción de dichos trabajos”.



rechos de remuneración compensatoria, puesto que la ley establece que los límites a los derechos de explotación de los programas de ordenador, serán exclusivamente los contemplados en el Capítulo II del Título VII de esta ley²⁸, que a su vez en la última parte del art. 71 establece que: “La reproducción de un programa de ordenador, inclusive para uso personal, exigirá la autorización del titular de los derechos, con la excepción de la copia de seguridad”. Sin embargo, vemos que para las obras audiovisuales es perfectamente válida la copia privada, de manera que si consideramos a los videojuegos como obra audiovisual y no como *software*, no se necesitaría de la autorización del titular de derechos para beneficiarse de esta excepción, caso contrario se estaría vulnerando sus derechos. Por ejemplo, si descargo un videojuego móvil en mi *smartphone*, pero resulta que también deseo jugarlo en mi *tablet*, bajo la excepción de copia privada debería poder descargarlo gratuitamente en mi *tablet* y poder jugar en ambos dispositivos a la vez, siempre y cuando se haya cumplido con el pago que establece la ley.

► ELUSIÓN DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN

Las medidas técnicas de protección son aquellos mecanismos que se incorporan a un dispositivo o medio para impedir la reproducción, comunicación pública o distribución sin autorización de obras o prestaciones sobre las cuales se tienen derechos de autor o conexos. En lo que se refiere a los videojuegos, es común el uso de *modchips* para modificar o desactivar las restricciones y limitaciones impuestas por las empresas fabricantes de consolas de videojuegos (Nintendo, Playstation, Xbox, etc.)²⁹.

El inciso 3° del art. 184 -a de la ley 3440/08 que modificó parcialmente el código penal paraguayo, castiga con penitenciaría de hasta tres años o con multa al que “1. eludiera, modificara, alterara o transformara, sin autorización las medidas técnicas de protección de las obras señaladas en los incisos anteriores; o 2. Produjera,

²⁸ Art. 46 de la ley 1328/98.

²⁹ Un *modchip* (del inglés: *modification chip*), conocido también como *chip multisistema*, *chipModchip* o simplemente *mod*, es un circuito integrado que se instala o accede vía USB o por otro puerto en forma de pequeño dispositivo electrónico. El *modchip* introduce diversas modificaciones en función del sistema al cual se instala, incluyendo la elusión de la región de codificación, gestión de derechos digitales, y los controles de protección contra copia al fin de ejecutar *software* destinados a otros mercados, los medios de comunicación, copias de respaldo de los videojuegos, o *software* de terceros (*Homebrew*) no autorizado. En <https://es.wikipedia.org/wiki/Modchip>. Consultado el 05/06/2017.



reprodujera, obtuviera, almacenara, cediera a otro u ofreciera al público dispositivos o medios específicamente destinados a facilitar la elusión, supresión o neutralización no autorizada de las medidas técnicas de protección de las obras señaladas en los incisos anteriores”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció favorablemente en un fallo sobre la legalidad en cuanto a la instalación de un *modchip* en la consola de videojuego Nintendo Wii que permitía la utilización de un *software* complementario³⁰. Es decir, una vez instalado el dispositivo, eludía la protección del *hardware* y permitía la descarga de un *software* independiente, cuya finalidad no era la utilización de copias ilegales de videojuegos sino la de permitir que la consola pueda reproducir ficheros de música mp3, películas, videos, y otras aplicaciones, que inicialmente no se encontraban disponibles para los usuarios. De manera que es posible la instalación de estos chips modificadores en las consolas, siempre y cuando su función principal no sea la de vulnerar los sistemas de protección de los videojuegos.

► PROTECCIÓN DE LOS VIDEOJUEGOS POR OTROS DERECHOS INTELECTUALES

Se ha señalado que hay elementos de los videojuegos tutelables por derechos de autor y otros por patentes de invención. Así, por lo general, el programa informático que hace posible el desarrollo del juego está protegido como obra literaria, y el trabajo artístico y el sonido están protegidos como obra audiovisual. En cuanto a los elementos funcionales —dispositivos de juego y consolas— se hallan protegidos por patente. “En términos generales, las patentes se conceden a tecnologías que sean nuevas, útiles, no sean evidentes o impliquen actividad inventiva”³¹.

Nuestra ley de patentes de invenciones 1630/2000, en su art. 3 establece que serán patentables las invenciones nuevas de productos o procedimientos que impliquen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Sin embargo, en el art. 4 “de

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 23 de enero de 2014. Nintendo Co. Ltd y otros contra PC Box Srl y 9Net Srl.

³¹ Ibid 13.



las materias excluidas como invención” se establece que no se considerarán invenciones, entre otros, los siguientes: c) los esquemas, planes, principios o métodos económicos, de negocios, de anuncios o de publicidad y los referidos a actividades puramente mentales o intelectuales o a materia de juego; d) los programas de computación aisladamente considerados.

De lo dicho anteriormente, los videojuegos estarían excluidos de protección por patente por tratarse de materia de juego y más aún referidos a programas de computación. A su vez, el Decreto reglamentario de la ley de patentes aclara en su art. 4 que gozarán de protección por patentes únicamente los programas de computación que se encuentren incorporados al *hardware* de manera tal que no puedan funcionar aisladamente, ni reivindicarse en forma separada. De manera que no se podría patentar el videojuego como un *software* que protege aspectos literarios y artísticos.

En lo que se refiere a la protección del nombre, logo, imágenes, personajes ficticios y demás elementos distintivos de un videojuego —en especial todo el *merchandising* asociado— éstos son registrados como marcas comerciales³². Entre las clases de marcas más solicitadas tenemos la clase 09 (software), clase 16 (instructivos), clase 25 (vestimentas), clase 28 (videojuegos, cartuchos, juguetes), clase 38 (transmisión de archivos digitales, streaming) clase 41 (educación, esparcimiento, entretenimiento) y clase 42 (servicios informáticos). De acuerdo a la información disponible en la página web de la DINAPI, la famosa empresa productora de videojuegos Nintendo, es la que cuenta con mayor cantidad de solicitudes de registros marcarios en el país, totalizando 119, de las cuales 67 corresponden a marcas otorgadas y vigentes que llevan la denominación “Nintendo”³³.

Es posible también proteger ciertos aspectos estéticos referidos a las consolas de videojuegos y demás periféricos por medio de los dibujos y modelos industriales. En nuestro país, se dio el caso insó-

³² Art 1° de la ley 1294/98 de Marcas: “Son marcas todos los signos que sirven para distinguir productos o servicios. Las marcas podrán consistir en una o más palabras, lemas, emblemas, monogramas, sellos, viñetas, relieves; los nombres, vocablos de fantasía, las letras y números con formas o combinaciones distintas; las combinaciones y disposiciones de colores, etiquetas, envases y envoltorios. Podrán consistir también en la forma, presentación o acondicionamiento de los productos o de sus envases o envoltorios, o de los medios o lugar de expendio de los productos o servicios correspondientes. Este listado es meramente enunciativo”.

³³ En <http://servicios.dinapi.gov.py/index.php>. Consultado el 05/06/2017.



lito en que llegaron a coexistir el control de la consola Playstation 2 a nombre de diferentes titulares, uno registrado inicialmente como modelo industrial a nombre de una firma local, y el otro posteriormente como marca tridimensional a nombre de la empresa Sony. Actualmente el modelo industrial de control de videojuego no fue renovado en tiempo y se encuentra vencido, mientras que el registro de marca tridimensional a nombre de la Sony continua vigente.

Por su parte, existen derechos personalísimos presentes en muchos videojuegos, que se relacionan con el uso de la imagen, voz y demás características de las personas físicas. Es lo que se conoce en doctrina como el derecho al uso o explotación comercial de la imagen, que nuestra ley de derecho de autor lo regula en el art 78 al establecer que “el retrato o busto de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento de la persona misma, y a su muerte, de sus causahabientes. Sin embargo, la publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”.

En realidad, estamos en presencia de una norma aislada que si bien encuentra reconocimiento en la ley 1328/98 como una característica de las obras plásticas, lo cierto y concreto es que no guarda relación directa con el derecho de autor pues no se relaciona con obra de creación alguna, sino que hace mención a una de las manifestaciones concretas del derecho de la personalidad, la imagen propia, que tiene fundamento constitucional³⁴. De todos modos, en estos casos nos encontramos ante la apropiación del nombre, del semblante o de la imagen de terceros para fines comerciales.

El mencionado art. 78 habla del “retrato o busto”, conceptos que tienen que ver con la representación gráfica o plástica de las personas, en un caso bidimensional y en el otro tridimensional. Sin embargo, para la doctrina y la jurisprudencia internacional es preferible hablar de imagen por ser una expresión más comprensiva que retrato, abarcando no sólo el rostro sino todo

³⁴ Art. 33 de la C.N. “Se garantiza el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas”. El derecho a la protección de la imagen privada establecida en el texto constitucional comprende dos aspectos: salvaguardar la imagen personal en sí misma y el derecho patrimonial sobre la imagen, aspecto último que tutela el art. 78 de la ley 1328/98.



tipo de identificación de una persona por medio de otras partes del cuerpo o por su vestimenta característica habitual o bien por la voz o la manera de comportarse.

Es común en los videojuegos deportivos encontrarnos con la personificación virtual de los deportistas, no sólo en lo que se refiere al nombre o a la apariencia física, sino que incluso se llega a plasmar en las mecánicas de juego el estilo característico de cada jugador. Un claro ejemplo de esto fue el reciente anuncio que realizó la compañía de videojuegos *Electronic Arts* para su popular videojuego de fútbol “FIFA 2018”, en el que anunció que el famoso delantero del Real Madrid, Cristiano Ronaldo, protagonizaría la portada de la próxima edición³⁵.

Entre los últimos casos de utilización de imagen de deportistas sin autorización en videojuegos, tenemos el de Diego Maradona, quien había amenazado con iniciar un juicio a la empresa japonesa Konami por el uso indebido que ésta había hecho de su imagen en el juego *Pro Evolution Soccer (PES) 2017*. Si bien la empresa de videojuegos inicialmente había manifestado que la autorización la habían obtenido directamente del club Barcelona de España, ya que sostenían que al haber jugado Maradona en el Barcelona éste le había transferido sus derechos al equipo catalán, finalmente reconocieron que los derechos de imagen pertenecen a Maradona por lo que llegaron a un acuerdo. Si bien no trascendió el monto de la indemnización millonaria, el acuerdo además incluyó una cláusula por la cual Maradona participará de la plataforma de Konami, por los próximos tres años³⁶.

Por último, también es posible proteger la información concerniente a los videojuegos por secretos comerciales, siempre y cuando ésta sea secreta, tenga valor comercial y haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla como secreta³⁷.

El caso más común se vincula a la información recogida por el

³⁵ Según el comunicado de Electronic Arts, el futbolista de 32 años realizó recientemente una sesión de entrenamiento en el estudio EA Capture de Madrid, lugar en que se analizaron su aceleración, carrera, habilidades y técnica de disparo, garantizando la veracidad con sus gustos y personalidad en el futuro juego. También se recogieron más datos de su juego como fluidez, capacidad de respuesta y explosividad. En http://laaficion.milenio.com/extra_cancha/cristiano_ronaldo-portada-fifa_2018-real_madrid-videojuego-milenio-la_aficion_0_969503186.html. Consultado el 05/06/2017.

³⁶ En <http://www.infobae.com/deportes-2/2017/05/29/maradona-cobrara-una-suma-millonaria-y-no-hara-juicio-por-el-uso-de-su-imagen-en-el-pes-2017/>. Consultado el 05/06/2017.

³⁷ Art. 3° de la ley 3283/07 de Protección de la Información no Divulgada.



*beta tester*³⁸, encargado de detectar los errores en los videojuegos e informar a los desarrolladores para que lo corrijan, de manera que a través de sucesivas actualizaciones o parches gratuitos, permitan un buen funcionamiento y estabilidad, especialmente en aquellos videojuegos destinados a ser jugados en línea.

► LOS GAMERS Y LOS ESPORTS

Gamers como expresión es un anglicismo que se refiere al jugador de videojuegos, *jugón* o *videojugador*, como toda persona que le gustan los videojuegos³⁹. No es posible hablar de videojuegos sin la interactividad de los usuarios que hacen posible la selección de las opciones en busca de determinados resultados o la mayor o menor eficacia en el manejo de esas opciones. El usuario deja de tener un papel exclusivamente pasivo, como sería el caso del espectador de un audiovisual común, del cual es un mero observador, sino que puede elegir, decidir y hasta tener injerencia directa en el desarrollo del videojuego (en algunos juegos cada una de sus decisiones significarán un final diferente) dentro de determinados parámetros, claro está.

Existen diversas clasificaciones o grupos de *gamers*, correspondiendo a casuales, regulares, duros y profesionales. Este último grupo, los profesionales, están conformados por jugadores expertos en la comunidad y con habilidades extraordinarias para jugar, que en la mayoría de los casos son remunerados, integran equipos y participan de torneos, conocidos como *esports*. Los deportes electrónicos o *esports* son competiciones profesionales de videojuegos multijugador, donde los mejores jugadores participan entre sí por el título de campeón frente a miles de personas, siendo hoy en día unos de los mayores eventos en audiencia mundial⁴⁰.

³⁸ Un probador de betas o beta tester es un usuario de programas cuyos ejecutables están pendientes de terminar su fase de desarrollo, que tienen un funcionamiento completo, pero que aún no están totalmente terminados presentando fallos de diversos tipos o características pendientes de implementar. En https://es.wikipedia.org/wiki/Beta_tester. Consultado el 05/06/2017.

³⁹ Un videojugador es aquella persona que se caracteriza por jugar con gran dedicación e interés a videojuegos y por tener un conocimiento extenso sobre estos. También, aunque más ocasionalmente, se designa en español a este jugador habitual apasionado de los videojuegos, pero también entra dentro de los geeks. Ninguno de esos términos es necesariamente peyorativo o indica una patología en las personas designadas. Sin embargo, cuando un jugador alcanza un nivel patológico de adicción a los videojuegos (u otros tipos de juegos) se dice que es un ludópata. En https://es.wikipedia.org/wiki/Jugador_de_videojuegos. Consultado el 05/06/2017.

⁴⁰ Actualmente, cerca de 300 millones de personas siguen de forma habitual los deportes electrónicos. La final de League of Legends alcanzó los 36 millones, más que la final de la NBA o el mundial de Rugby. En http://as.com/esports/2016/09/16/portada/1473981525_248613.html. Consultado el 05/06/2017.



Sin embargo, no todos los videojuegos tienen el rango de deporte electrónico. “De hecho, entre los millones de juegos que hay, apenas una docena son considerados *esports* y todos ellos deben cumplir una serie de condiciones específicas que, en esencia, son las siguientes:

- El juego permite el enfrentamiento directo entre dos o más participantes.
- Los jugadores compiten en igualdad de condiciones, siendo la victoria determinada exclusivamente por la habilidad de estos.
- Existen ligas y competiciones oficiales reguladas con reglas y formadas por equipos y jugadores profesionales.
- Goza de popularidad y de ser competitivo. Es decir, cuenta con miles de personas jugando y medios de comunicación transmiten las competiciones.
- Debe promover el afán de superación⁴¹”.

Existe un polémico debate acerca de si los *esports* deben ser considerados como verdaderos deportes. Al respecto, países como Estados Unidos y Alemania han reconocido a los jugadores profesionales de videojuegos como atletas, en tanto que el Comité Olímpico coreano ha concedido el rango de deporte olímpico a los *esports*, e incluso pasarán a ser reconocidos a nivel mundial como deporte oficial en los Juegos Olímpicos de Invierno de Asia a celebrarse en Beijing en el 2022⁴².

Ahora bien, existen cuestiones jurídicas sobre derechos de propiedad intelectual vinculados a los *gamers* y a los *esports*. Así, tendríamos que definir en primer lugar si es posible reconocer algún tipo de derecho de autor a favor del usuario o jugador. Como bien se mencionó al inicio de este trabajo, el videojuego es una obra protegida por el derecho de autor, como toda creación original llevada a cabo generalmente por varios autores y donde existe una presunción de transferencia de titularidad al productor. Pero también es posible que el jugador realice contribuciones dentro de un videojuego, como por ejemplo la creación y el desarrollo de nuevos elementos como personajes, niveles, mundos y otros componentes

⁴¹ Ibid

⁴² En <http://www.zonared.com/noticias/esports-deporte-oficial-juegos-olimpicos-invierno-2022/>. Consultado el 05/06/2017.



creativos. En este caso, estaríamos en presencia de una obra derivada⁴³, por lo que sería necesario determinar si el jugador cuenta con la respectiva autorización del titular de los derechos sobre el videojuego para realizar una adaptación o transformación.

La forma común en que se contrata un videojuego es a través de una licencia de uso, que “es la autorización o permiso que concede el titular de los derechos (licenciante) al usuario de la obra u otra producción protegida (licenciataria), para utilizarla en una forma determinada y de conformidad con las condiciones convenidas en el contrato de licencia⁴⁴”. Entonces, deberíamos remitirnos al contrato de licencia al momento de adquirir un videojuego para saber si es posible el reconocimiento de algún derecho para el contenido generado por usuarios, cuestión que se encuentra establecida en el contrato de usuario final.

La reconocida empresa de videojuegos multijugador *Blizzard Entertainment* establece en relación a sus juegos la concesión de una licencia de uso limitado, la que está sujeta a ciertas limitaciones y en el que el usuario garantiza que “no habrá de copiar o reproducir (salvo lo aquí dispuesto), traducir, aplicar técnicas de ingeniería inversa, obtener el código fuente, modificar, desensamblar, descompilar ni crear obras derivadas del Juego de manera parcial o total⁴⁵”. En cuanto al uso de las herramientas artísticas del videojuego *World of Warcraft III* —que permite a los jugadores personalizar y optimizar sus respectivos personajes— establece que “todos los derechos de título, propiedad y propiedad intelectual relacionados con el Programa y todas sus copias, así como cualquier instancia de los Materiales Nuevos (incluyendo, pero no limitado a títulos, código informático, temas, objetos, personajes, nombres de personajes, historias, diálogo, frases hechas, lugares, conceptos, ilustraciones, animaciones, sonidos, composiciones musicales, efectos audiovisuales, métodos de operación, derechos morales, ‘applets’ incorporados al Programa y cualquier documentación relacionada) son

⁴³ Art. 2 inc. 22 de la ley 1328/98: “La basada en otra ya existente, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra originaria y de la respectiva autorización, y cuya originalidad radica en la adaptación o transformación de la obra preexistente, o en los elementos creativos de su traducción a un idioma distinto”.

⁴⁴ Art. 2 inc. 15 de la ley 1328/98.

⁴⁵ Contrato de licencia para usuario final del videojuego *Diablo III* (PS3 y XBOX). En http://us.blizzard.com/es-mx/company/legal/d3_console_eula.html. Consultado el 05/06/2017.



propiedad de Blizzard o de sus licenciantes⁴⁶”.

En segundo lugar, es posible preguntarse si se podría reconocer algún tipo de derecho conexo a favor del usuario o jugador asimilable al del artista, intérprete o ejecutante⁴⁷ por la interacción que tiene en el videojuego. Por ejemplo, piénsese en la comunicación pública a través de plataformas digitales de un extracto de un baile de un usuario o jugador ejecutado en un videojuego, o los mejores goles en partidos de fútbol de videojuegos, realizados por jugadores. Aquí la cuestión parecería ser un poco más dudosa, ya que estamos fuera de todo ámbito creativo y la protección reconocida a los derechos conexos al derecho de autor, y a otros derechos intelectuales, no afectará en modo alguno la tutela del derecho de autor sobre las obras literarias o artísticas⁴⁸. Siguiendo con las condiciones del contrato de licencia para usuario final de *Blizzard*, parecería posible en ciertos casos el reconocimiento del jugador como artista, siempre y cuando no intente “explotar el juego o cualquiera de sus partes con fines de lucro sin el permiso expreso de *Blizzard*”.

En tercer lugar, es preciso determinar si los jugadores o usuarios necesitan autorización para organizar torneos, competencias o *sports*. Nuevamente debemos recurrir a las condiciones del contrato en lo que se refiere a licencias para competencias comunitarias. En la mayoría de los casos no se necesita contar con una licencia formal del titular de derechos, siempre y cuando se cumpla con ciertas condiciones referidas a montos máximos de premios, transmisión, mercadotecnia, anuncios publicitarios, patrocinios, juego limpio, etc. Recurriendo nuevamente a las políticas de *Blizzard*, tenemos que algunas condiciones establecidas requieren “que el valor total de la compensación, lo que incluye premios, premios en dinero, salarios, viáticos y reembolsos, y cuotas de aparición pagadas por los organizadores y patrocinadores a los jugadores, equipos y a los dueños de los equipos por participar en el evento no debe exceder los diez mil dólares esta-

⁴⁶ En http://us.blizzard.com/es-mx/company/legal/war3_tools.html. Consultado el 05/06/2017.

⁴⁷ Art 2 inc. 2 de la ley 1328/98: “Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra literaria o artística o una expresión del folclore, así como el artista de variedades y de circo”.

⁴⁸ Art 120 de la ley 1328/98



dounidenses (\$10 000 USD) o su equivalente para un solo evento, y no debe exceder los cincuenta mil dólares estadounidenses (\$50 000 USD) o su equivalente para todos los eventos organizados u ofrecidos por los organizadores durante los últimos 12 meses de conformidad con esta licencia para competencias comunitarias⁴⁹.

Finalmente, tenemos que muchas empresas de videojuegos van almacenando información de sus jugadores o usuarios que se refieren a la protección de sus datos personales y que podrían estar afectando eventualmente su intimidad, de manera que en estos casos será aplicable la ley 1682/2001 que reglamenta la información de carácter privado, contando además con la garantía constitucional y la acción de hábeas data con el fin de acceder a la información, conocer el uso que se haga de los mismos y eventualmente, si las mismas fuesen erróneas o afecten sus derechos, solicitar la actualización, rectificación o destrucción de aquellos⁵⁰.

► LA INDUSTRIA DE LOS VIDEOJUEGOS EN EL PARAGUAY

La industria del videojuego local generó en el año 2015 exportaciones por el valor de 500 mil dólares americanos⁵¹. En lo que respecta a iniciativas públicas de fomento a los videojuegos, además del mencionado proyecto “Naranjaite” de promoción de las industrias creativas locales, los videojuegos son considerados por la Secretaría Nacional de Cultura para diversas actividades culturales y también por la Secretaría de Tecnologías de la Información y Comunicación (SENATCIS) a través del programa “InnovandoPY” de apoyo a *startups* tecnológicos. En el sector privado, en nuestro país contamos con IGDA Paraguay (*International Game Developers Association*, filial Paraguay) que fue fundada en el año

⁴⁹ “Anuncios publicitarios y patrocinios. Apuestas, lo que incluye rifas y apuestas de deportes de fantasía no pueden ser asociadas con el evento de ninguna forma. El evento no puede ser patrocinado por ninguna compañía que venda o promocióne ninguno de los siguientes productos: pornografía (o materiales para audiencias extremadamente maduras); alcohol, tabaco o cigarrillos, armas de fuego; web de apuestas. Cualquier compañía que sea perjudicial al negocio de Blizzard (hackeo, servicios de oro, venta de cuentas o venta de licencias)”. En <http://us.blizzard.com/es-mx/company/legal/community-competition-license.html>. Consultado el 05/06/2017.

⁵⁰ Art 135 de la C.N.: “Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos”.

⁵¹ En <http://paraguay-un-milagro-americano.blogspot.com/2016/03/industria-de-videojuegos-genero-us.html>. Consultado el 05/06/2017.



2014 con el objetivo de promover el desarrollo de videojuegos en el país e impulsar a la industria agremiando a los profesionales del ramo. Cuenta actualmente con 35 miembros, y entre sus principales actividades se encuentra la organización del “GameDevPY”, evento anual sobre videojuegos que congrega a los desarrolladores, diseñadores, *gamers* y a toda la comunidad tecnológica local.

La tercera edición del GameDevPY tuvo lugar el 31 mayo de este año en la Universidad Autónoma de Asunción, donde se trataron temas como ser el diseño, programación, comercialización, y estudio de casos de éxito de videojuegos desarrollados en nuestro país. Además, hubo una zona de demos de videojuegos paraguayos, para que los interesados puedan conocer y probar los desarrollos de producción nacional, entre los que se encontraron los juegos paraguayos “Fhacktions”, “Malavisión”, “Guerra del Chaco”, “Sombras del Payé”, “Parawhy”, entre otros.

Juan de Urraza, presidente del capítulo paraguayo de IGDA, en una entrevista concedida el año pasado a la revista de la Cámara de Anunciantes del Paraguay (CAP), había manifestado la importancia de contar con una ley nacional de fomento al videojuego: “Ahora se están impulsando leyes como la ley del audiovisual, la ley del libro, y está súper bien. Pero son industrias, insisto, que producen mucho menos ingresos que el videojuego. Para mí sería mucho más importante la ley del videojuego que la ley del audiovisual porque es más difícil producir dinero con el audiovisual que con el videojuego. Una película no ingresa tanto dinero a un país ni crea tantos empleos como un videojuego⁵²”.

Entre los videojuegos locales más exitosos se encuentra “200 años República o Muerte”, videojuego de estrategia en tiempo real lanzado en PC el 31 de marzo de 2011 con el diario ABC color, con motivo de los festejos por el bicentenario paraguayo y declarado

⁵² Urraza es también vicepresidente de la empresa Posibilian Tech, que se dedica al desarrollo de videojuegos y apps. “Los videojuegos mueven miles de millones de dólares al año, otras industrias mueven mucho menos, y tener un pequeño porcentaje de esa torta gigantesca es muchísimo dinero para un país como el nuestro. Es una forma de generar divisas exportando un producto intelectual que no tiene costo de producción más que la gente. Para exportar, no hay que hacer nada, solo que apretar un botón, sin necesidad de aduana o transporte. La industria del software en general y los videojuegos en particular deben estimularse porque es el futuro de Paraguay. Unas pocas empresas que se dediquen a esto y que facturen bien pueden mover muchísimo la economía de un país tan pequeño como el nuestro”. En <http://revistacap.com/innovacion/961-los-primeros-pasos-de-paraguay-en-una-industria-de-alto-valor-agregado>. Consultado el 05/06/2017.



de interés cultural. El videojuego está basado en los antecedentes inmediatos que dieron origen a la gesta independentista que terminó por liberar al Paraguay del yugo español, a 200 años de esta hazaña⁵³.

Siguiendo la misma temática se encuentra “Stratega”, videojuego en PC de estrategia en tiempo real que se convirtió en el primer videojuego paraguayo en acceder a plataforma de distribución digital *Steam* y que además fue seleccionado como proyecto ganador del concurso Innovando PY 2015, organizado por la SENATICS, alzándose con un premio de 50 millones de guaraníes⁵⁴.

Entre los videojuegos locales para móviles más exitosos se encuentra “Shapey Heads”, que estuvo entre los más destacados de la primera semana de marzo del 2017 en la tienda de los dispositivos iOS de Apple, tratándose del primer juego desarrollado en Paraguay que logra este posicionamiento en la prestigiosa tienda virtual⁵⁵. Entre los últimos videojuegos locales desarrollados para móviles tenemos “Hhacktions”, desarrollado por *Posibilian Tech* y lanzado durante el GameDevPY 2017, ganador a nivel internacional del tercer puesto en la categoría multijugador, en el Big Indie Prize en Singapur, concurso internacional de videojuegos independientes, seleccionado entre cientos de competidores de todo el mundo⁵⁶.

También contamos en nuestro país con la “Liga Gaming del Paraguay”, que desde el 2013 vienen desarrollando torneos de videojuegos tanto en consolas como en PCs. Su misión es hacer crecer los *eSports* en el país mediante la realización de torneos, siendo sus objetivos establecerse como organización reconocida y opción

⁵³ El videojuego fue desarrollado por los hermanos Volpe (ambos paraguayos), que estuvieron trabajando desde el 2010 a través de la tecnología XNA. El videojuego tiene algo parecido con Age of Empires, aunque ésta sería su versión “paraguaya”. En [https://es.wikipedia.org/wiki/200_años_República_o_Muerte_\(videojuego\)](https://es.wikipedia.org/wiki/200_años_República_o_Muerte_(videojuego)). Consultado el 05/06/2017

⁵⁴ Representado por Víctor Corvalán, del emprendimiento Roshka Studios, es un juego de estrategia futurista con gráficos 3D con mucha acción, que pone a prueba tácticas y habilidades de guerra. <https://www.senatics.gov.py/noticias/stratega-escuchapp-y-guru-de-la-guitarra-ganadoras-de-innovandopy-startups>. Consultado el 05/06/2017.

⁵⁵ El videojuego -para celulares y tabletas- fue creado y desarrollado por Roshka Studios, una startup con un equipo pequeño que cuenta con 5 integrantes. En el juego, un personaje debe esquivar obstáculos a través de 5 mundos temáticos cambiando la forma de su cabeza, que puede ser cuadrada, en forma de equis y piramidal. Es un videojuego 3D del estilo endless runner inspirado en el popular programa de televisión Tetris Humano. (<http://www.ultimahora.com/videojuego-paraguayo-se-destaca-la-app-store-eeuu-n1068877.html>). Consultado el 05/06/2017.

⁵⁶ Se encuentra disponible en su fase beta para Android y a mediados de junio de este año llegará a iOS. Hhacktions es un MOBA (Massive Online Battle Arena) geolocalizado para celulares, donde el jugador puede crear o unirse a una facción de hackers que debe conquistar servidores ubicados en puntos importantes de la ciudad. Una vez conquistados, los mismos proporcionarán dinero virtual y puntos de experiencia, así como diversos premios. Las batallas podrán ser hasta de 10 jugadores en simultáneo. (<http://www.dx.com.py/hhacktions-videojuego-disponible-paraguay/>). Consultado el 05/06/2017.



referencial en torneos por la comunidad de *gamers* del país; e intensificar la actividad competitiva en Paraguay y permitir el surgimiento de equipos profesionales paraguayos para participaciones internacionales⁵⁷.

► CONCLUSIÓN

Paraguay reconoce la protección jurídica de los videojuegos como toda obra de creación intelectual. La ley paraguaya 1328/98 de derechos de autor y derechos conexos no hace mención alguna a los videojuegos como un tipo especial de obras —al igual que tampoco lo hacen las normativas de otros países— motivo por el cual se discute cuál es el régimen más idóneo de tutela.

Si bien parecería que los regímenes del *software* y audiovisual serían los más idóneos para encuadrar a los videojuegos, la realidad es que ambos presentan limitaciones que hacen a las particularidades de cada sector. Debido a las características técnicas y artísticas que reúnen al mismo tiempo los videojuegos, creemos que un régimen especial de tutela —ya sea como obra multimedia o primigenia— sería más coherente con la realidad actual en lo que se refiere a titularidad, duración, límites y características propias.

El resto de las normativas sobre derechos intelectuales aplicables a los videojuegos complementan el ámbito de su protección jurídica, incluso en muchos casos están de por medio otros tipos de regulaciones que hacen a la tutela de aspectos no creativos vinculados más a la tutela de los usuarios o jugadores.

Más allá de la importancia de los aspectos jurídicos, vemos que la industria de los videojuegos a nivel mundial constituye una importante fuente de ingresos. En ese sentido, Paraguay posee una naciente industria que se está abriendo camino a nivel internacional, con desarrollados originales que permitirán fortalecer tecnológicamente al país, siendo fundamental para ello contar tanto con iniciativas públicas como privadas que apoyen y promocionen la industria local de los videojuegos.

⁵⁷ Más información en <http://ligagamingpy.com/>. Consultado el 05/06/2017.



..... **PALABRAS CLAVE:**

Videogames, Software, Protección jurídica Paraguay, Obra multimedia, Obra audiovisual

..... **KEYWORDS:**

Videogames, Software, Paraguay legal protection, Multimedia work, Audiovisual work.

DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES



► DERECHO AL OLVIDO.





Derecho al Olvido

Yeimy Rossana Adle Monges ¹

► SUMARIO

En el presente artículo se analiza el derecho al olvido en Internet, que viene desarrollándose en Latinoamérica y va perfeccionándose en Europa; donde surgió la polémica acerca del daño que puede ocasionar al honor o a la intimidad de las personas, informaciones desactualizadas o incorrectas.

Muchos son los que, acogiéndose al derecho de cancelación y oposición que ampara a quienes quieren que sus datos desaparezcan o sean corregidos en internet, solicitan que los motores de búsqueda no muestren ciertos resultados que consideran que atentan contra su honor y les “persiguen” toda la vida.

El reconocimiento del “derecho al olvido” ha generado debates académicos y decisiones regulatorias y judiciales en Europa. Parte de la discusión ha girado en torno a su extensión territorial y temporal, y en las excepciones reconocidas al momento de conciliarlo con otros derechos fundamentales. Sin embargo, posibilidades se ven restringidas cuando se trata de un material de informativo o de opinión, en aras a resguardar la libertad de expresión e información.

Se analizarán los derechos y garantías constitucionales que se ven involucrados al abordar este derecho, atendiendo a que la Constitución Nacional, por un lado garantiza la libre expresión, la libertad de prensa y reconoce a los ciudadanos el derecho a recibir información; y por otro lado, asegura el derecho a la protección de la intimidad, la dignidad y la imagen privada; otorgándole la garantía del Hábeas Data, como herramienta idónea para la actualización, rectificación o destrucción de informaciones, que sean erróneas o afecten sus derechos.

► ABSTRACT

In the present article, the right to oblivion on the Internet is analyzed. This right to be forgotten is being developed in Latin America and improved in Europe; where the controversy arose about the damage that outdated or incorrect information can cause to the honor or the privacy

¹ Abogada, Notaría y Escribana Pública. Funcionaria del Ministerio Público desde el año 2001. En el año 2010, fue comisionada a la Seprelad, donde ocupó un cargo de Jefatura en la Dirección Asesoría Jurídica. Actualmente presta servicios en la Unidad Especializada de Delitos Económicos y Anticorrupción.



of the people.

Many are those who, using the right of cancellation and opposition, that protects those who want their data disappear or be corrected on the Internet, request that search engines do not show certain results that they consider to be against their honor and “persecute” them for a lifetime.

The recognition of the “right to be forgotten” has generated academic debates and regulatory and judicial decisions in Europe. Part of the discussion has focused on its territorial and temporal extension, and the exceptions recognized at the time of reconciling it with other fundamental rights. However, possibilities are restricted when it comes to information material or opinion, in order to safeguard freedom of expression and information.

The article will analyze the constitutional rights and guarantees that are involved in this right, given on the fact that the National Constitution, on one hand guarantees freedom of expression, freedom of the press and recognizes citizens the right to receive information; and on the other hand, it ensures the right to the protection of privacy, dignity and private image; granting it the guarantee of the Habeas Data, as a suitable tool for the updating, rectification or destruction of information, that are erroneous or affect their rights.

► INTRODUCCIÓN

El desarrollo de nuevas tecnologías, ha planteado la necesidad de lograr un equilibrio entre la libre difusión de la información, la protección de los datos personales y el derecho a estar informado.

La creación de este derecho al olvido digital responde a un temor creciente de los internautas de controlar su reputación en internet, que se suma a la preocupación sobre la protección de información personal que se almacén en la web.

El auge de la reivindicación del Derecho al Olvido viene de la mano de los buscadores como Google, Bing, Yahoo entre otros. Hoy día basta con introducir un nombre para que aparezca variada información relativa a esa persona, que en algunos casos puede atentar contra el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del individuo y en definitiva vulnerar el derecho a la protección de datos personales.



Es la inmediatez en la obtención de esa información la que ha provocado que salten las alarmas. En la era pre-internet, las informaciones en diarios y televisión, si bien podía afectar el honor y la reputación de las personas sobre quienes se publicaba; transcurrido unos días, eran sustituidas por otras informaciones más recientes, quedando dichas informaciones sólo en la memoria de quienes pudieron acceder a dicha información.

Esto, no ocurre con los buscadores, que exploran Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que se publica en la Web. El gestor de un motor de búsqueda recoge tales datos, los extrae, registra y organiza en sus programas de indexación y los conserva en sus servidores sine die, facilitando el acceso a los usuarios de tales buscadores en forma de listas de resultado.

Actualmente Internet media casi todas las actividades cotidianas de las personas. El consumo de noticias, las relaciones laborales y personales, los momentos de esparcimiento y los temas financieros y de salud, suelen involucrar el uso de aplicaciones móviles, servicios en línea y toda clase de intermediarios. Cuando una persona no conoce sobre un tema o quiere tener alguna información sobre un individuo, simplemente lo 'Googlea' y aparece una gran cantidad de informaciones, sin clasificar, sobre lo que busca.

Este cambio no solo tiene consecuencias en la manera como las personas afrontan su presente y referencian su pasado, sino también en el tipo de relación que tienen con su información personal y en las dinámicas que genera el movimiento de datos personales en la web. Más precisamente, este cambio implica una redefinición del control de la información sobre nosotros mismos, la cual nos identifica y a la vez nos permite definirnos.

En este contexto surge la necesidad de crear un derecho al olvido que, por una parte, le devuelva al individuo el control sobre su información y, por otra, le permita liberar su pasado de esta 'cárcel' digital. Así, el derecho al olvido busca que los motores de búsqueda excluyan de sus resultados datos sensibles que podrían afectar el honor, la intimidad o la reputación de una persona.



► DEFINICIONES Y ALCANCES DEL DERECHO AL OLVIDO

El reciente reconocimiento a nivel europeo en la Propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales sobre el denominado “derecho al olvido” ha generado un interesante debate sobre su alcance, definición y legitimidad.

Es indudable que la emergencia de nuevos derechos produce también una discusión jurídica sobre su conceptualización y forma de delimitarlos; si bien son varias las implicancias de este nuevo derecho, se puede decir que el Derecho al Olvido es el derecho que tiene el titular de un dato personal a borrar, bloquear o suprimir esa información personal, que de alguna manera afecta el libre desarrollo de alguno de sus derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, al honor o a la propia imagen, o que podría considerarse como información obsoleta, pues carece de sentido que se tenga acceso a ella después de mucho tiempo y ya no sirve a los fines para los que fue recabada y publicada.

El derecho al olvido hace referencia al derecho que tiene todo ciudadano a impedir la difusión de información personal a través de Internet cuando la publicación no cumple con los requisitos de adecuación y pertinencia; veracidad y ecuanimidad previstos en la norma Constitucional.

Dicha expresión es la que garantiza, a las personas físicas que así lo requieren, que la información que se haya publicado sobre ella en Internet sea removida de la Web bajo ciertas condiciones y por los mismos medios por los que fue incorporada, protegiendo así sus derechos a la intimidad, al honor, y a la dignidad, en un sano equilibrio con el derecho a la información y a la libertad de expresión, todos ellos englobados dentro de los derechos personalísimos².

Asimismo, este derecho incluye la posibilidad de limitar la difusión de datos personales, incluso cuando la publicación original sea legítima; pues la difusión universal e ilimitada de información que ya no tiene relevancia ni interés público a través de los buscadores puede causar una lesión a los derechos personales de los ciudadanos.

Se trata de un derecho de cancelación de un dato personal, con lo que se confirma que el título de “derecho al olvido” es en reali-

² Silberleib, Laura. El derecho al Olvido y la persistencia en la memoria. ISSN 1514-8327 (impresa) / ISSN 1851-1740 Información, cultura y sociedad /35 (diciembre 2016). Pág. 125.



dad un derecho consistente en la pretensión de olvidar o ser olvidado, por lo que el “derecho al olvido” no debe considerarse más allá de un término de fantasía para calificar un derecho a la cancelación, rectificación u oposición.

Este derecho está fuertemente arraigado en la finalidad de la utilización del dato personal en cuestión, que en un momento fue legítimo, pero que ha dejado de cumplir su objetivo. *El derecho al olvido en Internet reconoce una protección a la persona física, cuando esta lo solicita, para dejar de estar presente en la Web a través de los datos que a ella se refieran y que considera que lesión sus derechos personalísimos.*

► INTERNET Y EL DERECHO AL OLVIDO

La progresiva universalización de Internet, que combina una enorme capacidad de almacenaje con motores de búsqueda que permiten localizar cualquier dato en cuestión de segundos y con extrema facilidad, puede significar el fin del olvido. La perennidad de la información implica nuevos desafíos para el Derecho, básicamente determinar si una persona puede lograr borrar su pasado. Si bien los reclamos pueden dirigirse contra el medio original (medio de prensa, sitio de internet, blog, etc.) que publica el dato o la noticia para lograr la supresión de información, lo habitual en los países que han desarrollado este derecho, es que los titulares se dirijan confidencialmente a los buscadores; es así que en el último informe de transparencia de Google se refleja que desde el año 2014 ha recibido 671.463 solicitudes.-solicitudes.

La publicación de los datos personales en Internet puede ser realizada, por un lado, por las mismas personas sujeto de esos datos, como sucede con los miles de millones de usuarios que diariamente, en todo el mundo, envían a las redes sociales sus fotografías, relatos cotidianos, vivencias de viajes o de eventos sociales, ya sea sin ningún tipo de restricción, o seleccionando el grupo destinatario de su comunicación, el que puede ser parte de su entorno familiar, de amistad, profesional o laboral; información sobre el que el individuo tiene un relativo control; pues si bien puede borrarlo cuando así lo desea; podría darse el caso, que los terceros que tuvieron acceso a la información brindada por el titular, los haya almacenado.

En muchos casos, los usuarios de forma automática acceden brindar su información personal, sin detenerse a pensar lo que ello implica. Es así



que, por ejemplo, al abrir una cuenta en Google y utilizar sus servicios, el usuario está cediendo gran parte de su información personal, que la compañía utiliza 'para beneficio del usuario'. En sus condiciones de uso y de privacidad indica que ésta esta información es fundamental para el funcionamiento de sus servicios y que se utiliza para ofrecer una mejor experiencia, dentro de ella se incluye lo que se conoce como publicidad a la carta.

De ésta forma Google y demás servicios online como redes sociales recopilan información personal a través de personas que dan los propios usuarios. Así pueden acceder a sus localizaciones, contactos, imágenes, videos; y de ellos obtienen sus datos como gustos, preferencias, ideas políticas, género, edad, grado académico, profesión... y una gran cantidad de datos personales

Por otro lado, la información sobre una persona puede ser 'alzada a la web' por un tercero, por empresas o por páginas periódicas; así como también la información puede ser difundida a través de los buscadores de Internet, conocidos como motores de búsqueda –Bing, Google, Yahoo! entre otros– ya que estos sistemas realizan exploraciones informáticas en respuesta a una solicitud de información sobre un tema o un sujeto determinado; en estos casos la información puede ser brindada por el titular de la información o por terceros.

Los buscadores se encuentran permanentemente recogiendo datos de los archivos almacenados en servidores a través de una araña web o "spider", y generalmente responden a la solicitud de los usuarios –realizada a través de palabras claves o con árboles jerárquicos– desplegando el resultado a lo largo de un listado de direcciones web entre las que figuran los datos vinculados con las palabras claves ingresadas originalmente.

Como es sabido, Internet posee la condición de la eterna eficiencia de la memoria electrónica y la enorme precisión de los buscadores para recuperar datos a través de cualquier búsqueda, por sencilla que esta sea, integrando los resultados en un producto final que se parece a la vida completa de una persona, como si fuera el espejo que la refleja y la vuelva a dotar de identidad.

Es entonces necesario considerar que el ser humano no es siem-



pre el mismo a lo largo de su vida, sino que se modifica, se transforma en otro a medida que crece, asume roles diferentes, y, como tal y eventualmente, también se equivoca. Si ante una solicitud de búsqueda realizada a la web se recupera información referida a una persona en alguna de las facetas de su desempeño humano, ¿qué vigencia o importancia cobran los datos sobre él recuperados y que ya no lo representan porque definen una personalidad y actitud de vida que forman parte de su pasado?; ninguna, más que la de dar a conocer a extraños que no conocían esa faceta de su vida.

Éstos inconvenientes e interrogantes que se ha planteado sobre el *Derecho al olvido en Internet* han sido tratados, principalmente por la Unión Europea, la cual ha regulado el derecho a la intimidad y al honor de las personas concediéndole, al que lo solicite, la posibilidad de exigir a los buscadores de Internet que eliminen, de los resultados de una búsqueda, la referencia a su nombre y datos personales a través de los hipervínculos a una página web publicada por terceros y relativa a él. Pero, ¿en qué circunstancias el interesado tiene derecho a solicitar que la información sobre su persona ya no esté disponible en Internet?

A efectos de contestar dicha interrogante es interesante mencionar lo resuelto por las Autoridades europeas de protección de datos, quienes aprobaron los criterios comunes para aplicar la sentencia sobre el ‘derecho al olvido’, que a continuación se transcribe:

(Madrid, 28 de noviembre de 2014). *‘El Grupo de Autoridades europeas de protección de datos (GT29) ha aprobado un documento sobre la aplicación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del pasado 13 de mayo relativa al denominado ‘derecho al olvido’. El texto, del que ha sido ponente la Agencia Española de Protección de Datos, analiza los pronunciamientos del Tribunal y desarrolla a lo largo de 25 puntos los criterios interpretativos comunes que van a presidir la aplicación de la sentencia por parte de las Autoridades de los distintos Estados europeos. Entre otras, se abordan las siguientes cuestiones:*

- **Responsabilidad de los motores de búsqueda.** *La sentencia del TJUE establece que los motores de búsqueda realizan un tratamiento de datos personales y, en consecuencia, sus gestores están*



obligados a asumir las responsabilidades propias de quienes tratan datos en los términos previstos en la normativa europea y, en particular, a respetar los derechos de cancelación y de oposición reconocidos a todos los individuos.

- **Análisis caso por caso.** El Tribunal subraya el impacto que la actividad de los buscadores tiene en los derechos a la privacidad y a la protección de los datos personales por cuanto permiten acceder desde cualquier lugar a múltiples informaciones personales que posibilitan la elaboración de perfiles. A la vista de la gravedad potencial de este impacto, considera que con carácter general los derechos de los afectados prevalecen sobre el interés económico de los buscadores y sobre el interés de los internautas en acceder a información personal por ese cauce. Sin embargo, señala que es necesario realizar una ponderación caso por caso para alcanzar un “un justo equilibrio” entre los derechos e intereses en liza. El resultado dependerá, en cada supuesto, de la naturaleza y sensibilidad de los datos y del interés del público en acceder a una determinada información, un interés en el que influye significativamente el papel que el afectado desempeña en la vida pública.
- **No se elimina información.** La sentencia declara expresamente que el ejercicio de los derechos de cancelación y oposición sólo afecta a los resultados obtenidos en las búsquedas hechas mediante el nombre de la persona y no implica que la página deba ser suprimida de los índices del buscador ni de la fuente original. En consecuencia, la información continua intacta en la web original y seguirá siendo accesible a través del buscador por cualquier otra palabra o término que no sea el nombre del afectado.
- **Libertades de expresión e información.** El impacto de estos derechos sobre las libertades de expresión y de información, tanto de los editores como de los usuarios de internet, es muy limitado. Dado que en la valoración de las circunstancias de cada solicitud se debe tener en cuenta sistemáticamente el interés de los usuarios en acceder a una información, aquellas que resulten de interés para el público por su naturaleza o por afectar a una figura pública no serán bloqueadas. La libertad de información, por tanto, no se ve afectada cuando se trata de información con interés general,

ya que en esos casos no procede reconocer el ‘derecho al olvido’.

- **Ejercicio de derechos.** Los ciudadanos se pueden dirigir directamente al motor de búsqueda sin necesidad de acudir previamente al sitio original. Los motores de búsqueda y los editores originales realizan dos procesamientos de datos diferenciados, con legitimaciones diferentes y también con un impacto diferente sobre la privacidad de las personas. Por eso puede suceder, y de hecho sucede con frecuencia, que el contenido que publica el editor siga siendo legal con el paso del tiempo mientras que la difusión universal que realiza el buscador, sumado a la información adicional que facilita sobre el mismo individuo cuando se busca por su nombre, tiene un impacto desproporcionado sobre su privacidad.
- **Buscadores internos.** Los buscadores propios incluidos en las webs de diferentes páginas o medios de comunicación no están afectados por la sentencia del TJUE. Estos buscadores internos sólo recuperan la información contenida en páginas web específicas y, además, no permiten establecer un perfil completo de la persona afectada, algo que sí permiten los motores de búsqueda.
- **Ámbito de aplicación.** La sentencia establece una obligación de resultado. Un adecuado cumplimiento de la sentencia requiere que los datos de las personas estén protegidos de forma eficaz y completa, y que la legislación de la Unión Europea no pueda eludirse fácilmente. En ese sentido, limitar la eficacia a los dominios europeos basándose en que los usuarios tienden a acceder a través de dominios nacionales no puede considerarse un medio suficiente para garantizar satisfactoriamente los derechos de los interesados. En la práctica, ello implica que la exclusión debe también ser eficaz en todos los dominios relevantes, incluidos los “.com” lo cual abarca, en todo caso, aquellos que sean accesibles desde el territorio europeo.
- **Política de avisos.** La práctica de algunos buscadores de informar a los usuarios de que la lista de resultados puede no estar completa como consecuencia de la aplicación del derecho europeo no encuentra fundamento en ninguna exigencia normativa. Esta práctica sólo puede ser aceptable si la información se ofrece de tal manera que los usuarios no puedan deducir, en ningún caso, que



una persona concreta ha solicitado la retirada de ciertos resultados asociados a su nombre.

- **Comunicación a terceros.** En relación con la práctica desarrollada por algunos buscadores de comunicar a los responsables de las webs que ciertas páginas dejarán de ser accesibles en determinadas búsquedas realizadas por nombres de personas, las Autoridades manifiestan que, dado que los buscadores no reconocen a los editores un derecho a ser indexados ni a un trato equitativo, no existe base legal que ampare dicha comunicación. Únicamente se considera justificada la realización de contactos previos cuando sea necesario recabar información adicional para tomar la decisión.
- **Transparencia.** Teniendo en cuenta la relevancia del acceso a páginas web a través de buscadores y las expectativas de indexación de editores y propietarios de esas páginas, el GT29 considera necesaria una mayor transparencia a la hora de llevar a cabo las valoraciones. La Autoridades europeas instan a los buscadores a que hagan públicos los criterios de exclusión que están aplicando y que faciliten estadísticas detalladas y anonimizadas sobre los tipos de casos en los que han aceptado o rechazado las correspondientes solicitudes.

Conjuntamente con estas directrices, el Grupo de Autoridades de protección de datos ha elaborado unos criterios comunes para evaluar las solicitudes presentadas por los ciudadanos cuando los buscadores les han denegado o no han atendido adecuadamente sus derechos de cancelación u oposición. Con ello se persigue una aplicación armonizada de los derechos, con independencia de que, siguiendo la doctrina establecida por la sentencia del TJUE, cada solicitud o petición de los ciudadanos debe ser analizada individualmente³.

Éstas directrices y criterios son útiles en países como el Paraguay donde el derecho al olvido no se encuentra explícitamente legislado; a los efectos de tener una orientación para dictar sentencia en caso de que se presenten casos judiciales de personas que soliciten acogerse al derecho al olvido.

Asimismo es significativo destacar que la información no se borra; sino que continúa intacta en la web; el derecho al olvido

³ http://tecnologia.elderecho.com/tecnologia/privacidad/europa-aprueba-criterios_comunes-aplicar-sentencia-derecho_al_olvido_0_753750047.html.



sólo afecta a los resultados obtenidos en los motores de búsquedas hechas mediante el nombre de la persona y no implica que la página deba ser suprimida de los índices del buscador ni de la fuente original; y que los derechos sobre las libertades de expresión y de información priman sobre el interés del particular ‘a ser olvidado’; en atención a que la libertad de información no se ve afectada cuando se trata de una información de interés general, por lo que los resultados de búsquedas no son bloqueados.

Así también lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ya se ha pronunciado al respecto e indica que **las noticias pasadas que incluyan información personal no pueden ser eliminadas a pesar de su contenido**. Cosa bien distinta es que se **adopten medidas que impidan la indexación en buscadores** a efectos de su consulta. El Tribunal marca una clara diferencia entre la búsqueda directa en las hemerotecas y la búsqueda general en los buscadores. Si se suprimiera la primera, no sólo sería un sacrificio desproporcionado para el medio sino una vulneración de la libertad de información.

Consecuencia de lo anterior por lo tanto es un **“derecho al olvido” limitado y en justo equilibrio con la libertad de información**, derechos que no conviene eludir en una sociedad democrática, plural y respetuosa con todos los derechos.

► EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL
DEL DERECHO AL OLVIDO EN INTERNET

El concepto de eliminar enlaces con determinados contenidos de resultados de búsquedas en Internet no es completamente nuevo, teniendo en cuenta que en Europa el “derecho al olvido” se ha aplicado de manera explícita en los últimos años. La mayoría de los motores de búsquedas tienen en cuenta las solicitudes que reciben para eliminar información personal específica, independientemente de la aplicación o no de la legislación o jurisprudencia sobre el derecho al olvido en un país determinado. Por ejemplo, aún antes de la sentencia del año 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Google aceptó solicitudes para eliminar enlaces de su sitio web de aquellos resultados de búsquedas que comprome-



tieran la seguridad financiera o cierta información personal, como por ejemplo enlaces hacia obras protegidas por el derecho de autor o información bancaria personal. Cada una de estas peticiones es valorada de manera individual por parte de los responsables de los motores de búsqueda, que son los responsables de tomar la decisión de aceptar o rechazar las solicitudes. Para llevar a cabo esta tarea, el buscador Google actualmente cuenta con un comité de expertos, que se encarga de asesorar a la compañía en todas las cuestiones referentes al derecho al olvido.

Sin embargo, desde el 2014 los buscadores de internet tienen la obligación de eliminar de sus listas de resultados aquellos enlaces que violen ciertos derechos de un ciudadano, a petición de éste, debido a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la cual ordenó al buscador Google a eliminar los enlaces a la información en los resultados de búsquedas tal como lo solicitó un ciudadano español, pero decidió que no era necesario modificar el contenido del archivo de noticias existente en el sitio web del diario que lo publicaba.

Asimismo, a partir de dicho fallo se han dictado sentencias y se han presentado propuestas legislativas en varios países de todo el mundo, donde aplican de manera explícita alguna versión del concepto de “derecho al olvido”. Esta tendencia tiene su origen en la legislación europea sobre “procesamiento de datos” de la década del noventa y en otros conceptos antiguos previos a Internet, que eran propios del Hábeas Data.

Cabe destacar una sentencia dictada en octubre del año 2015 por el Tribunal Supremo de España, donde en un caso sobre derecho al olvido falló que el diario “El País” debía aplicar protocolos para evitar la indexación de su sitio web en motores de búsqueda, pero el Tribunal no exigía al diario eliminar los nombres de las personas de los artículos originales, dado que sostenía que “*los archivos digitales están protegidos por la libertad de información porque satisfacen un interés público. Esa es la razón por la cual las noticias viejas no pueden eliminarse ni modificarse*”⁴.

A nivel regional, Argentina tiene numerosos litigios relaciona-

⁴ http://elpais.com/elpais/2015/10/20/inenglish/1445336346_537716.html.



dos con la responsabilidad de los intermediarios. Las celebridades inician acciones legales contra Google y Yahoo por los resultados obtenidos al buscar sus nombres en internet. Ésta demandas tiene éxito pues los famosos obtienen indemnizaciones y presentan medidas cautelares contra los motores de búsqueda si sus nombres no son eliminados de los resultados de búsquedas⁵.

El derecho al olvido comenzó a aplicarse en la Ciudad de Buenos Aires, según un fallo del Juzgado 18 en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Justicia porteña. El tribunal determinó que el Gobierno de la Ciudad tiene un plazo máximo de 180 días para dictar una ley que obligue a Google, Yahoo! y Bing a implementar un mecanismo para que los internautas puedan solicitar a los buscadores eliminar los enlaces a páginas web con información o datos que consideren que vulneran sus derechos individuales o a la intimidad. La resolución del juez Marcelo López Alfonsín, al frente del Juzgado 18, habilitaría a cualquier ciudadano para elevar un pedido a los buscadores, que incluya la evidencia necesaria, a fin de que retiren los enlaces que estima perjudiciales. Asimismo, los buscadores deben prever mecanismos ágiles para el retiro. La Justicia intervendría únicamente cuando las dos partes no alcanzan un acuerdo⁶.

En abril de 2014 Brasil aprobó el “Marco Civil de Internet”, una ley cuyo objetivo es proteger los derechos civiles en el uso de Internet. Sin embargo, recientemente la Justicia de Brasil falló a favor de Google y en contra del derecho al olvido La resolución contradice el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2014 y establece un precedente clave. *No se podrá obligar a Google ni a otros buscadores a acatar resoluciones fundadas en el derecho al olvido*. Así lo decidió, por unanimidad, el Supremo Tribunal de Justicia de Brasil (STJ). El fallo subraya que obligar a los buscadores a eliminar links o datos es como empujarlos a que se conviertan en una suerte de censores de la información. Así, la resolución de la STJ se opone al fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2014), que determinó que los buscadores deben quitar los resultados que afectan el

⁵ <https://advox.globalvoices.org/2014/09/08/right-to-be-forgotten-a-win-for-argentinians-lawsuit-happy-celebrities/>.

⁶ <http://www.infobae.com/2014/10/16/1602067-la-justicia-dijo-que-el-derecho-al-olvido-tambien-debe-aplicarse-la-capital-federal/>.



derecho al olvido de un usuario. Una decisión que derivó del caso Mario Costeja, el español que logró vender a Google y que se prime su derecho a la privacidad⁷.

► DERECHOS CONSTITUCIONALES VINCULADOS
AL DERECHO AL OLVIDO EN PARAGUAY

Los derechos humanos fundamentales, como el derecho a la intimidad, a la información, a la libertad de expresión y a la protección de los datos personales, son derechos protegidos por la Constitución Nacional y ninguno de ellos debe prevalecer sobre el otro, ya que son cláusulas que se entrecruzan e interactúan, dependiendo el éxito de su aplicación práctica de una equilibrada interpretación de los mismos, de forma tal que no se imponga uno sobre otro, sino que interactúen.

Así, la Constitución Nacional en su artículo 26 establece:

“DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE PRENSA. Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa”.

La libertad de expresión se refiere al derecho reconocido a toda persona para expresar sus ideas, pensamientos y opiniones libremente y a difundirlos por cualquier medio. Por ello, se puede apreciar que varias partes del artículo constitucional no constituyen sino el desarrollo del concepto señalado, como cuando se habla de “la difusión del pensamiento y de la opinión”. Asimismo, aun cuando se pueda distinguir entre información y pensamiento u opiniones, debe considerarse como otro aspecto de la libertad de expresión, el derecho de toda persona “a generar, procesar o difundir información” y a utilizar para ello “cualquier instrumento lícito y apto”⁸.

⁷ <http://www.infobae.com/america/tecnologia/2016/11/25/la-justicia-de-brasil-fallo-a-favor-de-google-y-en-contra-del-derecho-al-olvido/>.

⁸ Lezcano Claude, Luis. Notas sobre la Regulación de los Medios Masivos de Comunicación en la Constitución de 1992. Comentario a la Constitución, Tomo III. Homenaje al Décimo Quinto Aniversario. Corte Suprema de Justicia. Asunción – Paraguay Pág. 311.



Sin embargo, la expresión del pensamiento humano tiene sus límites en la protección de derechos ajenos, es por ello que las limitaciones establecidas en la Constitución y las leyes, tiene por finalidad proteger contra el ejercicio abusivo de este derecho. Los límites más importantes son los siguientes:

En la publicación sobre los procesos judiciales, el Art. 22 de la Constitución Nacional dispone que se efectuará sin prejuizgamiento, prohibiendo presentar al procesado como culpable antes de una sentencia condenatoria. Esta limitación es una consecuencia del derecho procesal a la presunción de inocencia.

La libertad de expresión no puede ser utilizada como instrumento para lesionar los derechos al honor y la reputación de las personas, y en caso de ocurrencia de éstas hipótesis, el Código Penal tipifica figuras delictivas que se caracterizan por el abuso de la libertad de expresión, como la difamación, calumnia o injuria.

El ejercicio de este derecho no debe afectar la intimidad de terceras personas. Por consiguiente, cualquier publicación de informaciones respecto a la vida íntima de las personas, sin autorización previa, genera la obligación de una reparación. La circunstancia referida surge de la protección a la intimidad, prevista en el Art. 33 de la Constitución Nacional.

La expresión no puede ser ejercida en violación del secreto profesional. Esta es otra limitación a la libertad expresiva fundada en la obligación de guardar el secreto profesional. Así, en el ámbito de las relaciones laborales, la difusión de los secretos de la empresa es causal de despido justificado, dando lugar a la reparación del daño causado por dicha difusión⁹.

Otro derecho consagrado en la Constitución Nacional, vinculado con el derecho al olvido, es el previsto en el Artículo 28 de la Constitución Nacional - “DEL DERECHO A INFORMARSE. Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime. Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo. Toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exi-

⁹ Ramírez Candia, Manuel Dejesús. Derecho Constitucional Paraguayo – Tomo I. 2da. Edición. Editora Litocolor S.R.L. Asunción – Paraguay. Año 2005. Págs. 366 y 367.



gir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en las mismas condiciones que haya sido divulgada, sin perjuicio de los demás derechos compensatorios”.

Es el derecho de las personas a recibir la información en forma libre. Este aspecto, se constituye en un derecho individual a la recepción de la información que debe reunir las características de veracidad, responsabilidad y ecuanimidad.

Este derecho resulta de singular transcendencia en las sociedades modernas, en donde los medios informativos son de interés de la sociedad, por cumplir dos funciones relevantes como la de ser agente transmisor de la cultura y fuente de toma de decisiones de la ciudadanía, en su carácter de integrante de la opinión pública¹⁰.

La información no es libre como la opinión, sino que la misma deberá reunir los requisitos de veracidad, responsabilidad y ecuanimidad.

La veracidad significa que la información debe estar ajustada a la realidad de los hechos, objeto de la información. Con ésta exigencia se pretende frenar las informaciones erróneas, falsas o distorsionadas que afectan su finalidad como fuente de cultura y de decisión.

La responsabilidad es una exigencia para los emisores de la información y a su vez tiende a salvaguardar los derechos de las personas que pudieran sentirse afectadas, a los efectos de la debida reparación.

La ecuanimidad se refiere al manejo de los hechos informativos por parte de los emisores. Con ello se pretende evitar la manipulación de la información.

Asimismo es importante señalar lo establecido en la segunda parte del Artículo 30 de la Constitución Nacional, el cual dispone que: “...La ley asegurará, en igualdad de oportunidades, el libre acceso al aprovechamiento del espectro electromagnético, así como al de los instrumentos electrónicos de acumulación y procesamiento de información pública, sin más límites que los impuestos por las regulaciones internacionales y las normas técnicas. Las autoridades asegurarán que estos elemen-

¹⁰ Ramírez Candia, Manuel Dejesús. Derecho Constitucional Paraguayo – Tomo I. 2da. Edición. Editora Litocolor S.R.L. Asunción – Paraguay. Año 2005. Pág. 372.



tos no sean utilizados para vulnerar la intimidad personal o familiar y los demás derechos establecidos en esta Constitución”.

La protección a la intimidad de las personas está consagrada en el Artículo 33 de la Constitución Nacional, el cual establece que: *“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”*.

La intimidad o privacidad es el espacio necesario para las personas físicas puedan desarrollar su vida sin entorpecimientos, perturbaciones o publicaciones no deseadas.

La delimitación de ese espacio personal de prohibición de interferencias no deseadas no siempre resulta fácil, más aún con el desarrollo de la tecnología y de los medios de comunicación que han facilitado la intromisión del ámbito reservado a la persona humana; en muchas ocasiones porque ella misma lo publica y en otras ocasiones por publicaciones de terceros.

La última parte del artículo 33 establece tres supuestos de protección de la privacidad de las personas¹¹:

La intimidad. Es el conjunto de hechos y situaciones de la vida que pertenecen al ser humano, como una reserva no divulgable. Entre otros están sus hábitos privados, sus preferencias, sus relaciones humanas, sus emociones, sus sentimientos, sus problemas congénitos, sus accidentes y las secuelas consiguientes, etc.

La dignidad. Se vincula al conjunto de cualidades personales que tiene la persona. Entendemos que la dignidad como patrimonio privativo del ser humano, puede ser comprensible de dos derechos complementarios de la persona humana que se refieren a su estimación desde dos perspectivas: la de ella misma (honor) y la de los terceros para con ella (reputación).

El honor es el sentimiento de autoestima, es decir, la apreciación positiva que la persona hace de sí misma y de su actuación. El honor es violentado cuando esa autoestima es agravada por terce-

¹¹ Ramírez Candía, Manuel Dejesús. Derecho Constitucional Paraguayo – Tomo I. 2da. Edición. Editora Litocolor S.R.L. Asunción – Paraguay. Año 2005. Pág. 388.



ros. Es un sentimiento subjetivo que, sin embargo, es susceptible de ser objetivamente defendido por el derecho.

La reputación es la idea que los demás tienen o presuponen de una persona. Es la imagen que los demás tienen de cada uno de nosotros como seres humanos. La reputación es agraviada cuando nuestra imagen es dañada ante los demás sea cuando dicen mentiras o cuando se dicen verdades dañosas, así mismo cuando se imputan públicamente algún defecto o condición negativa que tenga una persona.

Imagen. Consiste en que la representación corporal de la persona sólo puede ser utilizada por ella y por aquellos a quienes autoriza. Comprende imágenes captadas en el cine, la televisión, videos, fotografías y aún caricaturas. La propia imagen es protegida porque identifica al titular como ser humano, y éste tiene derecho a prohibir su reproducción.

Conforme a los derechos consagrados en la Constitución Nacional, cabe dirimir el conflicto que se suscita cuando *el derecho al olvido* colisiona con *el derecho a la información*. La prevalencia de uno sobre otro se esclarece observando el momento o la oportunidad de su divulgación, como sucede, por ejemplo, cuando se hace necesario difundir los datos judiciales o penales sobre una persona través de una noticia periodística. Esta es una ocasión en la cual el derecho a la información prevalece por sobre el derecho al olvido, pero cuando el período de novedad del suceso ya ha pasado, o, más aún, cuando la persona ha cumplido su condena, se da la circunstancia en la que prevalece el derecho al olvido por sobre el derecho a la información.

Hay otras circunstancias que también revelan el conflicto que se presenta entre ambos derechos, en las cuales la aplicación prioritaria del derecho a la información predomina por sobre *el derecho al olvido*, como serían los casos relacionados al ámbito histórico, al ejercicio o desempeño de una persona en la función pública, o a la difusión de datos periodísticos particulares.

Sin embargo, aunque pudiera tratarse de una información veraz, al no referirse a asuntos públicos de interés general, resulta preferente el derecho fundamental a la protección de datos; esto es, en definitiva, la protección de los derechos ligados a la intimidad.



En este punto cabe mencionar que, *la tensión entre el honor y la libertad de prensa e información fue resuelta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través del principio de ponderación de bienes jurídicos, en la que sostuvo que “en caso de conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información prevalecerán éstos últimos sobre aquel, si el contenido de la información o divulgación tiene ‘interés general’ para la sociedad, puesto que, en tal caso, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información cumple una función esencial en todo Estado Democrático: la formación (libre y plural) de la opinión pública”*¹².

A modo de ejemplo, se puede destacar el caso de la Infanta Cristina, quién solicitaría su derecho al olvido a fin de que su nombre no esté relacionado con el caso “Nóos”, de la que ha sido absuelta. Según la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de mayo de 2014, en la que se reconocía el derecho al olvido, hay ciertos criterios que eliminan este derecho; es el caso de personas públicas, como es el caso de la infanta Cristina y las de noticias que se consideran de interés público -como el caso Nóos-, donde el derecho a la información prevalece sobre el derecho al olvido, por lo que los buscadores pueden negarse a borrar dichos resultados de búsqueda. Es así que, amparándose en el derecho a la información, desde la Plataforma en Defensa de la Libertad de Información (PDLI) se muestran en contra del derecho al olvido para la Infanta Cristina, señalando que *“la infanta no podrá ejercer su derecho al olvido hasta que los miembros de su familia real se conviertan en algo sin relevancia pública”*¹³.

En Paraguay en el año 2014 se difundieron a través de las redes sociales y páginas web de medios masivos de comunicación, imágenes íntimas de un integrante del Congreso Nacional. Sus representantes legales a través de un Juicio de Amparo solicitaron la prohibición de la difusión de dichas imágenes; solicitud que fue resuelta favorablemente por el Juzgado de origen y confirmada por el Tribunal de Apelaciones, órgano que en su fallo señaló que

¹² Plaz Penales, Javier. El derecho al honor y la libertad de Expresión. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 22; citado por Ramírez Candia, Manuel Dejesús. Derecho Constitucional Paraguayo – Tomo I. 2da. Edición. Editora Litocolor S.R.L. Asunción – Paraguay. Año 2005. Pág. 396.

¹³ <http://www.derechoalolvido.eu>.



el derecho a la intimidad prima por sobre la libertad de prensa¹⁴.

► HÁBEAS DATA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

El derecho al olvido, también llamado derecho a ser olvidado, como se ha mencionado previamente, es el derecho de las personas físicas a que se borre información sobre ellas que podrían afectar su honor o reputación, después de un período de tiempo determinado; por lo que está íntimamente relacionado con el Habeas Data, en atención a que suprimir, borrar o eliminar contenidos o datos personales que existen en la red supone un claro control del individuo sobre sus datos e información personal.

La garantía constitucional del Hábeas Data está consagrada en el Artículo 135 de la Constitución Nacional, el cual establece que: *“Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos”*.

Ésta garantía cobra importancia en la actualidad con el auge del Internet, al cual se puede acceder fácilmente de diversos modos, lo cual multiplica la posibilidad de propagar datos personales, cuya difusión pudieran perjudicar -de cualquier modo- a su titular, agravando su derecho a la intimidad, a la privacidad o la propia imagen.

El hábeas data, es una garantía constitucional, cuya misión consiste en brindar protección inmediata y efectiva a los derechos fundamentales a la intimidad, a la inviolabilidad del patrimonio documental y a la comunicación privada o la protección de la dignidad y la imagen privada de las personas, afectadas por las prácticas de almacenamiento, procesamiento y suministros de datos¹⁵.

El actual desarrollo tecnológico, el tratamiento electrónico de la información, el flujo cibernético, etc.; han hecho necesario resguardar la privacidad personal en la circulación de la información. De ahí que al encararse

¹⁴ Fuente: publicación realizada en la página www.ultimahora.com.py el viernes 29 de agosto de 2014 a las 14:28 horas.

¹⁵ Benítez Riera, Luis María. Hábeas Data... Pág. 732; citado por Ramírez Candía, Manuel Dejesús. Derecho Constitucional Paraguayo – Tomo I. 2da. Edición. Editora Litocolor S.R.L. Asunción – Paraguay. Año 2005. Pág. 725.



*el bien jurídico protegido por el hábeas data sea frecuente, en torno a la intimidación, aludir a la reserva de bienes personales como los vinculados con el honor, la dignidad, la información sensible, la verdad, la igualdad, la autodeterminación informativa, la privacidad, etc.*¹⁶.

Es así que, el derecho al olvido deriva directamente del principio de finalidad, ya que, de acuerdo con una aplicación de este principio, el responsable del tratamiento de los datos puede mantener los datos personales como tales si la finalidad del tratamiento lo justifica. Se deben hacer anónimos o se deben eliminar una vez que el objetivo se ha logrado o cuando ya no sea necesario mantener el vínculo con personas identificables para lograr ese propósito. Si la información o datos de una persona ya no cumplen con su finalidad y no son suprimidos automáticamente; en el ejercicio de su derecho al olvido, los particulares tienen la facultad de interponer la acción de Hábeas Data a fin de que dichas informaciones o datos sean suprimidos.

Cabe destacar, siguiendo a Ramírez Candia, que para la procedencia de la acción de Hábeas Data, se deben reunir los siguientes requisitos¹⁷:

Debe tratarse de una información sobre una persona o sus bienes: es decir, la información o los datos a los que procura acceder el accionante por medio de esta garantía deben versar sobre su persona o sus bienes.

La información o datos requeridos deben constar en registros oficiales o privados de carácter público: los registros privados de carácter público deben ser entendidos como aquellos bancos de datos que proveen información al público o para el uso público.

La finalidad del acceso a las informaciones o datos deben comprender dos aspectos: a) conocer su uso y finalidad; b) solicitar su actualización, rectificación o destrucción, si las informaciones o datos fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos protegidos constitucionalmente como el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada, la dignidad y la imagen privada.

¹⁶ Bidart Campos, Germán J. Compendio de Derecho Constitucional. Editora Ediar. Buenos Aires – Argentina. Año 2004. Pág. 216..

¹⁷ Ramírez Candia, Manuel Dejesús. Derecho Constitucional Paraguayo – Tomo I. 2da. Edición. Editora Litocolor S.R.L. Asunción – Paraguay. Año 2005. Pág.731, 732.



► CONCLUSIÓN

El gran avance que ha tenido la tecnología en los últimos años pone en evidencia la necesidad de legislar expresamente sobre el derecho al olvido en nuestro país, para garantizar la sana convivencia y la libre determinación de las personas, acompañando la eventual necesidad de un individuo de ser diferente al que fue hasta un momento determinado de su existencia; sin avasallar el derecho a la información de la sociedad en ámbitos tales como el jurídico, el periodístico, el de desempeño en la función pública o en lo relativo a temas de interés histórico.

Si el crédito fue saldado, aunque no fuera falsa la información por su rastreo histórico, si un individuo cumplió con su condena, si personas que en algún momento de su existencia, su vida privada o su intimidad ha tenido una gran repercusión mediática y posteriormente decide cambiar este estilo de vida; el olvido aparece como una herramienta idónea para permitir la redención moral y crediticia del ser humano.

Hasta ahora, el derecho al olvido es un supuesto atípico en nuestra legislación en el sentido de que; como se dijo, carece de formulación legal y posee escasa dedicación dogmática; siendo el hábeas data la figura que podría adaptarse a la necesidad de una persona de acogerse al derecho de cancelación y oposición que ampara a quienes quieren que sus datos no aparezcan o sean corregidos en bases de datos de internet y en los motores de búsqueda.

La práctica de “guglear” o “googlear” a alguien buscando cualquier información por exhaustiva, antigua, desactualizada que parezca como garantía de encontrar todo lo publicado sobre una persona, por medios que contengan en sus archivos históricos noticias carentes de actualidad, debe ser reglamentada en todos los países, independientemente a las solicitudes expresas realizadas por los particulares a quienes dichas informaciones afecte, y se deben adoptar medidas para evitar la indexación indiscriminada de información sensible sobre personas físicas.



BIBLIOGRAFIA

- Comentario a la Constitución. Tomo II. Corte Suprema de Justicia, año 2002.
- Silberleib, Laura. El derecho al Olvido y la persistencia en la memoria. ISSN 1514-8327 (impresa) / ISSN 1851-1740 Información, cultura y sociedad /35, diciembre 2016.
- Puccinelli, Oscar R., El "derecho al olvido" en el derecho de la protección de datos. El caso argentino. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho (Bogotá, Colombia). No. 1 Julio - Diciembre de 2012. ISSN: 2322-9705
- Comentario a la Constitución, Tomo III. Homenaje al Décimo Quinto Aniversario. Corte Suprema de Justicia. Asunción – Paraguay, año 2002.
- Jaén Vallejo, Manuel. Principios Constitucionales y Derecho Penal Moderno. Estudio sobre cuestiones de especial relevancia Constitucional. Editorial Ad Hoc S.R.L. - Buenos Aires.
- Ramírez Candia, Manuel Dejesús. Derecho Constitucional Paraguayo – Tomo I. 2da. Edición. Editora Litocolor S.R.L. Asunción – Paraguay. Año 2005.
- Bidart Campos, Germán J. Compendio de Derecho Constitucional. Editora Ediar. Buenos Aires – Argentina. Año 2004.

PALABRAS CLAVE:

●●●●●●●●●● Derecho al olvido, motores de búsqueda, internet, hábeas data, derecho a la intimidad, honor, derecho de cancelación y oposición.

●●●●●●●●●● **KEYWORDS:**

Right to forget, search engines, internet, habeas data, right to intimacy, honor, right of cancellation and opposition.



DERECHOS HUMANOS



- ▶ LA DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.
- ▶ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.
- ▶ VULNERABILIDAD(ES). HACIA UNA "INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA" DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.





La discapacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Israel Biel Portero ¹

► SUMARIO

La discapacidad se ha consagrado internacionalmente como cuestión de derechos humanos. Y ello gracias a los trabajos dirigidos, en el ámbito universal, por las Naciones Unidas, y en el regional americano, por la Organización de Estados Americanos. Muestra de estos trabajos son la adopción de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999 y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. De estos y de otros instrumentos emana un marco jurídico que además de complementario, debe ser coherente y necesario. Nos encontramos ante dos importantes retos en el sistema interamericano de derechos humanos. Por un lado, la necesidad de adaptar la normativa ya existente a los nuevos estándares que regula la Convención de Naciones Unidas. Por otro lado, el grado de cumplimiento real de estas normas por los Estados americanos. Hasta la fecha se han conseguido importantes avances que distan no son suficientes. De su verdadero compromiso y la eficacia de sus actuaciones dependerá que las personas con discapacidad puedan vivir una vida completa, inclusiva y participativa, en la que su diferencia no sólo sea respetada, sino incluso valorada.

► ABSTRACT

Disability has been established internationally as a human rights issue. This has been achieved by the work led at the universal level, by the United Nations, and at the American regional level, by the Organization of American States. These efforts are reflected in the adoption of the Inter-American Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Persons with Disabilities in 1999 and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in 2006. Together with other norma-

¹ Doctor en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Jaime I de Castellón (España). Investigador en Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Ginebra, Institut International des Droits de l'Homme, Estrasburgo, University of Leeds, Université Paris I Panthéon-Sorbonne. Profesor en la Universidad Jaime I y Universidad Cooperativa de Colombia, sede Pasto.



tive instruments, they forma legal framework which should be not only complementary, but also consistent and necessary.

► INTRODUCCIÓN

Se calcula que en el mundo hay más de 650 millones de personas que tienen algún tipo de discapacidad. Común a todas ellas es que, además de encontrar enormes dificultades para poder ejercer sus derechos, éstos son violados o negados con mayor frecuencia que los de quienes no tienen una discapacidad. Más que un grupo “hipotéticamente vulnerable”, las personas con discapacidad constituyen un grupo “sistemáticamente vulnerado” en sus derechos humanos. El resultado es que estas personas no participan en condiciones de igualdad con las demás personas, quedando en muchas ocasiones excluidas de sociedades que ni aceptan ni valoran su diferencia. Ante esta situación, el Derecho se ha convertido en uno de los instrumentos necesarios para superar los obstáculos que habitualmente encuentran. Y especialmente el Derecho internacional, ya que han sido las grandes organizaciones internacionales, como Naciones Unidas, las que han liderado las iniciativas en la materia.

La firma y entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha terminado de consolidar la perspectiva de la discapacidad basada en su consideración como materia de derechos humanos. Esto supone que las personas con discapacidad son y deben ser titulares de derechos y obligaciones, por lo que los Estados deben asegurar que todas ellas puedan ejercer cada uno de sus derechos y libertades de forma plena, efectiva y no discriminatoria.

En el marco regional americano, la Organización de Estados Americanos ha sabido liderar con responsabilidad diversas iniciativas para promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad. Prueba de ello fue la adopción y entrada en vigor de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Además, a través de su jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sabido interpretar el marco normativo re-



gional para adaptarlo los nuevos estándares internacionales en la materia, en aras de una mayor complementariedad con la Convención de Naciones Unidas.

► LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA DISCAPACIDAD

Actualmente, tanto en el plano nacional como internacional, la discapacidad es considerada como materia de derechos humanos. Sin embargo, esto no siempre ha sido así. Hasta tiempos recientes, las cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad se enmarcaban dentro de las políticas sociales de los Estados, sin existir un verdadero reconocimiento de derechos subjetivos. En las últimas dos décadas, los intentos por vincular la discapacidad y los derechos humanos se han sucedido de forma progresiva, principalmente impulsados desde el seno de las Naciones Unidas, culminando dicho proceso con la aprobación y entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

A) La discapacidad como materia de derechos humanos

La evolución en el modo de regular la discapacidad no es fruto de la casualidad, sino el resultado del cambio en el modo de concebirla. El *modelo individual* de la discapacidad, basado en las limitaciones médicas de cada individuo, fue sustituido por el *modelo social* de la misma, que fundamenta la falta de participación de las personas con discapacidad en la persistencia de una serie de barreras en el entorno de carácter excluyente². Estas barreras, que pueden ser jurídicas, económicas, sociales o físicas, actúan de forma directa o indirecta sobre las personas con discapacidad excluyendo y segregando a las mismas (LAWSON, 2007: 572). En el marco jurídico internacional, el modelo social ha evolucionado hacia un paradigma que hoy denominamos “de derechos humanos”. Según esta forma de explicar la discapacidad, las personas con discapacidad son y deben ser titulares de derechos y obligaciones. Por tanto, el Derecho debe asegurar que todas ellas puedan ejercer todos sus derechos y libertades sin discriminación.

² Véanse FINKELSTEIN, V., *Attitudes and Disabled People*, Nueva York, World Rehabilitation Fund, 1980 o OLIVER, M., *Understanding Disability. From theory to practice*, Basingstoke, Palgrave, 1996, entre otros.



Las primeras actuaciones internacionales en materia de discapacidad, exceptuando algunos trabajos concretos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Unión Europea Occidental (UEO), comenzaron con el final de la Segunda Guerra Mundial y la creación de Naciones Unidas. El alto número de discapacidades que generó el conflicto exigía actuaciones concretas por parte de los Estados. La Organización trató de asistir técnicamente a los Estados en esta tarea a través de la publicación de estudios y la celebración de seminarios especializados sobre el tratamiento médico de las discapacidades³.

El enfoque de la discapacidad en aquellos años tenía un carácter marcadamente asistencial. Su fundamento radicaba en las políticas sociales de los Estados, o más bien en las actitudes paternalistas de los poderes públicos, basadas fundamentalmente en la caridad con los ciudadanos más desfavorecidos. Al considerarse que las limitaciones que la persona sufría se debían exclusivamente a sus circunstancias médicas, el objetivo de las políticas de los Estados no era otro que subsanar ese déficit. Con el propósito de eliminar la *deficiencia* de la persona, o por lo menos, de reducir sus consecuencias negativas, la atención médica y la rehabilitación del individuo con discapacidad fueron los ejes sobre los que se estructuró la regulación jurídica de la discapacidad.

No se intuía relación alguna entre la discapacidad y los derechos humanos. Los problemas de las personas con discapacidad para participar en la sociedad no eran considerados una cuestión jurídica, sino más bien médica. De este modo, no hubo referencia alguna a las personas con discapacidad ni en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴ ni en los Pactos Internacionales de 1966⁵. Ni siquiera se consideró expresamente como motivo de discriminación.

Fue desde el propio movimiento asociativo de las personas con discapacidad, iniciado en los países anglosajones a finales de la dé-

³ SAULLE, M. R., *The Disabled Persons and the International Organizations*, Roma: International Documentation Ent., 1981.

⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General 217 A (iii) de 10 de diciembre de 1948.

⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y en vigor desde el 3 de enero de 1976 y el 23 de marzo de 1976, respectivamente.



cada de los sesenta, donde se comenzó a exigir a los poderes públicos un cambio en el tratamiento de la discapacidad. Los activistas con discapacidad reclamaban que les fuesen reconocidos y respetados sus derechos y libertades, como ocurría con otros grupos de personas históricamente marginados. Fue así como comenzó a cuestionarse el modelo individual de la discapacidad y a proponerse el cambio hacia el modelo social, dirigido a modificar las estructuras sociales de carácter excluyente⁶.

Ante estas reclamaciones, la Asamblea General de Naciones Unidas comenzó a reorientar las actuaciones de la Organización en la materia⁷. No obstante, sus actuaciones se redujeron a la adopción de dos declaraciones con valor meramente recomendatorio, como la Declaración de los Derechos del *Retrasado Mental* de 1971⁸ y la Declaración de Derechos de los *Impedidos* de 1975⁹. A estas siguieron la proclamación de 1981 como Año Internacional de los *Impedidos*¹⁰, la declaración del Decenio Mundial de Naciones Unidas para los *Impedidos* (1983-1992)¹¹, y la adopción del Programa de Acción Mundial para los *Impedidos*¹², en el que se contenían los principios y directrices para la acción nacional e internacional en lo relativo a la prevención, la rehabilitación y la equiparación de oportunidades de las personas con discapacidad. En la misma línea, durante la fase final del Decenio vieron la luz las Directrices de Tallin para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los *Impedidos* de 1989¹³ y los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de 1991¹⁴.

Las Naciones Unidas, así como otras organizaciones internacio-

⁶ SEQANE, J. A., "La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de los derechos", en BLÁZQUEZ PEINADO, M. D. y BIEL PORTERO, I. (Eds.), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad. Su incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 11 y ss.

⁷ DEGENER, T., "Disability as a Subject of International Human Rights Law and Comparative Discrimination Law", en S. S. HERR; L. O. GOSTIN y H. H. KOH, *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities. Different but Equal*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 151 y ss.

⁸ Declaración de los Derechos del *Retrasado Mental*, adoptada por la resolución de la Asamblea General 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.

⁹ Declaración de Derechos de los *Impedidos*, adoptada por la resolución de la Asamblea General 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975.

¹⁰ Resolución de la Asamblea General 31/123 de 16 de diciembre de 1976, por la que se proclama el Año Internacional de los *Impedidos* (1981).

¹¹ Resolución de la Asamblea General 37/53 de 3 de diciembre de 1982 sobre la ejecución del Programa de Acción Mundial para los *Impedidos*, por la que se declara el Decenio Mundial de las Naciones Unidas para los *Impedidos* (1983-1992).

¹² Programa de Acción Mundial para los *Impedidos*, adoptado por la resolución de la Asamblea General 37/52 de 3 de diciembre de 1982.

¹³ Resolución de la Asamblea General 44/70 de 8 de diciembre de 1989.

¹⁴ Resolución de la Asamblea General 46/119 de 17 de diciembre de 1991.



nales que bajo su impulso adoptaron explícita o implícitamente el modelo social de la discapacidad, habían comenzado a reconocer derechos específicos por razón de discapacidad y a centrar sus esfuerzos en eliminar o transformar las barreras que limitaban la participación de aquellos ciudadanos. No obstante, salvo contadas excepciones, se sirvieron de instrumentos sin valor jurídico vinculante, más dirigidos a promover que a proteger los derechos de las personas con discapacidad. En aquellos momentos la discapacidad no estaba incluida en la agenda internacional de derechos humanos.

En 1992, el Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías en materia de discapacidad y derechos humanos, Leandro Despouy, presentó su informe final *Los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad*¹⁵. En él afirmaba de forma expresa que la discapacidad era una *cuestión* de derechos humanos en cuya solución debían participar todos los órganos de vigilancia de aquellos. Se iniciaba una nueva etapa para la Organización en la que la discapacidad se confirmaba como materia de derechos humanos. Así se encargó de refrendarlo, primero, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación general núm. 5¹⁶, y seguidamente, la antigua Comisión de Derechos Humanos¹⁷, el Relator Especial sobre Discapacidad de la Comisión de Desarrollo Social¹⁸ o la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁹.

Sin embargo, pese a que las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos que cualquier ser humano tiene reconocidos en los tratados generales y específicos de derechos humanos, los órganos de vigilancia de aqué los apenas las habían considerado en el desempeño de sus labores de supervisión²⁰. El

¹⁵ DESPOUY, L., *Human Rights and Disabled Persons*, Ginebra, UN Centre for Human Rights, 1993.

¹⁶ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, de 1994 (E/C.12/1994/13).

¹⁷ Concretamente, en sus resoluciones 1998/31, 2000/51, 2002/61, 2003/49, 2004/52 y 2005/65 sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad. Con posterioridad, el Consejo de Derechos Humanos ha continuado la labor iniciada por la Comisión, reafirmando su compromiso en la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad.

¹⁸ Informe del Relator Especial sobre supervisión de la aplicación de las Normas Uniformes en el periodo comprendido entre 2000 y 2002 (E/CN.5/2002/4).

¹⁹ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el Estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad (E/CN.4/2005/82).

²⁰ QUINN, G. y DEGENER, T., *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Nueva York y Ginebra, Publicación de las Naciones Unidas, 2002.



objetivo que subyacía tras la celebración del Decenio era culminar el mismo con la adopción de un convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad. La falta de acuerdo entre los Estados motivó que dicho texto adquiriese finalmente la forma de resolución de la Asamblea General, con valor meramente recomendatorio. Así, la Asamblea General adoptó en 1993 las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad²¹. En ellas se recogían los avances logrados durante el Decenio, proclamando formalmente el modelo de derechos humanos y regulando las obligaciones que los Estados debían asumir para lograr la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad²².

Lo cierto es que la ausencia de un tratado internacional específico que regulase los derechos humanos de las personas con discapacidad les había situado en una situación de desventaja legal respecto a otros grupos de personas, que se traducía en una limitación significativa de la efectividad en el ejercicio y respeto de sus derechos y libertades. El sistema de protección de los derechos humanos había demostrado ser insuficiente²³. Además, debido a las dudas que todavía persistían, era necesario consolidar de forma definitiva el reconocimiento de la discapacidad como verdadera materia de derechos humanos. En este contexto, fue precisamente México quien, en 2001, planteó ante Naciones Unidas la posibilidad de crear un tratado específico que regulase los derechos de las personas con discapacidad. Pese a que otras propuestas similares habían sido desestimadas con anterioridad, la Asamblea General atendió esta vez la petición y decidió establecer “un Comité Especial para que examinara propuestas relativas a una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, sobre la base de un enfoque holístico de la labor realizada

²¹ Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, aprobadas por la Asamblea General a través de su resolución 48/96 de 20 de diciembre de 1993.

²² LINDQVIST, B., “Standard Rules in the disability field – a new United Nations instrument”, en T. DEGENER y Y. KOSTER-DREESE (ed.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston y Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 63 y ss.

²³ Véanse, por ejemplo, DESPOUY, L., op. cit., QUINN, G y DEGENER, T., op. cit., o LAWSON, A., “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?”, 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), pp. 563 y ss.



en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación”²⁴.

B) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

El Comité Especial establecido por la Asamblea General comenzó su primer período de sesiones en 2002, procediendo al estudio de todas aquellas recomendaciones y opciones formuladas por los Estados, organizaciones internacionales y no gubernamentales, así como por diferentes expertos. Las reuniones del Comité Especial continuaron de forma ininterrumpida hasta que, tras concluir las negociaciones en 2006, se adoptó el Proyecto definitivo de convención²⁵. El 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo²⁶. El proceso de firma y ratificación se abrió el 30 de marzo de 2007. Ese día, 82 Estados firmaron la Convención, de los cuales 44 procedieron también a la firma del Protocolo facultativo. Nunca antes una Convención de las Naciones Unidas había conseguido un número tan elevado de signatarios en el mismo día de su apertura a la firma.

El 3 de mayo de 2008, tanto la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como su Protocolo facultativo entraron en vigor²⁷. Este hecho ha supuesto la consagración definitiva de la perspectiva de derechos humanos de la discapacidad²⁸.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un tratado extenso, compuesto por 50 artículos, precedidos de un detallado Preámbulo. Los primeros cuatro artículos se refieren al propósito, las definiciones de los principales términos de la Convención y los principios y obligaciones generales. A continuación se contienen los veintiséis artículos que reconocen el amplio catálogo de derechos humanos de los que son titulares las per-

²⁴ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 56/168 de 19 de diciembre de 2001 sobre una Convención internacional general e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

²⁵ Informe final del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de 6 de diciembre de 2006 (A/61/611).

²⁶ Resolución de la Asamblea General 61/106, de 13 de diciembre 2006.

²⁷ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo facultativo a la misma, aprobados por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006 en su resolución 61/106, abiertos a la firma y ratificación el 30 de marzo de 2007, y en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

²⁸ BIEL PORTERO, I., *Los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.



sonas con discapacidad, sin división alguna entre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como las obligaciones de los Estados derivadas de los mismos y algunos presupuestos y condiciones necesarios para su ejercicio. Los siguientes diez artículos vienen referidos a la aplicación y la supervisión, nacional e internacional, de las disposiciones del Convenio. Finalmente, los últimos diez artículos regulan las disposiciones finales.

Junto con la Convención, fue adoptado el Protocolo facultativo de la misma, que reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para recibir comunicaciones individuales así como para realizar investigaciones en caso de violaciones graves o sistemáticas de la Convención. Fue la reticencia de diversos Estados a incorporar un mecanismo de supervisión de la aplicación de la Convención lo que condujo a la elaboración de este instrumento.

Conforme a su artículo 1, la Convención tiene como propósito “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Como afirma LAWSON, la Convención pretende ir más allá de los principios tradicionales de igualdad y no discriminación para abarcar el amplio catálogo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y su ejercicio y disfrute por las personas con discapacidad²⁹.

El artículo 3 contiene los principios generales que servirán de orientación en la interpretación y aplicación de la Convención. Según el precepto, los ocho principios que informarán la Convención son: el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con

²⁹ LAWSON, A., op. cit, p. 590.



discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

El principio de no discriminación es un principio central, uno de los pilares de la Convención, que interactúa de forma transversal con los diversos derechos reconocidos en ella. Además, este principio es objeto de desarrollo en el artículo 5, que reconoce el derecho a la igualdad y la no discriminación. En el artículo 2 se define la discriminación por motivos de discapacidad como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”. Precisa el artículo que dicho concepto incluye “todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”. Los ajustes razonables son, según el mismo artículo 2, “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Los ajustes razonables constituyen un elemento clave de la Convención que, como tal, ocupará un papel relevante en los ordenamientos jurídicos de los Estados en un futuro inmediato.

En la Convención se diferencian dos tipos de obligaciones dirigidas a los Estados. Por un lado, las obligaciones específicas que derivan de cada uno de los derechos reconocidos en el articulado, cuyo contenido se halla intrínsecamente vinculado al derecho concreto del que resultan. Por otro lado, el artículo 4 de la Convención regula las obligaciones generales de los Estados. Son las obligaciones esenciales dirigidas a todo Estado parte que, como señala QUINN, insertan el tratado en el corazón de las políticas nacionales sobre discapacidad³⁰. Según el primer apartado del artículo 4, los Estados “se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de

³⁰ QUINN, G., “The UN Human Rights of Persons with Disabilities Treaty: A Blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform”, comunicación presentada el 16 de noviembre de 2006 en la National Disability Authority Annual Research Conference, 2006, p. 12.



las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”.

Tal como establece el artículo 4.2, mientras que los Estados deberán garantizar de forma inmediata el ejercicio de los derechos civiles y políticos, la adopción de las medidas necesarias para asegurar el ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales y culturales podrá realizarse de forma progresiva, de acuerdo con los recursos disponibles. Sin embargo, resulta una tarea enormemente confusa determinar los casos en que un derecho de la Convención responde exactamente a una categoría u otra³¹. No sólo porque no existe distinción formal en el texto, sino porque algunos derechos, al adaptarse a las especificidades de la discapacidad, contienen elementos propios de ambas generaciones. En cualquier caso, de acuerdo con los artículos 3 y 5 de la Convención, los Estados deben asegurar que todos los derechos reconocidos sean ejercidos de manera no discriminatoria, siendo esta una obligación de exigibilidad inmediata.

De este modo, la Convención no diferencia formalmente entre derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales, y muchos de los preceptos entremezclan elementos propios de ambas categorías. Estos derechos, que son el núcleo de la Convención, incluyen el derecho a la vida (artículo 10), la protección en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (artículo 11), el igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12), el acceso a la justicia (artículo 13), la libertad y seguridad de la persona (artículo 14), la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 15), la protección contra la explotación, la violencia y el abuso (artículo 16), la protección de la integridad personal (artículo 17), la libertad de desplazamiento y nacionalidad (artículo 18), el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19), el derecho a la movilidad personal (artículo 20), la libertad de expresión y de opinión y el acceso a la información (artículo 21), el respeto de la privacidad (artículo 22) así como del hogar y la familia (artículo 23), el

³¹ KOCH, I. E., “From Invisibility to Indivisibility: The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, en O. M. ARNARDÓTTIR, y G. QUINN (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. European and Scandinavian Perspectives*, Leiden y Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 67 y ss.



derecho a la educación (artículo 24), el derecho a la salud (artículo 25), la habilitación y rehabilitación (artículo 26), el derecho al trabajo y al empleo (artículo 27), el derecho a gozar de un nivel de vida adecuado y a la protección social (artículo 28), la participación en la vida política y pública (artículo 29), la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (artículo 30) y el derecho a la accesibilidad (artículo 9).

Una de las cuestiones que suscita el reconocimiento de estos derechos consiste en determinar si la Convención ha creado nuevos derechos específicos para las personas con discapacidad o se ha limitado a adaptar los ya existentes a sus circunstancias particulares. No puede afirmarse de forma concluyente que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cree nuevos derechos, porque dudosamente lo hace. Pero mantener que simplemente adapta los derechos ya existentes a las personas con discapacidad es igualmente inexacto. La Convención otorga carácter convencional, y por tanto vinculante, a diversos derechos que carecían de aquél, como los derechos a la accesibilidad, a la movilidad personal, o a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad. Además, al adaptarlos a las particularidades de la discapacidad, la Convención modifica y reformula los conceptos sobre los que se asientan las regulaciones tradicionales de los derechos humanos hasta el punto de suponer una importante innovación en el Derecho internacional de los Derechos Humanos³².

Uno de los aspectos más novedosos de la Convención es el relativo a su aplicación y seguimiento³³. El mecanismo de vigilancia previsto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene una vertiente nacional y otra internacional. En el plano nacional, de conformidad con el artículo 33, los Estados parte deberán designar un organismo público que será el encargado de todas las cuestiones relativas a la aplicación de la Convención. Además, también deberán designar o establecer una institución independiente dirigida a promover, proteger y supervisar la

³² Véanse KAYESS, R. y FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", 8 (1) *Human Rights Law Review* (2008), pp. 1-34; MÉGRET, F., "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?", 30 *Human Rights Quarterly* (2008), pp. 494-516 o BIEL PORTERO, I., op. cit., pp. 139 y ss.

³³ QUINN, G., "A Short Guide to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities", en G. QUINN y L. WADDINGTON (eds), *European Yearbook of Disability Law*, vol. I, Antwerp, Oxford y Portland: Intersetta, 2009, pp. 111-113.



aplicación de la Convención. En el plano internacional, además de prever la celebración de una Conferencia bianual de los Estados parte, que se reunirán para considerar todo asunto relativo a la aplicación de la Convención, se crea en el artículo 34 el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La función básica del Comité es la consideración de los informes periódicos que los Estados parte están obligados a presentar, sobre los que podrá hacer las sugerencias y recomendaciones que estime oportunas. No obstante, en el Protocolo facultativo a la Convención se establecen dos procedimientos complementarios al examen de informes periódicos. Por una parte, el Comité podrá recibir y considerar comunicaciones individuales presentadas por personas o grupos que consideren ser víctimas de una posible violación de la Convención por un Estado. Por otra, el Comité podrá iniciar un procedimiento de investigación al recibir información fidedigna de violaciones graves o sistemáticas por un Estado de los derechos recogidos en la Convención.

Con la entrada en vigor de la Convención, es posible afirmar que la discapacidad está plenamente integrada en la agenda internacional de derechos humanos. Que las violaciones de derechos que sufren las personas por razón de su discapacidad suponen una vulneración de sus derechos humanos es una realidad difícil de rebatir. Tanto las organizaciones regionales con competencias en la materia, como los Estados que han consentido en quedar obligados por la Convención, están promoviendo un tratamiento jurídico de la discapacidad basado en el reconocimiento de derechos, y no como una cuestión de política social o asistencial. Y en este nuevo marco jurídico, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad debe ser el instrumento que guíe los futuros trabajos en la materia.

► EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En el marco del sistema interamericano de derechos humanos, la Organización de Estados Americanos (OEA) ha desarrollado, sobre todo en las últimas décadas, una loable labor para la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad. No



en vano, la OEA fue la primera organización internacional en adoptar un tratado de derechos humanos específico sobre discapacidad.

A) Las primeras iniciativas relativas a los derechos de las personas con discapacidad

Comenzando esta revisión por los instrumentos generales de derechos humanos, no debe extrañar que no exista referencia alguna a las personas con discapacidad en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948³⁴. En el momento histórico en que se adopta la Declaración, la discapacidad distaba mucho de ser considerada una cuestión relacionada con los derechos humanos, por lo que ni siquiera se planteaba su inclusión en un instrumento de esta naturaleza. Tampoco la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969³⁵, piedra angular del sistema interamericano de derechos humanos, incluyó en su articulado una mención explícita de los derechos de estas personas.

No obstante, al igual que ocurre en el sistema universal de Naciones Unidas, la ausencia de referencias explícitas no excluye de su ámbito de aplicación a las personas con discapacidad. Como seres humanos, las personas con discapacidad son titulares de todos y cada uno de los derechos reconocidos en ambos instrumentos. En este sentido, COURTIS destaca el gran potencial que estos textos tienen para la tutela de los derechos de las personas con discapacidad cuando afirma que “el alcance de los instrumentos generales de derechos humanos del Sistema Interamericano permite interpretar el contenido obligacional de todo derecho allí establecido a partir de las nociones de igualdad y no discriminación, de modo que la existencia de obstáculos o barreras legales injustificadas para el goce o ejercicio de un derecho, la falta de medidas de protección especial para aquellos casos en los que, por razón de la discapacidad, el goce o ejercicio de un derecho resulte vulnerable, la falta de acciones positivas para remover obstáculos [...] que impidan o dificulten el goce y ejercicio de un derecho, o la no previsión de adaptaciones específicas que contemplen las necesidades y requerimientos especiales de las personas con discapacidad como parte del contenido de un

³⁴ Resolución de los Estados Americanos XXX, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana el 2 de mayo de 1948.

³⁵ Convención aprobada el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica (Costa Rica), y en vigor desde el 18 de julio de 1978.



derecho, constituirán violaciones a esos instrumentos”³⁶.

Sin embargo, esta potencialidad ha quedado muy relativizada en la práctica. En primer lugar, por la poca atención que los órganos de vigilancia del sistema han prestado a la discapacidad. Y en segundo lugar, porque, como denuncia SAMANIEGO, la realidad de las personas con discapacidad en América Latina muestra una “subutilización” de los recursos³⁷.

La indiferencia hacia la discapacidad en la normativa de la OEA llegó a su fin en 1988, con la adopción del Protocolo de San Salvador en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁸. Hasta ese momento, la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano era más una ilusión que un hecho, pues la Convención Americana los había omitido de su articulado. Con la entrada en vigor del Protocolo, y la consiguiente ampliación de la Convención Americana, es cuando el sistema alcanzó realmente su plenitud³⁹.

El artículo 18 del Protocolo de San Salvador, bajo el título “Protección de los Minusválidos” establece que:

- “Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a:
- a. Ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso;
 - b. Proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo

³⁶ COURTIS, C., “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en R. DE LORENZO y L. C. PÉREZ BUENO (Dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2007, pp. 436 y 437.

³⁷ SAMANIEGO DE GARCÍA, P., *Aproximación a la realidad de las personas con discapacidad en Latinoamérica*, Madrid, CERMI, 2007, pp. 66 y ss.

³⁸ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en San Salvador (El Salvador) el 17 de noviembre de 1988, y en vigor desde el 16 de noviembre de 1999.

³⁹ Véase al respecto CANÇADO TRINDADE, A. A., “La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: évolution et tendances actuelles”, 44 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1991), pp. 13 y ss.



- físico, mental y emocional de éstos;
- c. Incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo;
 - d. Estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena”.

Dejando aparte las consideraciones terminológicas, pues la redacción del artículo no es coherente con la terminología recomendada por la Organización Mundial de la Salud⁴⁰, en el precepto se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a recibir una atención especial que le permita alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. En cierta manera, esta necesidad de atención conecta con la perspectiva asistencial de la discapacidad, propia del modelo médico. Asimismo, entre las obligaciones de los Estados se incluye una expresión visiblemente desafortunada, cuando se insta a ayudar a los familiares a “resolver los problemas de convivencia”. Es otro ejemplo de la consideración de la persona con discapacidad como *problema* social. Es evidente que el artículo se inspira más en las antiguas declaraciones de las Naciones Unidas que en los trabajos coetáneos de aquel momento. Si además se atiende al hecho de que no se incluye en el artículo referencia alguna a la igualdad de oportunidades o la no discriminación, no es extraño que la doctrina haya tachado de anacrónico al artículo 18⁴¹.

Además, el Protocolo incluye otras referencias a la discapacidad. El artículo 6, al regular el derecho al trabajo, exige a los Estados la adopción de “medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos”. Por su parte, el artículo 13 se desvía de las tendencias internacionales del momento cuando en el ámbito de la educación prevé el establecimiento de “programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimen-

⁴⁰ Véase BIEL PORTERO, I., op. cit., pp. 35 y ss.

⁴¹ COURTIS, C., “Los derechos de...”, op. cit., p. 456.



tos físicos o deficiencias mentales”. Ya en aquellos momentos era un lugar común entre los especialistas la apuesta por la educación integrada de estas personas como mecanismo para evitar su exclusión social, que posteriormente daría origen al modelo de educación inclusiva⁴².

Aun así, pese a los defectos en la regulación, el Protocolo de San Salvador supuso un avance cualitativo de notable valor para el sistema interamericano, pues fue el primer instrumento jurídicamente vinculante que reconocía expresamente derechos por razón de discapacidad.

B) La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

Junto con los instrumentos expuestos, como ocurre en el sistema universal de derechos humanos, existe un conjunto de Convenciones *sectoriales*, dirigidas a la protección en particular de los derechos humanos de un determinado grupo de personas o en determinadas situaciones⁴³. Aún no se había producido la entrada en vigor del Protocolo de San Salvador cuando tuvo lugar el acontecimiento más importante de cuantos ha promovido la OEA en materia de discapacidad. El 7 de junio de 1999 la Asamblea General de la OEA adoptó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Adoptada años antes que la Convención de Naciones Unidas, se convirtió en el primer tratado internacional dedicado específicamente a promover y proteger los derechos humanos de las personas con discapacidad⁴⁴.

Tras los alarmantes datos publicados por el relator especial Leandro Despouy en su informe sobre los derechos humanos y las personas con discapacidad, y debido a que el Protocolo de San Salvador no había entrado en vigor y, por tanto, no era aplicable, la

⁴² Al respecto, véase BIEL PORTERO, I., op. cit., pp. 406 y ss.

⁴³ Véase CANÇADO TRINDADE, A. A., “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1984-2002)”, en F. GÓMEZ ISA (Dir.), *La protección de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 473 y ss.

⁴⁴ Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada el 7 de junio de 1999 en Ciudad de Guatemala (Guatemala), y en vigor desde el 14 de septiembre de 2001.



Asamblea General de la OEA tomó la iniciativa al plantear la elaboración de un instrumento específico sobre discapacidad. Y es que, como recuerda SALVIOLI, “las personas con discapacidad suelen sufrir violaciones graves de sus derechos civiles y políticos, aunque en materia de derechos económicos, sociales y culturales la situación resulta pavorosa”⁴⁵. Así, en 1996, a través del “Compromiso de Panamá” la Asamblea General, tras declarar su voluntad de intensificar los esfuerzos en favor de las personas con discapacidad, encomendó al Consejo Permanente que, a través de un Grupo de Trabajo, preparase un proyecto de convención sobre discapacidad⁴⁶. Tras casi tres años de trabajo, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad fue presentada y adoptada en 1999, y entró en vigor el 14 de septiembre de 2001.

La Convención se estructura en 14 artículos; en ellos se incluyen unas definiciones previas (artículo I), unos objetivos (artículo II), un conjunto de obligaciones de los Estados parte (artículos III a V), un mecanismo de supervisión (artículo VI), una cláusula interpretativa (artículo VII) y un conjunto de disposiciones formales relativas a la firma y entrada en vigor del Convenio (artículos VIII a XIV). El contenido del texto posee ciertas particularidades que parecen indicar que su inspiración proviene en mayor medida de la *Americans with Disabilities Act*⁴⁷ que de los tratados internacionales de derechos humanos⁴⁸. De hecho, como ya ocurriese en las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, más que reconocer derechos subjetivos a estas personas, la Convención establece obligaciones que los Estados deberán cumplir para la consecución de los objetivos previstos.

En el artículo I se definen los términos “discapacidad” y “discriminación” por razón de la misma. El concepto de discapacidad, se sitúa a medio camino entre el modelo individual y la concepción

⁴⁵ SALVIOLI, F., “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos”, 39 Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2004), p. 122.

⁴⁶ Compromiso de Panamá con las Personas con Discapacidad en el Continente Americano. Resolución de la Asamblea General de la OEA de 5 de junio de 1996 (AG/RES. 1369 (XXVI-0/96)).

⁴⁷ La Americans with Disabilities Act (ADA) de 26 de julio de 1990 (42 USC § 12101 et seq.), o Ley para Norteamericanos con Discapacidades, es la norma básica sobre igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en los Estados Unidos.

⁴⁸ COURTIS, C., “Disability Rights in Latin America and International Cooperation”, 9 Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas (2003), p. 114.



social de la misma. A los efectos de la Convención, discapacidad significa “una deficiencia física, mental o sensorial [...] que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”. Así, aunque se parte de la deficiencia de la persona para conceptualizar una situación de discapacidad, el entorno socioeconómico desempeña un rol importante en la misma. Para definir la “discriminación contra las personas con discapacidad” la Convención se sirve de la fórmula utilizada en otros tratados internacionales de derechos humanos⁴⁹. El concepto incluye “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”. Además, el artículo recuerda en su apartado 2.b) el carácter no discriminatorio de las medidas de acción positiva.

El eje central de la Convención se encuentra en el artículo II, que especifica los objetivos de la misma:

“Los objetivos de la presente Convención son la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad”.

Para la consecución de éstos, los siguientes artículos prevén una serie de obligaciones que los Estados parte deberán cumplir. En primer lugar, deberán adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. En el artículo

⁴⁹ El artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial establece que “la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”. Por su parte, el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer define la expresión “discriminación contra la mujer” como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.



III se enumeran, de forma no taxativa, algunos ejemplos de estas medidas⁵⁰. Además, deberán dedicar una atención prioritaria a la prevención de la discapacidad, el tratamiento y la rehabilitación de estas personas, y la sensibilización de la población. Por otro lado, como prevé el artículo IV, los Estados se comprometen a cooperar entre ellos, así como a colaborar en la investigación y el desarrollo de medios y recursos dirigidos a la consecución de los objetivos del tratado. Finalmente, la Convención exige a los Estados en su artículo V que promuevan “la participación de representantes de organizaciones de personas con discapacidad, organizaciones no gubernamentales que trabajan en este campo o, si no existieren dichas organizaciones, personas con discapacidad, en la elaboración, ejecución y evaluación de medidas y políticas” derivadas de las obligaciones previstas en aquella.

El artículo VII contiene una cláusula interpretativa de las disposiciones de la Convención, según la cual “no se interpretará que disposición alguna de la presente Convención restrinja o permita que los Estados parte limiten el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los cuales un Estado parte está obligado”. Esta es la consagración del principio *pro persona* en el ámbito específico de la discapacidad⁵¹.

Dejando aparte el análisis de las disposiciones formales de la Convención, es preciso hacer un inciso en el artículo VI, que regula el mecanismo de supervisión de la misma. Como viene siendo habitual en los tratados internacionales de derechos humanos, se prevé la creación de un Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

⁵⁰ Artículo III.1: “[...]”

- a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;
- b) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad;
- c) Medidas para eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad; y
- d) Medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la presente Convención y la legislación interna sobre esta materia, estén capacitadas para hacerlo”.

⁵¹ Véase HENDERSON, H., “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, 39 Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2004), pp. 91 y ss.



y el establecimiento de un sistema de informes. En cambio, no se permitió la posibilidad de presentar denuncias por violaciones de la Convención.

A pesar de sus limitaciones, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad es un instrumento que ofrece grandes posibilidades para la protección de los derechos de las personas con discapacidad en América. Sirvió para demostrar que no era utópico regular la discapacidad en un tratado internacional de derechos humanos. Ahora falta esperar que los Estados parte y el Comité incrementen su compromiso en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones. Más aún si tenemos en cuenta que ni la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos han prestado la atención necesaria a la discapacidad.

C). Referencias jurisprudenciales y otras iniciativas

Respecto a la jurisprudencia en el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo ha conocido de dos asuntos relativos a los derechos de las personas con discapacidad. En el primero de ellos, el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*⁵², a raíz de la muerte de una persona con un trastorno mental como consecuencia de las lesiones sufridas durante su internamiento en una institución psiquiátrica, la Corte estimó que dada la vulnerabilidad que sufren las personas con discapacidad, más aún en los casos de internamiento, los Estados están sometidos a una obligación de protección especial.

Recientemente, a raíz del caso *Furlan y familiares Vs. Argentina*⁵³, la Corte ha sentado nuevos e importantes estándares en la materia. El asunto tiene su origen en la reclamación frente al Estado de Argentina por los daños y perjuicios derivados de la discapacidad sufrida por un menor tras un accidente producido en un predio propiedad del Ejército Argentino. En su sentencia, la Corte apro-

⁵² Corte IDH, *Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006.

⁵³ Corte IDH, *Furlan y familiares vs. Argentina*, sentencia de 31 de agosto de 2012.

⁵⁴ Entre ellos, el caso más relevante es el de *Víctor Rosario Congo vs. Ecuador* (CIDH, Caso 11.427, Informe 63/99, de 13 de abril de 1999).



vecha la oportunidad para definir la discapacidad desde el modelo social de la misma, adoptando un enfoque coherente con la Convención de Naciones Unidas, y reafirmando el marco conceptual de referencia. Además de reconocer la necesidad de atender ciertas garantías de naturaleza judicial, la Corte reitera la obligación proteger especialmente a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, lo cual incluye la adopción de medidas positivas.

Por su parte, la Comisión Interamericana ha abordado la cuestión de la discapacidad en diversos casos⁵⁴, además de incluir menciones a la discapacidad en algunos de sus informes anuales, si bien de forma aislada y general⁵⁵.

Las iniciativas de la OEA en materia de discapacidad no se agotan en el reconocimiento de derechos ni a los instrumentos vistos, sino que también se extienden a otras actividades de impulso y promoción. El ejemplo más claro es la declaración del Decenio de las Américas: por los Derechos y la Dignidad de las personas con discapacidad (2006-2016)⁵⁶. Bajo el lema “Igualdad, Dignidad y Participación” el Decenio se adoptó con la finalidad de lograr el reconocimiento y el ejercicio pleno de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad y su derecho a participar plenamente en la vida económica, social, cultural y política y en el desarrollo de sus sociedades, sin discriminación y en pie de igualdad con los demás.

Un año después, con la finalidad de conseguir un mejor cumplimiento de los objetivos del Decenio, la Asamblea General de la OEA aprobó el Programa de Acción para el Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad (2006-2016)⁵⁷. Mediante el mismo, los Estados miembros de la OEA se comprometieron a “adoptar gradualmente y dentro de un tiempo razonable, las medidas administrativas, legislativas, judiciales, así como las políticas públicas necesarias, para la efectiva aplicación del Programa de Acción en el orden jurídico interno, a fin de colocar las personas con discapacidad en igualdad de condiciones de los demás”.

⁵⁴ Véase al respecto COURTIS, C., “Los derechos de...”, op. cit., pp. 447 y ss.

⁵⁶ Resolución de la Asamblea General de la OEA de 6 de junio de 2006 (AG/DEC. 50 (XXXVI-O/06)).



En el Programa se pormenorizan las medidas específicas que debieran adoptar los Estados, clasificadas en 9 áreas diferentes: sensibilización de la sociedad, salud, educación, empleo, accesibilidad, participación política, participación en actividades culturales, artísticas, deportivas y de recreación, bienestar y asistencia social y cooperación internacional. Destaca la coherencia y calidad técnica del Programa en su conjunto que, esta vez sí, se ha servido del ejemplo de los últimos textos internacionales en la materia para situarse en una posición vanguardista. Uno de los propósitos del Programa de Acción es “lograr avances sustantivos en la construcción de una sociedad inclusiva, solidaria y basada en el reconocimiento del goce y ejercicio pleno e igualitario de los derechos humanos y libertades fundamentales” para el año 2016. Todavía no conocemos con precisión los efectos que está produciendo el Programa sobre los Estados miembros de la OEA.

Como organización integrante del sistema interamericano, no podemos concluir este artículo sin mencionar la labor que la Organización Panamericana de la Salud (OPS) viene desempeñando en el ámbito de la discapacidad, especialmente en lo relativo a la salud mental. La OPS, además de ser el organismo especializado en temas de salud del sistema interamericano, actúa como la Oficina Regional para las Américas de la OMS. El Programa de Salud Mental de la OPS ha desarrollado numerosos estudios e iniciativas para conocer mejor la situación de las personas con una discapacidad mental o intelectual en Latinoamérica⁵⁸. No obstante, la principal aportación que aquí interesa destacar es la conocida como “Declaración de Caracas” de 1990⁵⁹. En esta Declaración, de naturaleza no vinculante, se propusieron un conjunto de estrategias dirigidas a lograr la reestructuración de la atención psiquiátrica en el continente americano. Muchas de estas estrategias fueron realmente pioneras para el momento en que fue adoptado el texto. Entre ellas debe destacarse la importancia que se presta al respeto y salvaguarda

⁵⁷ Resolución de la Asamblea General de la OEA de 5 de junio de 2007 (AG/RES. 2339 (XXXVII-O/07)).

⁵⁸ Puede encontrarse un comentario sobre estas actividades en JIMÉNEZ, H. V. y VÁSQUEZ, J., “El derecho internacional, instrumento esencial para la promoción de la salud mental en las Américas”, 9 *Revista Panamericana de Salud Pública* (2001), pp. 267 y ss.

⁵⁹ Declaración adoptada el 14 de noviembre de 1990, por la Conferencia Regional para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud en América Latina, celebrada en Caracas (Venezuela).



de la dignidad y los derechos humanos de los enfermos mentales⁶⁰.

► CONCLUSIONES

La discapacidad ha pasado de ser considerada como materia relativa a la política asistencial de los Estados a constituir un asunto de derechos humanos. Este cambio responde a un proceso liderado, en el ámbito internacional universal, por las Naciones Unidas, y en el ámbito regional americano, por la Organización de Estados Americanos. Fruto del mismo, las personas con discapacidad son y deben ser consideradas titulares de derechos subjetivos, siendo los Estados los responsables de promoverlos, protegerlos y asegurarlos.

Sobre un amplio marco jurídico regional y universal, destacan sobremanera dos instrumentos. En primer lugar, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999, que tiene como finalidad erradicar la discriminación contra estas personas y promover su integración social en el continente americano. En segundo lugar, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, que constituye la norma más importante de cuantas se han adoptado hasta el momento en la materia y el texto jurídico de referencia.

Nos encontramos ante dos importantes retos en el sistema interamericano de derechos humanos. Por un lado, la necesidad de adaptar la normativa ya existente a los nuevos estándares que regula la Convención de Naciones Unidas. De ello ya ha empezado a encargarse la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su pronunciamiento en una reciente sentencia. Por otro lado, el grado de cumplimiento real de estas normas por los Estados americanos. Hasta la fecha se han conseguido importantes avances que, sin embargo, distan mucho de ser suficientes. De su verdadero compromiso y la eficacia de sus actuaciones dependerá que las personas con discapacidad puedan vivir una vida completa, inclusiva y participativa, en la que su diferencia no sólo sea respetada, sino incluso valorada.

⁶⁰ Véase LEVAV, I.; RESTREPO, H. y GUERRA DE MACEDO, C., "The Restructuring of Psychiatric Care in Latin America: A New Policy for Mental Health Services", 15 (1) *Journal of Public Health Policy* (1994), pp. 71 y ss.



BIBLIOGRAFIA

- BIEL PORTERO, I., Los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- CANÇADO TRINDADE, A. A., "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1984-2002)", en F. GÓMEZ ISA (Dir.), La protección de los derechos humanos en los albores del siglo XXI, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 449-491.
- CANÇADO TRINDADE, A. A., "La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: évolution et tendances actuelles", 44 Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (1991), pp. 13-41.
- COURTIS, C., "Disability Rights in Latin America and International Cooperation", 9 Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas (2003), pp. 109-130.
- COURTIS, C., "Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en R. DE LORENZO y L. C. PÉREZ BUENO (Dir.), Tratado sobre Discapacidad, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2007, pp. 435-466.
- DEGENER, T., "Disability as a Subject of International Human Rights Law and Comparative Discrimination Law", en S. S. HERR; L. O. GOSTIN y H. H. KOH, The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities. Different but Equal, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 151-184.
- DESPOUY, L., Human Rights and Disabled Persons, Ginebra, UN Centre for Human Rights, 1993.
- FINKELSTEIN, V., Attitudes and Disabled People, Nueva York, World Rehabilitation Fund, 1980.
- HENDERSON, H., "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine", 39 Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2004), pp. 71-99.
- JIMÉNEZ, H. V. y VÁSQUEZ, J., "El derecho internacional, instrumento esencial para la promoción de la salud mental en las Américas", 9 Revista Panamericana de Salud Pública (2001), pp. 264-271.
- KAYESS, R. y FRENCH, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", 8 (1) Human Rights Law Review (2008), pp. 1-34.
- KOCH, I. E., "From Invisibility to Indivisibility: The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities", en O. M. ARNARDÓTTIR, y G. QUINN (eds.), The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. European and Scandinavian Perspectives, Leiden y Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp.67-80.
- LAWSON, A., "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?", 34 Syracuse Journal of International Law and Commerce (2007), pp.563-619.
- LEVAV, I.; RESTREPO, H. y GUERRA DE MACEDO, C., "The Restructuring of Psychiatric Care in Latin America: A New Policy for Mental Health Services", 15(1) Journal of Public Health Policy (1994), pp. 71-85.
- LINDQVIST, B., "Standard Rules in the disability field – a new United Nations instrument", en T. DEGENER y Y. KOSTER-DREESE (ed.), Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments, Dordrecht, Boston y Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp.63-68.
- MÉGRET, F., "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?", 30 Human Rights Quarterly (2008), pp.494-516.
- OLIVER, M., Understanding Disability. From theory to practice, Basingstoke, Palgrave, 1996.
- QUINN, G. y DEGENER, T., Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad, Nueva York y Ginebra, Publicación de las Naciones Unidas, 2002.
- QUINN, G., "A Short Guide to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities", en G. QUINN y L. WADDINGTON (eds), European Yearbook of Disability Law, vol. I, Antwerp, Oxford y Portland: Interseta, 2009, pp.89-114.
- QUINN, G., "The UN Human Rights of Persons with Disabilities Treaty: A Blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform", comunicación presentada el 16 de noviembre de 2006 en la National Disability Authority Annual Research Conference, 2006.
- SALVIOLI, F., "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos", 39 Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2004), pp. 101-167.
- SAMANIEGO DE GARCÍA, P., Aproximación a la realidad de las personas con discapacidad en Latinoamérica, Madrid, CERMI, 2007.
- SAULLE, M. R., The Disabled Persons and the International Organizations, Roma: International Documentation Ent., 1981.
- SEOANE, J. A., "La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de los derechos", en BLÁZQUEZ PEINADO, M. D. y BIEL PORTERO, I. (Eds.), La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad. Su incidencia en la Comunidad Valenciana, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 11-45..

●●●●●●●● **PALABRAS CLAVE:**

Discapacidad, Derechos Humanos, Derecho Internacional, Sistema Interamericano, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

●●●●●●●● **KEYWORDS:**

Disability, Human Rights, International Law, Inter-American System, Inter-American Court Of Human Rights.



Control de Convencionalidad: El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos

Abg. Leticia Rossana Casaccia Ocampos ¹
Abg. María Eusebia Segovia Cabrera V ²

► SUMARIO

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, además de otros sistemas de protección existentes, debe tutelar, en términos reales, los derechos de todos los seres humanos y en especial de los grupos más vulnerables frente al poder de los Estados. Por esa razón, se trata de un sistema que juzga a los Estados por actos u omisiones que pueden generar su responsabilidad internacional. Para ello, los Estados deben formar parte del sistema y haber ratificado según las reglas de su derecho interno, tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como los distintos pactos y convenciones de derechos humanos, ya que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ejercen el Control de Convencionalidad a través de las recomendaciones, acuerdos o fallos dictados en casos específicos que forman parte de la jurisprudencia de derechos humanos de carácter obligatorio para los Estados Partes. El control de convencionalidad es una garantía de protección de los derechos humanos ante las obligaciones de los estados pues somete a una jurisdicción supranacional un caso en el cual el propio Estado está vulnerando un derecho humano sea por acción u omisión.

► ABSTRACT

The Inter-American Human Rights System, in addition to other existing protection systems, should protect, in real terms, the rights of all human beings, and especially of the most vulnerable groups to the power of States. For this reason, it is a system that judges States for acts or omissions that can generate their international responsibility. To this end, States must be part of the system and have ratified, in accordance

¹ Leticia Rossana Casaccia Ocampos. Jefa de Departamento. Ministerio Público. Asunción, Paraguay. e-mail: leticiacasaccia95@hotmail.com. Egresada de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción". Notaria y Escribana Pública por la misma universidad. Docente Universitaria. Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay. Realizó estudios de postgrado a nivel nacional e internacional.

² María Eusebia Segovia Cabrera V. Jefa de Departamento Ministerio Público. Asunción, Paraguay. e-mail: astreaxxi@hotmail.com. Egresada de Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción". Magister en Planificación y Conducción Estratégica Nacional, Instituto de Altos Estudios Estratégicos. Docente universitaria. Ganadora del Concurso de Monografías de la Revista Jurídica CEDUC, Año 2008.



with the rules of their domestic law, both the American Convention on Human Rights and the various human rights covenants and conventions, since both the Inter-American Commission on Human Rights and the Court Inter-American Commission on Human Rights exercise Conventional Control through recommendations, agreements or rulings issued in specific cases that are part of the jurisprudence of human rights of a mandatory nature for the States Parties. The control of convention is a guarantee of protection of human rights before the obligations of the states because it submits to a supranational jurisdiction a case in which the State itself is violating a human right either by action or omission.

► INTRODUCCIÓN

El presente trabajo monográfico hace referencia a los recursos contenidos en el Instrumento Internacional ratificado por la República del Paraguay, llamado Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Cabe resaltar *prima facie* que la Constitución Nacional promulgada en el año 1992, basada en la teoría elaborada por el filósofo Hans Kelsen, adoptó el principio de prelación de las leyes, que según el artículo 137 la ley Suprema de la República del Paraguay es la Constitución Nacional, luego de ella se ubican los Tratados, Acuerdos y Convenios aprobados y ratificados, posteriormente las leyes, en tercer lugar.

Así, de la jerarquía de las leyes se desprende la importancia de los instrumentos internacionales aprobados y ratificados por nuestro país y más tratándose de una “Convención”, que por su naturaleza posee la “coercio”, es decir, la fuerza para imponerse y hacerla obligatoria a través de mecanismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que son de cumplimiento obligatorio y sometidos al control de convencionalidad.

Por lo tanto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que fuera suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y firmada por la República del Paraguay el 2 de febrero de 1971, y que fue



aprobada y ratificada por nuestro país, mediante la Ley N.º 1/89, se encuentra en un grado superior y de aplicación primaria a nuestras leyes nacionales, es así que, de cabal importancia referirnos al contenido y al mecanismo establecido en tal instrumento internacional.

El objetivo general de este trabajo es conocer la aplicación práctica de los términos de la Convención, en cuanto a los recursos procesales en materia penal, que se irá desarrollando de manera a exponer en breve síntesis el sistema interamericano y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

► CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

La Declaración Americana es el primer instrumento internacional de derechos humanos de carácter general. Aproximadamente ocho meses después de su adopción, la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos³. La Declaración Americana establece que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

Así, los Estados americanos reconocen que cuando el Estado legisla en la materia, no crea o concede derechos sino que reconoce derechos que existen independientemente de la formación del Estado⁴. Tanto la Comisión como la Corte han establecido que a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado, en la actualidad la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA).

El Paraguay por Ley N.º 1/89 de fecha adopta la Convención Americana de Derechos Humanos, ubicándose inmediatamente después de la Constitución Nacional y por encima de las leyes internas, conforme al orden de prelación de leyes vigente en nuestro

³ La Declaración Americana de Derechos Humanos fue aprobada en San José, Costa Rica, en una reunión realizada del 7 al 22 de noviembre de 1969, siendo esta última fecha, la de la firma del documento y la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948 en París, Francia.

⁴ Al respecto, se toma como concepto de interpretación que los Derechos Humanos son inherentes al ser humano por el simple hecho de serlo.



país⁵, reconociéndose su plena incorporación al sistema jurídico⁶ y su particular prelación jurídica dentro de las normativas internacionales⁷.

► EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, además de otros sistemas de protección existentes, debe tutelar, en términos reales, los derechos de todos los seres humanos y en especial de los grupos más vulnerables frente al poder de los Estados. Por esa razón, se trata de un sistema que juzga a los Estados por actos u omisiones que pueden generar su responsabilidad internacional. Varios países de América Latina se internacionalizaron, aceptando la competencia de la Corte Interamericana y otorgando a la Convención un rango privilegiado dentro de la jerarquía normativa⁸.

La CIDH tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas. La Comisión, en cumplimiento de su mandato, recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alegan violaciones de derechos humanos tanto respecto de Estados miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana, como de aquellos Estados que aún no la han ratificado, observa la situación general de los derechos humanos en los Estados miembros y publica informes especiales, realiza visitas *in loco* a los países para llevar a cabo análisis en profundidad de la situación general o para investigar una situación específica, estimula la conciencia pública respecto de los derechos humanos en las Américas, solicita a los Estados miembros

⁵ Art. 137 C.N.: "La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Quienquiera que intente cambiar dicho orden, al margen de los procedimientos previstos en esta Constitución, incurrirá en los delitos que se tipificarán y penarán en la ley. Carecen de validez todas las disposiciones y los actos de autoridad opuestos a lo establecido en esta Constitución".

⁶ Art. 141 C.N.: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 136."

⁷ Art. 142 C.N.: "De la denuncia de los tratados. Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución".

⁸ Como se ha descrito en el Art. 142 de la C.N. su posición o jerarquía dentro de nuestro sistema jurídico no es la misma a los demás tratados, sino que, a diferencia de éstos, el procedimiento para renunciar a sus disposiciones se requiere iguales requisitos y procedimiento previsto para la enmienda constitucional, lo que representa que los tratados de derechos humanos podrían llegar a considerarse una parte análoga a la norma constitucional, en cuanto a su denuncia. Los países que adoptaron la Convención Americana son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay, recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm en fecha 23 de julio de 2017.



que adopten medidas cautelares para prevenir daños irreparables a los derechos humanos en casos graves y urgentes.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Convención Americana puede solicitar a la Corte Interamericana la disposición de adopción de medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas. También puede presentar casos ante la Corte Interamericana y comparece ante la misma durante la tramitación y consideración de los casos, recibe y examina comunicaciones en las que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, entre otras funciones.

Las funciones de la Corte, establecidas en el artículo 1º de su estatuto expresa que es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹. Para el cumplimiento de dicho objetivo, la Corte tiene dos funciones: una función jurisdiccional que se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 y una función consultiva, la cual se rige por las disposiciones establecidas en el artículo 64 de la Convención Americana.

La declaración de reconocimiento de la competencia de la Corte puede ser hecho en forma incondicional para todos los casos o bien, bajo condición de reciprocidad, por un tiempo determinado o para un caso específico. En cuanto a la función consultiva de la Corte, la Convención Americana prevé en su artículo 64 que cualquier Estado miembro de la Organización puede consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

La Corte, también puede, a solicitud de cualquier Estado miembro de la Organización, emitir opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados America-

⁹ Ver estatuto in extenso en: Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, actualizado a abril de 2012⁹, emanado de la Organización de los Estados Americanos – Poder Judicial de la Federación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, recuperado de: www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/documentos-basicos-12-spa.pdf, el 20 de julio de 2017; página 12.



nos, está es la clave en el control de convencionalidad.

El sistema interamericano representa para los pueblos de América un logro importante en materia de derechos humanos, una herramienta para hacer exigibles los derechos que los Estados no protegen ni garantizan, es sin duda, una posibilidad de materializar la justicia negada en el ámbito doméstico y en definitiva, una esperanza para las víctimas, por el control de convencionalidad.

Los órganos del Sistema Interamericano no solo deben continuar con las labores que durante años han venido realizando en aras de velar por el cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales de los Estados, sino que también deben responder y avanzar ante los nuevos desafíos que imponen los complejos escenarios de violaciones de derechos humanos, de ahí la conciencia de los Estados acerca de la importancia del Control de Convencionalidad.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

Para que una petición o comunicación presentada sea admitida por la Comisión, se requerirá:

1. que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos,
2. que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva,
3. que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional y
4. que la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

La Comisión declarará inadmisibles toda petición o comunica-



ción presentada cuando falten los requisitos mencionados precedentemente, no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados por la Convención, resulte de la exposición del propio peticionario o del Estado manifiestamente infundada la petición o comunicación o sea evidente su total improcedencia y sea sustancialmente la reproducción de petición o comunicación anterior ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional.

Si se ha llegado a una solución amistosa con arreglo a las disposiciones legales, la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados partes en la Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de Estados Americanos.

Este informe contendrá una exposición de los hechos y de la solución lograda. De no llegarse a una solución, dentro del plazo que fije el estatuto de la Comisión, ésta redactará un informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado. También se agregarán al informe las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados.

La presentación de peticiones: cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su nombre propio o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Relativos a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”. La Comisión a su vez podrá *motu proprio* iniciar la



tramitación de una petición que contenga a su juicio, los requisitos para tal fin.

En situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá a iniciativa propia o a solicitud de parte, establecer que un Estado parte adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso. Pero antes de solicita las medidas cautelares, al Comisión requerirá al Estado involucrado información relevante, a menos que la urgencia de la situación justifique el otorgamiento inmediato de las medidas.

La Comisión evaluará con periodicidad la pertinencia de mantener la vigencia de las medidas cautelares otorgadas. En cualquier momento, el Estado podrá presentar una petición debidamente fundada a fin de que la Comisión deje sin efecto la solicitud de adopción de medidas cautelares.

► TRAMITACIÓN INICIAL ANTE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión transmitirá a las partes pertinentes de la petición al Estado en cuestión. La identidad del peticionario no será revelada, salvo autorización expresa. El Estado deberá presentar su respuesta en el plazo de dos meses contados desde la fecha de transmisión. La Secretaría Ejecutiva evaluará solicitudes de prórroga de dicho plazo que estén debidamente fundadas.

Antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la petición, la Comisión podrá invitar a las partes a presentar observaciones adicionales, ya sea por escrito o en una audiencia. Las consideraciones y cuestionamientos a la admisibilidad de la petición deberán ser presentadas desde el momento de la transmisión de las partes pertinentes de ésta al Estado y antes de que la Comisión adopte su decisión sobre admisibilidad.

La Comisión podrá solicitar que el Estado presente su respuesta y observaciones sobre la admisibilidad y el fondo del asunto. La respuesta y observaciones del Estado deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso.

Una vez consideradas las posiciones de las partes, la Comisión



se pronunciará sobre la admisibilidad del asunto. Los informes sobre admisibilidad e inadmisibilidad serán públicos y la Comisión los incluirá en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

Con ocasión de la adopción del informe de admisibilidad, la petición será registrada como caso y se iniciará el procedimiento sobre el fondo. La admisión del informe de admisibilidad no prejuzga sobre el fondo del asunto.

► PETICIÓN COMO CASO EN LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Con la apertura del caso, la Comisión fijará un plazo de tres meses para que los peticionarios presenten sus observaciones adicionales sobre el fondo. Las partes pertinentes de dichas observaciones serán transmitidas al Estado en cuestión a fin de que presente sus observaciones dentro del plazo de tres meses.

En caso de gravedad y urgencia o cuando se considere que la vida de una persona o su integridad personal se encuentre en peligro real e inminente y una vez abierto el caso, la Comisión solicitará al Estado que envíe sus observaciones adicionales dentro de un plazo considerable. Antes de pronunciarse sobre el fondo, la Comisión fijará un plazo a fin de que las partes manifiesten si tienen interés en iniciar el procedimiento de solución amistosa.

Se presumirán verdaderos los hechos alegados en la petición cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Estado en cuestión, si éste no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo fijado por la Comisión.

En los casos que la Comisión considere necesario y conveniente podrá realizarse una investigación in loco, para cuyo eficaz cumplimiento solicitará las facilidades pertinentes, que serán proporcionadas por el Estado grave en cuestión. También se podrá delegar en uno o más de sus miembros la recepción de la prueba testimonial.

► ACUERDOS DE SOLUCIÓN AMISTOSA

La Comisión se pondrá a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso, por iniciativa propia o a



solicitud de cualquiera de ellas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos. El procedimiento de solución amistosa se iniciará y continuará con base en el consentimiento de las partes.

La Comisión podrá dar por concluida su intervención en el procedimiento de solución amistosa si advierte que el asunto no es susceptible de resolverse por esta vía o alguna de las partes no consiente su aplicación, decide no continuar en él o no muestra la voluntad de llegar a una solución amistosa basada en el respeto de los derechos humanos.

Si el acuerdo de solución amistosa se lograre, la Comisión aprobará un informe con una breve exposición de hechos y de la solución lograda, lo transmitirá a las partes y lo publicará. Antes de aprobar dicho informe, la Comisión verificará si la víctima de la presunta violación o en su caso, sus derechohabientes han dado su consentimiento en el acuerdo de solución amistosa.

De no llegarse a una solución amistosa, la Comisión proseguirá con el trámite de la petición o caso. El peticionario podrá desistir en cualquier momento de su petición o caso, a cuyo efecto deberá manifestarlo por escrito. La Comisión podrá archivar la petición o caso si lo estima procedente, o podrá proseguir el trámite en interés de proteger un derecho determinado. A su vez, la Comisión podrá decidir el archivo del expediente cuando verifique que no existen o subsisten los motivos de la petición o caso o cuando no se cuente con la información necesaria para alcanzar una decisión sobre la petición o caso.

► DECISIÓN SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA
PETICIÓN PARA SU REMISIÓN A LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Comisión deliberará sobre el fondo del caso, a cuyo efecto preparará un informe en el cual examinará los alegatos, las pruebas suministradas por las partes y la información obtenida de las audiencias y observaciones in loco. Las deliberaciones de la Comisión se harán en privado y todos los aspectos del debate serán confidenciales.



Luego de la deliberación y voto sobre el fondo del caso, la Comisión procederá de la siguiente manera: si establece que no hubo violación en un caso determinado, así lo manifestará en su informe sobre el fondo. El informe será transmitido a las partes y ha publicado e incluido en el informe anual de la Comisión a la Asamblea General de la OEA.

Si establece una o más violaciones, preparará un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión. En tal caso, fijará un plazo dentro del cual el Estado en cuestión deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir tales recomendaciones.

Una vez publicado un informe sobre solución amistosa o sobre el fondo en los cuales haya formulado recomendaciones, la Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar el cumplimiento con los acuerdos de solución amistosa y recomendaciones.

► CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte tendrá su sede en el lugar que determinen, en la Asamblea General de la Organización, los Estados partes en la Convención, pero podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos en que lo considere conveniente por mayoría de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo. Los Estados partes en la Convención pueden, en la Asamblea General por dos tercios de sus votos, cambiar la sede de la Corte.

En materia de competencias y funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición



de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización.

En casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no esté sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

El fallo que emita la Corte será motivado. Será también definitivo e inapelable. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado. El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la convención.

El 11 de marzo de 1993, el Paraguay presentó en la Secretaría General de la OEA, el instrumento de reconocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y debe interpretarse de conformidad a los principios que guían el derecho internacional en el sentido de que este reconocimiento se refiere expresamente a los hechos ocurridos con posterioridad a este acto y sólo para aquellos casos en que exista reciprocidad, por ello, el Control de Convencionalidad rige en nuestro ordenamiento jurídico.

Llegado el Estado de sentencia, la Corte deliberará en privado y aprobará la sentencia que será notificada por la Secretaría a la Comisión, a las víctimas o presuntas víctimas, al Estado demandado y al Estado demandante. Mientras no se haya notificado la sentencia, los textos, los razonamientos y las votaciones permanecerán en secreto. Las sentencias serán firmadas por todos los jueces que participaron en la votación. Las sentencias concluirán con una orden de comunicación y ejecución firmada por la presidencia y por el secretario y sellada por éste. Los originales de las sentencias quedarán depositados en los archivos de la Corte.



De igual manera pueden elevarse ante la Corte solicitudes de opiniones consultivas deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del agente o de los delegados. Si la iniciativa de la opinión consultiva es de otro órgano de la OEA distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar además la manera en que la consultad se refiere a su esfera de competencia.

► CONCLUSIÓN

A fin de concluir el presente trabajo de investigación que hizo referencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se realizan las siguientes aseveraciones, a ser expuestas seguidamente.

Las garantías judiciales establecidas en la Convención son muy importantes, entre ellas se establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e 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. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas. La Comisión, en el cumplimiento de su mandato, recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alegan violaciones de derechos humanos tanto respecto de Estados miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana, como de aquellos Estados que aún no la han ratificado.

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta



Convención que le sea sometida siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia. El fallo que emita la Corte será motivado. Será también definitivo e inapelable. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado. El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la convención.

Las sentencias y las resoluciones que pongan término al proceso son de competencia exclusiva de la Corte. Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procederá ningún medio de impugnación.

Por último, contar con un sistema americano de derechos humanos se constituye en una garantía, un reaseguro de que los derechos humanos serán respetados, de que su violación será sancionada y fomentar la sensibilización y concienciación de la integralidad de los derechos humanos para todos, sin discriminación, por el control de convencionalidad.

BIBLIOGRAFIA

- Constitución Nacional del Paraguay promulgada el año 1992.
- Convención Americana de Derechos Humanos, aprobado en la República del Paraguay por Ley N.º 1/89.
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Texto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, actualizado a abril de 2012", emanado de la Organización de los Estados Americanos – Poder Judicial de la Federación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, recuperado de: www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/documentos-basicos-12-spa.pdf, el 20 de julio de 2017.
- Países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos, recuperado de: www.oas.org/.../tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_; https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm en fecha 23 de julio de 2017.



●●●●●●●● **PALABRAS CLAVE:**

Pacto San José de Costa Rica, Derechos Humanos, Sistema Interamericano, Proceso Penal, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Control de Convencionalidad.

●●●●●●●● **KEYWORDS:**

Pact San José de Costa Rica, Human Rights, Inter-American System, Criminal Procedure, Inter-American Commission on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Conventional Control.



Vulnerabilidad(es). Hacia una “interpretación sociológica” de la Convención Americana de Derechos Humanos

Raquel Rivaldi Robertti ¹

► **SUMARIO**

El ensayo gira en torno a la pregunta sobre la posibilidad de concebir un método de interpretación “sociológico” de los derechos humanos bajo el auxilio de disciplinas de las ciencias sociales como la Antropología o la Sociología. Se reflexiona acerca de los cruces interdisciplinarios necesarios para otorgar mayor efectividad a las normas del derecho internacional de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos con su particular concepción de los derechos humanos desde la perspectiva de la víctima, la persona vulnerable, ha logrado dotar a los mismos de una gran fuerza. Se parte del cuestionamiento del concepto de vulnerabilidad como estrategia argumentativa de interpretación de los derechos humanos. Se exponen algunos casos que representan la manera particular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de interpretar los derechos humanos y se plantea el peritaje antropológico como herramienta al auxilio de los y las jueces al tiempo de interpretar las normas de derechos humanos.

► **ABSTRACT**

The essay focuses on the question about the possibility of conceiving a “sociological” method of interpretation of human rights under the aid of disciplines of the social sciences like anthropology or sociology. It reflects about the interdisciplinary crossings necessary to grant greater effectiveness to the rules of the international law of human rights. The Inter-American Court of Human Rights with its particular conception of human rights from the perspective of the victim, the vulnerable person, has managed to give them a great force. It starts with the questioning of the concept of vulnerability as an argumentative strategy of interpretation of human rights. Some cases that represent the particular way of the Inter-American Court of human rights to interpret human rights are

¹ Abogada por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, promoción 2010. Alumna distinguida en el Cuadro de Honor. Candidata al Máster de Derechos Humanos en Control de Convencionalidad Universidad Columbia del Paraguay. Candidata al Máster en Antropología Social por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción.



shown and it arises the anthropological expertise as a tool to aid judges at the time to interpret the rules of human rights.

► INTRODUCCIÓN

Este ensayo se propone realizar una exploración bibliográfica y una breve reflexión en torno al argumento de vulnerabilidad y la importancia de este “concepto pretoriano”², surgido como tal de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención).

Con frecuencia el concepto de vulnerabilidad, en nuestro país, es empleado por los operadores del sistema de justicia en referencia a otro instrumentos de protección de derechos humanos, las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad”, que no tiene las mismas características que un instrumento como la Convención y tampoco dispone de la fuerza vinculante suficiente para exigir su aplicación.

Las 100 Reglas de Brasilia se aprueban en el seno de la Cumbre Judicial Iberoamericana, se elaboran con la participación de las principales redes iberoamericanas de operadores y funcionarios del sistema judicial e instan a los integrantes de los poderes judiciales a reconocer y tomar medidas sobre las condiciones o factores de vulnerabilidad como ser la edad, el sexo, el estado físico o mental, la discapacidad, la pertenencia a minorías o a comunidades indígenas, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, la privación de la libertad, las condiciones socioeconómicas. Si bien es un instrumento muy completo en el sentido de identificar las condiciones que tornan vulnerables a las personas y grupos y recomendar medidas para mitigar el impacto de esas condiciones sobre el derecho de acceso a la justicia, no deja de ser más que una declaración de buenos deseos y las personas que efectivamente se encuentran en situación de vulnerabilidad no pueden exigir su aplicación.

En ese sentido, considero que es mucho más importante revisar y conocer la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia e in-

² Burgorgue-Larsen, L. (2014). El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 105-161.

sistir en la práctica del Control de Convencionalidad, ya que esto permite que las interpretaciones de la Corte IDH sobre el concepto de vulnerabilidad en relación a derechos reconocidos por la Convención tengan acogida en los países signatarios de la Convención que reconocen la competencia de la Corte IDH y que están comprometidos a dialogar con su jurisprudencia y acatar los estándares de interpretación en materia de protección de derechos humanos en el Sistema Interamericano.

La pregunta en torno a la cual se desarrollará esta reflexión, partiendo de la relación del concepto de vulnerabilidad, acuñado por la Corte IDH, con otras disciplinas como la sociología o la antropología, es la siguiente: ¿Se puede concebir un método de interpretación “sociológico”³ de los derechos humanos?

Al introducir conceptos como el de vulnerabilidad es necesario el auxilio de otras disciplinas para su comprensión -además de las ciencias jurídicas- ya que permitirían desarrollar mejor el concepto relacionándolo a los derechos humanos y el estudio de las instituciones vinculadas a la protección de derechos humanos. Por ejemplo, Beloff y Clérico⁴ refieren a estudios de Bryan Turner sobre sociología del cuerpo en relación al concepto vulnerabilidad y las posibilidades de contribución desde la sociología hacia los derechos humanos. La sociología del cuerpo consistiría en un estudio del problema de la reproducción de las poblaciones a través del tiempo y la regulación de las poblaciones en el espacio, sería también un análisis del problema de la restricción del cuerpo y de la representación del cuerpo exterior⁵.

A continuación de esta introducción se hará una exposición teórica con los conceptos pertinentes para el análisis, luego se referirán algunos casos de la Corte IDH en los cuales aparecen pistas para pensar la conexión entre vulnerabilidad y la posibilidad de un método de interpretación sociológico de los derechos humanos, el peritaje antropológico como un recurso para este método, y por último se hará una reflexión final, en donde se intentará dar una

³ Hennebel, L. The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism. Quebec Journal of International Law, 2011, pág. 57.

⁴ Beloff, M., & Clérico, L. Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Estudios Constitucionales, 2016, pág. 139-178.

⁵ Turner, Bryan. El cuerpo y la sociedad. México D.F.: Fondo de Cultura Económica. Prefacio a la edición española. 1989.



respuesta provisoria a la pregunta que se plantea.

► VULNERABILIDAD(ES)

Hennebel⁶ propone que una de las características distintivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es que su interpretación de las normas de derechos humanos se centra exclusivamente en el ser humano y no en el ser humano en abstracto, sino particularmente en el ser humano que es vulnerable y entiende que la manera en la que la Corte IDH interpreta los derechos y libertades de la Convención, desde el punto de vista particular de las personas afectadas, se constituye en un método de interpretación que podría denominarse “sociológico”.

Para construir el argumento de la vulnerabilidad la Corte IDH toma en cuenta las condiciones de vida de las personas y grupos que obstaculizan a los mismos el disfrute y reconocimiento de sus derechos humanos. En ese sentido se considera la edad, la pertenencia a pueblos originarios, el género, desplazamiento, etc.

Al plantear el análisis de la metodología de interpretación de la Corte IDH desde diferentes perspectivas, se observa desde una perspectiva jurídica como la propia disposición de la Convención que trata la cuestión de interpretación, el artículo 29 titulado “Normas de Interpretación”, valoriza el principio pro-homine. Como lo señala Burgorgue-Larsen⁷, la posición doctrinal de los jueces es un factor explicativo de la fuerza que cobra el principio de interpretación pro-homine en la jurisprudencia de la Corte IDH, ya que se ha observado una notoria influencia de los jueces de la Corte IDH más sensibles a las tesis de derecho natural y se entiende que esto ha favorecido el surgimiento de conceptos transformadores como una de las técnicas presentes en la interpretación de la Corte IDH, uno de estos conceptos es el de “vulnerabilidad”.

Beloff y Clérico⁸ analizan las diversas estrategias argumentativas empleadas para fundamentar el carácter exigible de los derechos sociales y particularmente la construcción del derecho a condiciones de existencia digna y el argumento de vulnerabilidad,

⁶ Ídem 2.

⁷ Ídem 1.

⁸ Ídem 3.

encuentran que la Corte IDH para justificar el derecho a condiciones de existencia digna no lo hace en abstracto sino en relación con los derechos de las personas que no se encuentran en igualdad de condiciones (situación de vulnerabilidad). Las autoras discuten las ventajas y desventajas del uso de la vulnerabilidad como estrategia argumentativa, en especial para no perder de vista las potencialidades y debilidades de su utilización con relación al argumento de la igualdad.

Beloff y Clérico identifican tres usos del concepto de vulnerabilidad por la Corte IDH:

1. Como herramienta analítica contiene un uso descriptivo, cuando se utiliza para identificar una situación es decir para determinar cómo las instituciones, o más en general las estructuras, originan, mantienen y refuerzan las vulnerabilidades y por otro lado contiene un uso prescriptivo, cuando se justifica que se debe hacer algo para revertir ese estado o situación de vulnerabilidad.
2. En relación a los efectos de las acciones del estado para revertir la situación de vulnerabilidad.
3. En relación a las dimensiones de la desigualdad.

El uso del concepto vulnerabilidad en la interpretación de derechos humanos genera algunas trampas que deben sortearse, siguiendo a las autoras, se tiene que una de estas trampas es que el uso del concepto grupo vulnerable o incluso de situación de vulnerabilidad puede implicar esencialización, estigmatización, negación de la agencia de los afectados, entre otros. La esencialización consiste en volver representativa la experiencia de uno de los participantes del grupo en detrimento de cómo los otros miembros del grupo experimentan, interpretan y responden a las vulnerabilidades. Otra de las trampas deviene cuando la situación de vulnerabilidad se ve solo como un problema de mala distribución de derechos concebidos como cosas y se ignora que ella también puede devenir de la falta de reconocimiento o posibilidades ciertas de participación.

Clérico y Aldao⁹ exponen las concepciones de igualdad como

⁹ Clérico, L., & Aldao, M. Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. Lecciones y Ensayos, 2011, pág. 141-179.



redistribución e igualdad como reconocimiento y plantean que la clave para la reconstrucción del principio de igualdad es la participación que incluye a la vez las demandas de redistribución y de reconocimiento, ya que nadie puede participar de una argumentación mientras se encuentre privado de condiciones mínimas de vida (redistribución) o bien ni siquiera sea considerado un interlocutor válido (reconocimiento).

Estos autores señalan que a la exigencia de igualdad se presenta como una exigencia de no-dominación o no-sometimiento e implica una mirada crítica sobre la igualdad interpretada como mera igualdad formal o jurídico-material.

Esta exploración bibliográfica ofrece numerosos aspectos para el análisis del argumento de vulnerabilidad y su vinculación con la no-discriminación, el principio de igualdad o las dimensiones de la desigualdad. Se hace necesario pensar en las trampas a las que la utilización poco razonada del concepto empuja, con el especial cuidado que requiere ya que no se trata de un concepto de carácter fijo sino más bien flexible y móvil, pensar en la(s) vulnerabilidad(es) en su diversidad como lo proponen algunos autores. Las vulnerabilidades interpretadas, desarmadas y analizadas en forma de desigualdades multidimensionales como proponen Beloff y Clérico¹⁰.

► HACIA UNA “INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA”.
REFERENCIAS A CASOS DE LA CORTE IDH

Para Hennebel¹¹ uno de los mejores ejemplos de lo que él denomina “interpretación sociológica” puede encontrarse en el caso Comunidad Moiwana vs. Suriname, el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por falta de investigación y sanción de los responsables de la muerte y maltratos de pobladores de la comunidad Moiwana por parte de agentes militares, así como su desplazamiento forzado. En este caso la Corte otorgó gran importancia a la integridad espiritual de las víctimas con respecto al daño sufrido por sus creencias y consideró que al privar al pueblo de N’djuka de sus rituales específicos y complejos, los cuales se deben seguir después de la muerte de un miembro de la comunidad,

¹⁰ Ídem 3.

¹¹ Ídem 2.

ya que sólo quienes han sido considerados indignos no reciben un entierro honorable, se ha causado un gran sufrimiento para los miembros de la comunidad¹².

De acuerdo a Burgogue-Larsen¹³ los usos y costumbres tradicionales son tomados en serio por la Corte quien acepta que la “cosmovisión” indígena irrigue la evaluación de los derechos protegidos, incluso cuando esto puede chocar con la visión occidental de derechos. Esta autora pone como ejemplo el Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam¹⁴, el caso refiere al reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado por el asesinato de siete saramacas a cargo de mandos militares. En este caso la Corte IDH entiende que para poder interpretar el significado de los términos “hijos”, “cónyuge” y “ascendiente” se debe seguir la costumbre saramaca¹⁵, lo cual deriva en el reconocimiento de la poliginia, es decir el reconocimiento de todas las esposas de un hombre, así como los hijos que tenía con cada una de ellas, debían ser reconocidos como sucesores.

En el Caso Aloeboetoe, recogemos las críticas de Molestine¹⁶ sobre la utilización de conceptos etnocéntricos por parte de la Corte IDH en la sentencia del caso, señala la utilización de “matriarcado”, “cimarrones” y “bush negros”. En el caso de matriarcado refiere que el término antropológico correcto es “matrilineal”, en cuanto a la utilización de los términos cimarrones y bush negros como sinónimos de “saramacas” señala que éstos tienen una carga de discriminación. No sólo refiere a la cuestión terminológica, para esta autora la Corte IDH dio poco valor a las diferencias culturales de la comunidad saramaca, no obstante desde otro punto de vista se puede advertir que se trata de un caso donde la Corte IDH se esfuerza en adaptar la Convención a las prácticas de la comunidad saramaca desde una perspectiva sociológica.

Otros casos en los que la Corte IDH refiere a la relación de las co-

¹² Ver párrafos 98, 100 y 103 de la Sentencia de la Corte IDH del 15 de junio de 2005 Disponible aquí: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf.

¹³ Ídem 1.

¹⁴ Corte, I. D. H. (1993). Caso Aloeboetoe y otros Vs. Suriname. Corte Interamericana: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf.

¹⁵ Ver párrafo 62 de la Sentencia de la Corte IDH del 10 de septiembre de 1993 Disponible aquí: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf.

¹⁶ Molestina, M. La sentencia de reparaciones del caso Aloeboetoe y otros: Un punto de vista antropológico. Revista IIDH, (25), 1997, págs. 109-123.



comunidades indígenas y sus territorios ancestrales teniendo en cuenta al territorio como un elemento de su “cosmovisión”, son Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay¹⁷, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay¹⁸, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay¹⁹, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala²⁰, Caso Masacres de Río Negro vs Guatemala²¹, y Caso Norín Catrimán y otros vs Chile²². En los tres casos de comunidades indígenas contra Paraguay, el argumento de vulnerabilidad juega un papel muy importante ya que refuerza el derecho a la no discriminación permitiendo imponer al Estado una serie de obligaciones positivas. La Corte IDH ha aprovechado la presencia en la Convención del principio de no discriminación (artículo 1.1) para poner fin a las situaciones estructurales de los individuos y/o grupos que han sufrido desde una perspectiva histórica, sociológica, económica, o incluso política, una conducta “discriminatoria”.

Quizá se pueda pensar que la Corte IDH puede realizar mayores esfuerzos para incorporar con mayor fuerza la perspectiva sociológica, sobre todo en casos relacionados a comunidades indígenas, históricamente sometidas a discriminación y cuya situación, lejos de mejorar, parece agravarse con el transcurso del tiempo. Las tensiones entre quienes consideran las - mínimas - prácticas de interpretación de la Corte IDH como osadas y originales (en la bibliografía explorada se trata de autores europeos) y quienes consideran que la Corte IDH podría esforzarse aún más y recurrir al auxilio de otras disciplinas como la sociología o la antropología.

Como se ha señalado ya, para la incorporación de la perspectiva sociológica en la interpretación de las normas de derechos humanos y la aplicación en el caso concreto se hace indispensable el auxilio de otras disciplinas y las herramientas que estas puedan

¹⁷ Corte, I.D.H. (2005) Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Corte Interamericana: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf.

¹⁸ Corte, IDH (2006) Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Corte Interamericana: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf.

¹⁹ Corte, IDH (2010) Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Corte Interamericana: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf.

²⁰ Corte, IDH (2010) Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Corte Interamericana: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf.

²¹ Corte, IDH (2012) Caso Masacres de Río Negro vs Guatemala . Corte Interamericana: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf.

²² Corte, IDH (2014) Caso Norín Catrimán y otros vs Chile . Corte Interamericana: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf.

aportar.

► PERITAJE ANTROPOLÓGICO

El peritaje antropológico es una herramienta que puede aportar mucho a los y las jueces en la interpretación de los derechos humanos aplicados al caso concreto, por ello se hace mención en este punto de la misma.

Caldera refiere al peritaje antropológico-forense, citando a Lachenal, como *“una herramienta imprescindible para desarrollar las nuevas capacidades hermenéuticas interculturales que se necesitan de parte de los operadores de justicia (Lachenal, 2008: 200)”*. Siguiendo al mismo autor, Caldera refiere dos modalidades de peritaje, el peritaje que denomina *“cultural”* y que describe como más limitado y el peritaje que denomina *“jurídico-antropológico”*, al cual describe como *“edificante”*²³.

De acuerdo a Ochoa²⁴, figuras como el peritaje antropológico podrían mejorar la comprensión cultural de los hechos y contribuir a la construcción de los puentes interculturales necesarios para una juridicidad pluricultural y cita a Esther Sánchez Botero, para quien *“resulta difícil, desde el campo jurídico tener una aproximación exacta de lo que significa abordar la cultura; para el jurista es desde el punto de vista de una norma como se analiza la conducta social”*.

El peritaje antropológico puede darse tanto en tribunales nacionales como en tribunales internacionales. Se puede distinguir la modalidad de peritaje antropológico en relación con procesos para determinar violaciones de derechos humanos y establecer las medidas de reparación y otras formas de peritaje antropológico que se dan en tribunales nacionales en el proceso ordinario en diferentes fueros.

Segato²⁵ advierte que el derecho moderno no sólo se encuentra en tensión con algunas costumbres de las *“sociedades simples”* o *“pueblos originarios”*, sino también con relación a las costumbres

²³ Caldera, C. C. . Entrando al círculo: la antropología jurídica y la posibilidad de justicia intercultural. En M. C. Lucic, Los puentes entre la Antropología y el Derecho. Orientaciones desde la Antropología Jurídica, Santiago de Chile: Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2011 (págs. 379-403).

²⁴ Ochoa, C. G. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico. Guatemala: Cholsamaj Fundación. 2002.

²⁵ Segato, R. L. Que cada pueblo teja los hilos de su historia. El pluralismo jurídico en diálogo didáctico con legisladores. En V. Chenaut, M. Gómez, H. Ortiz, & M. T. Sierra, Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización. Quito, Ecuador: FLACSO Ecuador, CIESAS. 2011 (págs. 357-384).



del propio Occidente entrando en colisión con la moral establecida y las creencias arraigadas de una sociedad que se considera “moderna”, entendemos que estas diferencias se constituyen en motivo de discriminaciones y generan desigualdades. Con esto se amplía el espectro de posibilidades, ya que no se reduciría la participación de los antropólogos a cuestiones únicamente relacionadas con pueblos indígenas en la interacción derecho-antropología. ¿Por qué es importante tener en cuenta esto? Porque existe la creencia en algunos operadores del sistema de justicia de que la antropología solo puede prestar auxilio en casos relacionados con pueblos originarios y esto no es así necesariamente, también puede prestar auxilio para la comprensión de diversos grupos que coexisten dentro de una misma sociedad.

Carrasco²⁶, citando a Da Matta, entiende que “*por sus métodos y recursos, la antropología está habilitada para producir una lectura del mundo social entendido como un conjunto de normas que ayudan a profundizar el conocimiento del hombre por el hombre y nunca como certezas o axiomas indiscutibles (Da Matta, 1981)*”. A través de las diferentes lecturas se observa que el acento está puesto sobre la “traducción” que realizan los antropólogos en su aproximación a lo jurídico. Siguiendo a Carrasco, quien aboga por la construcción de un diálogo interdisciplinario, “*sin puentes que nos acerquen a las personas para intentar comprender cabalmente los significados que dan a sus vidas, no lograremos derribar las fronteras que nos impiden el diálogo interdisciplinario*”.

La construcción de vínculos interdisciplinarios aparece como una alternativa para sortear las trampas que el empleo del argumento de vulnerabilidad presenta para la interpretación de los derechos humanos y además, a través del conocimiento de los y las otros y de sus mundos se hace posible una mejor aplicación de las normas de derechos humanos, que al fin y al cabo lo que pretenden prioritariamente es proteger la dignidad humana sin discriminaciones.

► A MODO DE CONCLUSIÓN

“El horizonte luminoso de la igualdad es apenas perceptible,

²⁶ Carrasco, M. Cruce de Fronteras entra la Antropología y el Derecho. En M. C. Lucic, Los Puentes entre la Antropología y el Derecho. Orientaciones desde la Antropología Jurídica. 2011, págs. 283-308. Santiago de Chile: Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

una ilusión que sostiene malamente el imaginario de la modernidad frente a un mundo oscuro, opaco, habitado por individuos sin identidad ni reconocimiento, a los que se procura invisibilizar, desconocer y olvidar. Seres vulnerables de vulnerabilidad extrema hacia los cuales sólo se dirigen, casi siempre y en el mejor de los casos, miradas indiferentes (a veces encubiertas de un manto de piedad definitivamente hipócrita)²⁷".

No es el propósito de este trabajo juzgar si la Corte IDH realiza o no el esfuerzo suficiente para que el texto de la Convención tenga un alcance concreto y efectivo, pero definitivamente se reconoce plausible que la Corte IDH realice un arduo trabajo de interpretación de la Convención para darle la máxima amplitud y extensión que permita, de alguna manera, impactar en la historia de los derechos humanos en Latinoamérica, luchando contra un pasado duro de dictaduras y su legado, democracias inestables y desigualdades estructurales.

Este carácter distintivo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con su particular concepción de los derechos y libertades de la Convención desde la perspectiva de la víctima - el ser humano vulnerable - le ha valido críticas y en su seno, no todos los jueces están de acuerdo con fallos audaces que se aproximan más a una concepción de derechos humanos cercana al derecho natural que al derecho internacional clásico como lo señalara Burgorgue-Larsen.

A través de esta breve exploración y análisis se ha tratado de imaginar si existe la posibilidad de despegarnos del discurso jurídico que concibe al derecho como pura normatividad y pensar en el derecho como una herramienta, que al decir de Ruiz, deviene de la cultura, que es contingente y cambiante, como esta²⁸ y esta puesta al servicio de la justicia.

Me pregunto si nosotros, los abogados y abogadas, quienes nos consideramos defensores y defensoras de derechos humanos, no deberíamos trasladar este debate a la academia y a las aulas y revisar estos conceptos fundamentales con miras al litigio que pro-

²⁷ Ruiz, A. Asumir la vulnerabilidad. Consultado el 22 de agosto de 2017. 2011.

²⁸ Idem 26.



voque a los tribunales a explotar de manera más perfeccionada la interpretación con perspectiva sociológica a través del auxilio de otras ciencias y sus saberes, en ese sentido el peritaje antropológico como se ha visto podría contribuir a tal efecto.

Es posible concebir el método de interpretación sociológica como un método válido para la interpretación de los derechos humanos. Asimismo, es deseable concebir nuevos métodos de interpretación que perfeccionen el reconocimiento de derechos humanos, y es necesario también re-pensar nuestros métodos de argumentación para atacar con efectividad las causas y efectos de las desigualdades, lo que en definitiva se traduce en la lucha contra la multiplicación o prolongación de situaciones de vulnerabilidad(es), las que finalmente opacan el ideal de un mundo más justo.

●●●●●●●● PALABRAS CLAVE:

Derechos humanos, Antropología, Peritaje antropológico, Interpretación.

●●●●●●●● KEYWORDS:

Human right, Anthropology, Antropoligical Examination, Interpretation.

CRIMINOLOGÍA



- ▶ GLOBALIZACIÓN, POLÍTICA CRIMINAL Y RUMBOS DEL DERECHO PENAL EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO.





Globalización, Política criminal y rumbos del Derecho penal en el contexto de la sociedad del riesgo

Dayan Gabriel López Rojas ¹

► SUMARIO

El presente estudio contiene reflexiones vinculadas al impacto que la globalización planetaria está generando sobre la Política criminal y el Derecho penal en la denominada «sociedad del riesgo». Tal problemática constituye uno de los aspectos que mayor preocupación despierta en la agenda criminológica actual, con motivo de los peligros que estas tendencias suponen para el respeto de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, tradicionalmente interpretados como límites al ius puniendi en el contexto de un Estado de Derecho.

► ABSTRACT

The following study contains reflections linked to the impact that world globalization is generating about the criminal policy and the criminal law in the so called “society of risk” This problematic is one of the issues of greatest concern in the current criminological agenda, due to the dangers these tendencies represent for the respect of the fundamental rights and guarantees of the citizens, traditionally interpreted as limits to ius puniendi in the context of a rule of law.

► A MODO DE CONTEXTUALIZACIÓN

La globalización constituye, sin dudas, el fenómeno sociológico sobre el que más se ha polemizado desde el pasado siglo hasta nuestros días. Sus múltiples perspectivas y niveles de análisis, determinados tanto por los disímiles sectores sobre los que irradia como por su constante evolución, le adjudican dosis de alta complejidad.

Tal situación queda perfectamente ilustrada a partir de las reflexiones de Beck (1998), para quien: “globalización es a buen se-

¹ *Licenciado en Derecho por la Universidad de Matanzas, Cuba. Maestrante en Criminología y candidato a doctor por la Universidad de La Habana, Cuba. Profesor Auxiliar de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad de Matanzas, Cuba. Dirección postal: Autopista a Varadero km 3 ½ Matanzas, C.P. 44740, Cuba. e-mail: dglopezrojas@gmail.com, dayan.lopez@umcc.cu. El presente trabajo es resultado de la actividad investigativa desarrollada por el autor en el marco del Grupo de Investigación: “El Derecho frente a los nuevos retos sociales”, del Departamento de Derecho de la Universidad de Matanzas.



nómicos –y en especial las empresas transnacionales– gozan de un especial protagonismo y dinámica de movimiento respecto a sus elementos básicos (capital, trabajo, bienes y servicios) a escala planetaria, garantizado ello por el ostensible desarrollo tecnológico en materia de transporte, información y comunicaciones. Además, genera una interdependencia de las economías nacionales respecto a otros Estados u organizaciones internacionales, con serios límites a la autonomía en su dirección y gestión.

En el orden político, la mundialización está provocando que los Estados nacionales pierdan relevancia política, con evidentes mermas de su soberanía, a consecuencia de dos factores fundamentales; de una parte, la influencia cada vez más creciente de las empresas transnacionales y, por otro lado, el sometimiento a organizaciones supraestatales como es el caso de la Unión Europea y el Fondo Monetario Internacional, por sólo citar dos ejemplos. Ello trae aparejado, como correlato, la emergencia de mecanismos de gobierno global.

Hay que destacar igualmente el impacto que a nivel mundial han provocado las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información –la llamada *globalización de las comunicaciones*–, lo cual ha garantizado que se materialicen las más variadas formas de intercambio mundial, muchas veces de forma instantánea.

Todas estas transformaciones imponen cambios en la dinámica y manifestación de los fenómenos sociales, incluida la cuestión criminal, que en este contexto adquiere formas, matices y protagonistas diferentes⁶.

El desarrollo social y económico de la sociedad moderna, tal y como sostienen Savona y Defeo (como se citó en Blanco, 2012) también muestra un lado amargo en el que los actores sociales han aprendido a explotar los mercados globales, las economías de escala y los efectos de armonización entre las políticas nacionales preventivas y de control; de modo tal que la complejidad de la organización criminal es, en suma, una imagen de la moderna com-

⁶ El reacomodo que la globalización impone al sistema penal se advierte a partir de la aparición de nuevas formas delictivas, en consonancia con la emergencia de nuevos bienes jurídicos. Al respecto reflexiona Correcher (2013) en el sentido de que “la libre circulación de personas y bienes muebles posibilita la aparición de delitos con elementos de extranjería; el aumento de la actividad económica a nivel global provoca un inevitable número de infracciones penales de tipo económico; los avances en materia de telecomunicaciones facilitan la aparición de nuevos tipos delictivos insertos en la criminalidad informática”. (p.86).

plejidad económica y social.

► LÍNEAS MAESTRAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL
Y EL DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN

El impacto de la globalización planetaria sobre los distintos fenómenos sociales ha revestido tal calado que se alude hoy día a un nuevo modelo macrosociológico: el de la sociedad de riesgo (Beck, 2002).

El cambio en el potencial de los peligros artificiales en la sociedad actual, básicamente generados por la actividad humana a partir del vertiginoso desarrollo científico-tecnológico, la complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad y la sensación de inseguridad subjetiva –que llega a manifestarse incluso ante situaciones en las que no existen peligros reales– constituyen los caracteres configurativos básicos de este modelo social.

Ciertamente sobre la actual sociedad global se cierne la amenaza de graves peligros: crisis financieras mundiales, migración fuera de control, contaminación ambiental, niveles preocupantes de desempleo, altos índices de violencia, movilidad social en descenso, terrorismo, crimen organizado, guerras, etc.; y todos estos fenómenos, al parecer imposibles de dominar, generan una parálisis en la capacidad de defensa del ser humano y de la sociedad, originándose situaciones de pánico social que traen consigo serias demandas de control. Se configura así el binomio riesgo-inseguridad en cuya virtud los individuos reclaman al Estado, de manera creciente, la prevención frente al riesgo y la provisión de seguridad (Mendoza, 2001).

La noción básica que se halla en la base del modelo sociológico de la sociedad del riesgo es la aspiración de minimizar la inseguridad y conseguir un control global, aunque ello implique costes para las garantías y principios sobre los que se monta el sistema penal clásico. La prevención es, bajo este paradigma, la clave para reaccionar ante los problemas de la nueva sociedad configurada a partir de los riesgos.

1. Política criminal del riesgo.

La comentada problemática ha tenido una marcada influencia sobre la Política criminal contemporánea –entendida como la for-



ma en la que se debe reaccionar ante el fenómeno delictivo⁷ cuyos contornos, en congruencia con la línea preventivista antes apuntada, describen un acentuado adelantamiento de la protección penal a partir de la tipificación de delitos de peligro y la configuración de bienes jurídicos universales, de contenido vago; que conduce a un Derecho penal preventivo –al que Prittwitz denomina Derecho penal del control global (como se citó en Mendoza, 2001)–, caracterizado por incrementar el catálogo de bienes jurídicos a partir de la tutela de nuevos intereses, incluso, en un estadio previo a su lesión.

Esta tendencia político-criminal interesada en controlar los riesgos entrega a la nueva sociedad un Derecho penal flexibilizado, convertido en un instrumento de la Política criminal que, a costa de satisfacer requerimientos de seguridad y eficacia, se aparta de su rol tradicional orientado a la protección de un «mínimo ético»⁸ para erigirse en instrumento de control de los grandes problemas sociales, con lo cual deja de reprimir puntuales lesiones a bienes jurídicos y de tutelar a víctimas potenciales, para asumir una proyección preventiva a gran escala de situaciones problemáticas y proteger vagas e indeterminadas funciones, afianzando la noción de lo que la doctrina ha calificado como una «huida hacia el Derecho penal»⁹.

Pero resulta obvio que estas aspiraciones preventivas no pueden alcanzarse bajo el esquema de las clásicas herramientas dogmáticas diseñadas en el seno de un Derecho penal nuclear, pensado para reaccionar ante manifestaciones delictivas propias de la sociedad del siglo XIX y de la primera mitad del XX; pues tal modelo,

⁷ La política criminal ha sufrido fuertes impactos en la era de la mundialización, concretamente para responder ante las nuevas exigencias de la llamada «sociedad de riesgo». Como consecuencia de tales matizaciones parece haber adquirido carta de naturaleza el término de política criminal de la era de la globalización o política criminal de la sociedad del riesgo, a la que se asocia un «nuevo» Derecho penal, también calificado como Derecho penal del riesgo que tiene como contenido la llamada dogmática de la globalización. Por todos, en lengua española, Silva (2001) y Mendoza (2001).

⁸ Sobre la función protectora de bienes jurídicos que ha de cumplir el Derecho penal, y su relación con el reforzamiento de los valores ético-sociales de la acción, Hassemery Muñoz (1989).

⁹ Se alude a la "huida hacia el Derecho penal" como expresión sinónima de "fe desmedida en el Derecho penal", de "expansionismo penal", de "penalización de los conflictos sociales", de "hipertrofia penal", etc. El fenómeno que subyace a todas estas expresiones es el de la funcionalización del Derecho penal, al que se le concede cada vez más –con olvido de su naturaleza subsidiaria– el primado absoluto frente los instrumentos no penales para reaccionar (y pretender solucionar) problemas sociales que no puede resolver y frente a los cuales se muestra absolutamente inoperante y, más aún, contraproducente. Con ello esta rama del ordenamiento jurídico está perdiendo cada vez más su papel de ultima ratio, de extrema ratio, para convertirse en la vía primaria o reacción natural al delito (García-Pablos, 2012) y Luzón, 2012).



muy por el contrario, impide su materialización¹⁰. Es por ello que las estructuras básicas del Derecho penal tradicional –entiéndase, los clásicos presupuestos de imputación objetivos y subjetivos (Silva, 2001)– están sufriendo transformaciones y flexibilizaciones conducentes a su reinterpretación en el nuevo contexto, en detrimento de la efectiva vigencia de los principios y garantías propios de un sistema penal democrático que, en consecuencia, también están siendo objeto de una funcionalización a partir de los nuevos intereses político-criminales.

Se advierte así un giro copernicano respecto al tradicional vínculo que, desde la perspectiva de Von Liszt, se establecía entre la Política criminal y el Derecho penal, en el sentido de que este constituía la barrera infranqueable de aquella; y es que en el actual contexto, por el contrario, resulta evidente cómo el Derecho penal va cediendo su papel limitador para complacer las demandas de criminalización formuladas por una Política criminal que se desentiende de los principios de necesidad y *ultima ratio* para convertirse, al decir de Hassemer (como se citó en Mendoza, 2001) en el “brazo alargado” de aquella.

2. Derecho penal del riesgo o Derecho penal «moderno» (o la Hidra de Lerna).

Bajo los designios de la Política criminal de la sociedad del riesgo, el Derecho penal se ha convertido en el destinatario fundamental de las exigencias de seguridad demandadas por la opinión pública para el control de los nuevos peligros, atribuyéndole un rol que no le pertenece y, con ello, generando sensibles fisuras al modelo garantista clásico¹¹.

No existe duda alguna de que el Tercer Milenio exhibe un Derecho penal que se parece cada vez menos a un instrumento de tutela de la libertad para erigirse paulatinamente en un dinámico

¹⁰ En este sentido apunta Mendoza (2001) que “... las crecientes y difusas demandas preventivas de una política criminal interesada en controlar el riesgo no pueden ser satisfechas a través de un Derecho penal liberal, que estaría más bien dirigido al pasado, que está dotado de un arsenal de medios limitados y que, como instrumento preventivo, ha de ser prudente”. (p.48).

¹¹ Debe tenerse en cuenta que la idea de la inseguridad, interpretada en sus extremos, conduce irremediamente a la instauración de un «Estado de la seguridad» que supone un cambio de perspectiva para el Derecho penal en tanto se aleja del tradicional modelo reactivo-represivo y limitador para asumir uno preventivo (Mendoza, 2001). Una caracterización sobre las implicaciones que se derivan de la asunción de este modelo puede verse ya en Baratta (1991).



sistema de gestión primaria de los problemas sociales¹². Esta gran transformación –o irreconocible deformación (Flávio, 2003)– de la que ha sido objeto el Derecho penal clásico en la era de la globalización planetaria, convertido en un hipertrofiado producto de comprobada ineficacia¹³, nos sitúa frente a lo que Morales (2015) denomina como “nueva Edad Media”¹⁴ y puede graficarse a partir de los siguientes caracteres:

1. *Preponderancia de la criminalización, conducente a una hipertrofia irracional.*

Si bien los orígenes del excesivo protagonismo del Derecho Penal no pueden relacionarse con la globalización¹⁵, sí resulta innegable que en este nuevo contexto socioeconómico y político, de signo neoliberal, la expansión patológica del punitivismo ha alcanzado sectores que antes quedaban libres de la intervención penal¹⁶.

Más allá de la micro-criminalidad propia de las clases marginales (*crimes of the powerless*), sobre la que el Derecho Penal desde hace algún tiempo centraba su atención a partir de las campañas de «ley y orden»; ahora también se aprecia un aumento del interés general por la crimi-

¹² Actualmente existen serios temores y preocupaciones ante la progresiva transformación del Derecho penal en un Derecho de gestión ordinaria de los grandes problemas sociales, en tanto ello implica la desnaturalización de esta rama del Derecho como última ratio del Estado para resolver los conflictos (Feijoo, 2008). Especialmente crítico frente esta situación se ha mostrado Hassemer (1998), quien ha denunciado cómo en estos tiempos el Derecho penal se desarrolla con tanta fuerza, homogeneidad y aceptación gracias al clima protector y asistencial imperante, llegando a entenderse como “instrumento eficaz para afrontar los modernos problemas que van desde las agresiones al medio ambiente a la drogadicción, pasando por el abuso del sistema social. A la vista de los grandes problemas que amenazan la sociedad, en el actual discurso político del Derecho penal no vale tendencialmente como última, sino como prima o incluso como solaratio”. (p.38).

¹³ En este sentido merecen destacarse las palabras de Inzunza (2009) cuando sostiene, con acierto, que “la excesiva confianza en el derecho punitivo como medio para solucionar conflictos sociales no puede menos que calificarse de irracional y de injustificada; irracional, porque desborda las funciones que puede desempeñar, incursionando en un espiral que ensancha sus competencias y agrava la forma de su intervención. No sólo existen más tipos penales, sino que las sanciones alcanzan cotas de violencia que en muchos casos llegan a superar la generada hacia la víctima por el autor del hecho criminalizado; injustificada, porque la intervención punitiva no es capaz de lograr los fines que se le atribuyen, sino que, por el contrario, genera un déficit de actuación que deslegítima y pone en entredicho el entero funcionamiento del Estado del que la justicia penal aparece como la cara más visible”. (p.40).

¹⁴ Morales (2015) ofrece una caracterización detallada sobre la situación que enfrenta hoy el Derecho penal, y deja constancia de cómo se ha materializado la hipertrofia de esta rama del ordenamiento jurídico. Sostiene que “en la nueva Edad Media el penalista se interroga por si las garantías del Derecho Penal, que han dotado de identidad al modelo de Justicia, están en jaque o han empezado a sufrir un declive inexorable, que puede conducir a un nuevo período de anarquía punitiva como el que presidió el mundo anterior al pensamiento de la Ilustración. Estado-nación, legalidad y seguridad jurídica son conceptos y valores que no cotizan al alza en la nueva Edad Media”. (p.24).

¹⁵ Merece aclararse que, en realidad, los actuales caracteres que distinguen el llamado Derecho penal de la «modernidad» no tienen su origen exclusivo en el proceso globalizador, por lo que lleva razón Flávio (2003) cuando aclara que: “El Derecho penal en la era de la globalización es el reflejo de todas las transformaciones (del Derecho penal tradicional) que fueron sucediendo a lo largo de los dos últimos siglos (XIX y XX), particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, más las profundas y nuevas alteraciones inherentes a la propia globalización”. (p.338).

¹⁶ Al respecto sostienen Arroyo, Neumann y Nieto (2003) que “el suelo penal se ha extendido a nuevas y numerosas zonas tradicionalmente libres de Derecho penal”, y califica a la delincuencia económica como “el ejemplo más evidente y de mayor dimensión”. (p.19).



a aquellas que, guiadas por la obtención de efectos opuestos a la mencionada finalidad, entrañan una instrumentalización del Derecho Penal en su utilización como medio pedagógico para tranquilizar a la ciudadanía, para inspirar la suficiente confianza en el sentido de demostrar que los gobernantes políticos y los representantes del pueblo se preocupan por los problemas de la inseguridad ciudadana... (Borja, 2001, p.109).

Sin embargo, a los efectos de analizar en qué casos procede hablar de verdadera expansión punitiva, conviene tener presentes las importantes clarificaciones que trae a debate Terradillos (2004), quien distingue entre una función simbólica propiamente dicha, que entraña siempre la utilización del Derecho penal “no tanto para proteger bienes jurídicos como para afirmar valores, confirmar expectativas, generar representaciones valorativas, etc. (...)” (p.235), y en la que se aprecia una supeditación de la función instrumental o material, a la función asignada a los símbolos; y lo que él denomina una función enmascaradora, la cual supone un estado de indiferencia por parte del Estado ante delitos que no le interesa perseguir, al tiempo que a través del Derecho penal se proyecta una “apariencia de resolución de conflictos que permanecen intocados” (Terradillos, 2004, p.235), de tal modo que no se articulan medios para alcanzar los objetivos que supuestamente justifican la intervención penal y, por ende, hay que coincidir con Terradillos (2004) cuando sostiene que en tales casos, más que expansión, lo que se aprecia es una inhibición del sistema penal que termina convirtiéndose en cómplice del delincuente al que sólo retóricamente dice perseguir.

Algunos de los “beneficios” que granjea esta deslegitimadora opción político-criminal son resaltados por Díez (2013), quien sostiene que la aludida instrumentalización del Derecho penal coadyuva al mantenimiento de una imagen positiva y dinámica del legislador y de los poderes públicos en sentido general, al tiempo que enmascara la ausencia de otras medidas en materia de intervención social que resulten verdaderamente eficaces²⁰.

Por otro lado, la aparición de específicas leyes penales que se

²⁰ En idéntico sentido Terradillos(2004), quien entiende que “...a una tipificación inadecuada suele acompañar la ausencia de otras políticas sociales o de prevención más costosas”.(p.236).



Chile, Ecuador y Venezuela²⁵.

3. *La protección funcional de bienes jurídicos, excesiva creación de delitos de peligro abstracto y crisis del principio de lesividad u ofensividad.*

Con el advenimiento de la globalización ha proliferado una marcada tendencia a dirigir la tutela penal hacia bienes jurídicos supraindividuales (universales, colectivos, difusos), los cuales ostentan una configuración vaga e imprecisa y en los que no se reconoce, al menos en la mayoría de los casos, un referente directo a un interés individual; evidenciándose así la crisis en que se halla sumido el principio de la protección de bienes jurídicos²⁶, cada vez más distanciado de su originaria función de límite negativo de la criminalización para asumir un moderno rol justificativo de la intervención penal.

A tono con la emergencia de bienes jurídicos supraindividuales se advierte un reiterado empleo de la técnica legislativa consistente en la configuración de delitos de peligro abstracto, contruidos muchas veces sobre la base de la mera desobediencia a la norma, con lo cual se menosprecia el contenido material del principio de lesividad. Se difuminan, por tanto, las fronteras que delimitan lo penalmente relevante del mero ilícito administrativo, sin que pueda soslayarse además que tales incriminaciones revisten enormes dificultades de cara al ejercicio del derecho de defensa y, en oposición, se favorece la actividad persecutoria del Estado²⁷.

4. *Flexibilización del mandato de taxatividad, ínsito al principio de legalidad penal.*

Con más frecuencia de la deseada se acude a la técnica legislativa de normas penales en blanco, en las que se aprecia una erosión del

²⁵ En la región latinoamericana esta tendencia se concentra mayoritariamente en contenidos de la Parte Especial, en tanto dichos cuerpos normativos bien introducen nuevos delitos no presentes en el código, o bien excluyen de aquel determinados delitos formulándolos de otra manera.

²⁶ Un Derecho penal democrático sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, singularmente importantes, en la medida en que afecten a las posibilidades de participación del individuo en el sistema social; de modo que no deben respaldarse mandatos puramente formales, ni valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometan seriamente el funcionamiento del sistema social (Mir, 2011, pp.129 y 130).

²⁷ Según Hassemer (2009), con el empleo de la técnica de los delitos de peligro abstracto "el legislador alivia el trabajo del juez a la hora de la determinación de los hechos relevantes desde la perspectiva típica; y agrava, al mismo tiempo, el trabajo de la defensa penal, cuya tarea se reduce al número específico de los presupuestos de la punibilidad". (p.16).



contenido de injusto en tanto los límites de la norma de conducta se desplazan hacia difusos sectores normativos de la Administración Pública, con lo cual se concede a las instancias administrativas funciones directamente relacionadas con la determinación de lo penalmente relevante cuando ello, legal y constitucionalmente, constituye una función que compete en régimen de exclusividad al legislador.

5. *Protagonismo de la función intimidatoria del Derecho penal en desmedro de los principios de igualdad y proporcionalidad.*

Bajo el ideal del «Estado preventivo» o «Estado de la Seguridad», la principal aspiración del Derecho penal moderno se dirige a prevenir futuras perturbaciones, más allá de la idea de seguridad o certeza; de modo que ya no importa tanto retribuir proporcionalmente el mal causado, sino más bien alcanzar la confianza de todos los ciudadanos en la inviolabilidad del orden jurídico penal (Hassemer, 2009).

Sobre los costes que implica la asunción de este modelo reflexiona Hassemer (2009) –vinculando el principio general de proporcionalidad con el principio de culpabilidad– en el sentido de que este principio (el de culpabilidad) aparece especialmente amenazado en un sistema penal que persigue objetivos preventivos y que por tanto está particularmente interesado en alcanzar consecuencias beneficiosas mediante presión y golpes de efecto –no solo entre los afectados sino también ante la opinión pública conformada por los medios– (p.39).

6. *Transformación funcionalista de categorías dogmáticas clásicas.*

En el seno del Derecho penal moderno, enfocado hacia la prevención y control de los nuevos riesgos, se plantean problemas a los que los clásicos contenidos de las viejas categorías dogmáticas parecen no ofrecer una respuesta adecuada²⁸.

Comoquiera que la configuración tradicional de aquellas se erige en obstáculo para la eficacia de la nueva política criminal, se

²⁸ Sobre este particular apunta Mendoza (2001) que "...las crecientes y difusas demandas preventivas de una política criminal interesada en controlar el riesgo no pueden ser satisfechas a través de un Derecho penal liberal, que estaría más bien dirigido al pasado, que está dotado de un arsenal de medios limitados y que, como instrumento preventivo, ha de ser prudente". (p.48).



generan propuestas de interpretación que provocan disfunciones respecto a las clásicas estructuras y reglas de atribución de la responsabilidad penal, en especial las vinculadas al entendimiento de la relación de causalidad, al contenido del dolo y la imprudencia, a la delimitación entre autoría y participación así como las fronteras entre la consumación y las formas de realización imperfecta del tipo (Hassemer, 1992).

El Derecho penal de nuestros días muestra un panorama ensombrecido, que implica un preocupante distanciamiento de las bases del Estado de Derecho y, correlativamente, un acercamiento al totalitarismo (González, 2007) y (Morales, 2015).

► PAUTAS BÁSICAS PARA UNA MODERNIZACIÓN
RAZONABLE DEL DERECHO PENAL

No es posible dudar que vivimos en una sociedad diferente, – ya se le denomine “sociedad del riesgo”, “sociedad del peligro”, “sociedad postindustrial”, etc.–, que se distancia notablemente del modelo de sociedad preindustrial, centrada en la protección de bienes de carácter individual; y que es distinta también de la sociedad industrial decimonónica que vio nacer los valores de solidaridad, confianza social e intereses colectivos. Son tiempos de globalización neoliberal, con todos sus “atributos”.

Los múltiples peligros e inseguridades de carácter colectivo, sobredimensionados en sus contornos gracias a la opinión pública, generan demandas de criminalización apoyadas en necesidades de defensa ante peligros que la mayoría de las veces sólo están definidos por criterios estadísticos. A ello responden los poderes públicos creando tantas figuras delictivas como sea posible para proteger a la sociedad de los riesgos anunciados (Bajo, 2013), de tal suerte que se configura a este compás un Derecho penal inflacionado, irrespetuoso con los derechos y garantías fundamentales y, por demás, carente de efectividad y eficacia (Mendoza, 2001).

Esta situación ha conllevado a que en la actualidad el modelo teórico del Derecho penal atraviese una evidente situación de crisis. Las manifestaciones de ese modernizado instrumento punitivo, fundamentadas en un discurso pro-eficacia de contornos



ilimitados, constituyen una amenaza cierta de destrucción para el conjunto de garantías que han sustentado el sistema clásico de imputación penal, con el que conectan los principios político-criminales (Silva, 2001)²⁹.

Se trata de la cristalización del Derecho penal del enemigo (Sanz, 2012), epidemia jurídica que arrasa con la idea del imperio de la Ley³⁰, con las exigencias básicas del Estado de Derecho y con la legitimidad democrática (Maresca, 2005), y que se expande inconteniblemente como consecuencia del fenómeno de la internacionalización³¹. Los Estados nacionales, en una mezcla de impotencia y servilismo frente a las decisiones de organismos globales, permiten que sus ordenamientos jurídicos resulten inoculados por las más peligrosas manifestaciones del expansionismo irracional.

No obstante, pese a que la situación actual se nos presente con altísimas dosis de complejidad, hay que coincidir con Zúñiga (2001) cuando refiriéndose a las características de ese nuevo Derecho penal defiende que no pueden entenderse como inevitables y menos aún como valorativamente legítimas.

Se impone así la búsqueda de una solución, y, desde la perspectiva que aquí se defiende, el presupuesto es admitir la necesaria modernización del Derecho penal clásico, puesto que defender su utilidad en el contexto de la sociedad actual sería algo más que una utopía; sin embargo habrá que rehuir de aquella tendencia que, orientada hacia el discurso de la eficacia³², propugna al empleo del Derecho penal como instrumento de pedagogía social, de transformación de las estructuras sociales, como gestor de grandes conflictos que en realidad sólo encontrarían una solución adecuada en otras instancias de protección distintas al sistema penal.

²⁹ En este sentido alerta Mendoza (2001) en punto a que "...con el propósito de conseguir una mayor eficacia de la protección penal se puede estar configurando un modelo que, sin lograr la eficacia que persigue, pretendidamente apoyada en razones de legitimación utilitaria, abandone aquellas garantías que le otorgan justificación axiológica". (p.182).

³⁰ En opinión de Maresca (2005) "...en la cultura del Estado de Derecho la idea del imperio de la ley está unida a la de poner límites al poder del Estado, y concretamente a la idea de minimizar el poder punitivo del Estado". (p.88).

³¹ La internacionalización del Derecho penal es otra de las consecuencias de la globalización. Su principal significado es que el Derecho deja de ser la realidad estática de un determinado ordenamiento para convertirse más en un proceso dinámico de intercambio entre los distintos órdenes de interés, a tal punto que se va gestando una especie de modelo global al que debe responder toda la actividad incriminadora desarrollada por los Estados para hacer frente a ciertas manifestaciones delictivas, normalmente asociadas a la criminalidad organizada. Sobre las notas características de este fenómeno y su influencia en el Derecho penal contemporáneo, entre otros, Méndez (2005), Voge (2008) y Berdugo (2012).

³² En este sentido alerta Corcoy (2012) que "...la eficacia, siendo necesaria, no puede ser el único criterio si no se quiere terminar en un Estado policial". (p.154).



Si bien es cierto que el sistema penal tradicional está pensado para otras épocas y circunstancias, y que, por ello, se muestra insuficiente para controlar las formas de criminalidad impulsadas por la economía globalizada, cuyas manifestaciones responden a un modelo de sociedad de corte post-industrial que necesita de un Derecho penal preparado y dispuesto a controlar conductas que agredan derechos colectivos, que vayan más allá de los derechos subjetivos para los que están pensados los actuales sistemas penales –esto es, un Derecho penal que le sirva de cortapisas a una Economía global que no respeta principios ni fronteras–; ello tampoco puede interpretarse como más control penal o más represión.

Sólo una modernización del Derecho penal que se lleve a cabo con escrupuloso respeto a las garantías ínsitas al Estado de Derecho, y no a golpes de seguridad, representará una verdadera evolución del mismo (Sanz, 2012). Ello implica que el proceso globalizador ha de ser sometido a un control democrático, en busca de nuevas reglas que eviten sus efectos perjudiciales, pero retomando en todo caso el discurso garantista y el debate sobre los valores.

Por lo tanto, la clave no parece hallarse en las propuestas extremas que optan por un expansionismo irracional, ni en una injustificada inhibición de la intervención punitiva frente a sectores necesitados y merecedores de tutela penal; sino en una posición intermedia que, desde una perspectiva más coherente, se muestra a favor de una expansión razonable del Derecho penal –en la medida en que así lo exigen los cambios sociales– a aquellos ámbitos que verdaderamente requieran y merezcan protección por parte de esta rama del ordenamiento jurídico³³, pero siempre con sujeción a los límites que al ejercicio del poder punitivo imponen los principios sobre los que se erige el Derecho penal de un Estado de Derecho³⁴.

³³ Al respecto, sostiene con agudeza Sanz(2012) que "...no se trata de abogar por una retirada drástica del Derecho penal, sino de que preste batalla allí donde puede, y sin renunciar a las tradicionales reglas de imputación y a los principios garantistas que ordena dicha actuación". (pp.141-142). Desde una perspectiva centrada en la necesidad y la racionalidad de la intervención penal ante los nuevos intereses dignos y necesitados de tutela, Terradillos (2004) se muestra igualmente partidario de la tutela penal frente a ciertos ámbitos, como lo es el de la responsabilidad por el producto, que entraña un riesgo para la vida o la integridad física de los consumidores incluso con una dimensión transnacional.

³⁴ Según Mendoza (2001) se trata de "no forzar al Derecho penal en una tarea de prima ratio, ni de pedagogía social, ni de satisfacción de necesidades –en parte objetivas y en buena medida subjetivas– de seguridad y prevención, que no es seguro que consigan lo que se proponen, pero que con certeza están suponiendo, en más casos que los deseables, transformaciones o tendencias no conciliables con el sistema basado en categorías dogmáticas racionales y coherentes, y en principio garantistas de ineludible cumplimiento en el Derecho penal de un Estado de Derecho avanzado". (pp.188 y 189).



Ubicar al Derecho penal en una posición en la que compatibilicen su acomodo a las exigencias de la contemporaneidad y el respeto al sistema de garantías básicas supone, ante todo, fomentar en primera opción el recurso a otras vías de regulación distintas a la penal, de tal suerte que se emplee esta última con el carácter excepcional que se le debe asignar (Mendoza, 2001). La asunción real (y no meramente formal) del carácter subsidiario y de *ultima ratio* del Derecho penal en la solución de los conflictos sociales conduciría a un Derecho penal más pequeño que, precisamente por ello, sería un instrumento más eficaz (Ferré, 2007).

Ello exige el rescate y potenciación de los roles legítimos de otras instancias de control, porque sólo así quedarán aseguradas la seriedad y eficacia de la conminación penal; sin que en ningún caso pueda renunciarse a ello por más problemas estructurales y operativos que se atribuyan a otras ramas o sectores del ordenamiento jurídico³⁵. Se trata, en última instancia, de llevar a cabo un adecuado proceso de selectividad sobre lo penalmente relevante que, además de realzar la vigencia cada vez más relegada del principio de intervención mínima, apueste por la recuperación del rol crítico de la teoría del bien jurídico en aras de enfrentar la apocalíptica tendencia expansiva (Pariona, 2007)³⁶.

Así, la legitimidad de la intervención punitiva deberá evaluarse no por su repercusión en un determinado sector de la vida social, sino por el grado de respeto a los principios de atribución de responsabilidad individual en cada caso, esto es, analizando la legitimidad de la norma en concreto (Sanz, 2012). Ello implica –más allá de los desaciertos que puedan signar la técnica legislativa empleada en cada caso, siempre perfectible–, que el proceso de interpretación desarrollado por los sujetos procesales con capacidad decisoria no esté regido por exclusivos criterios literales o grama-

³⁵ Así, lleva razón Mendoza (2001) cuando sostiene que "...propugnar que jueguen el debido papel el Derecho civil, el administrativo sancionador –convenientemente reformado y adaptado– y el Derecho mercantil, no supone dejar de reconocer las insuficiencias que puedan atribuirse a estos, ni olvidar su posible inoperancia o la menor exigencia de garantías que puedan darse trasladando el problema a otras ramas del ordenamiento jurídico. Pero tampoco puede suceder, a la inversa, que estos defectos agudicen la tendencia a recurrir a la más radical «solución penal», sobrecargando al Derecho penal, operando transformaciones que desnaturalicen, en suma, el carácter del recurso a la pena criminal". (p.187).

³⁶ En igual sentido Corcoy(2012), quien apuesta por un rescate necesario de los límites derivados de los principios de ultima ratio, fragmentariedad y lesividad. Así, entiende esta autora que "...muchas veces la pregunta no es tanto si se debe castigar una determinada conducta en atención a lo que se pretende evitar, sino cómo se debe castigar; es decir, preguntarse qué conductas de entre todas las posibles son realmente lesivas y limitar la intervención penal en este sentido". (p.160).



tales, sino que dé cabida a los teleológicos–que tomen en cuenta la referencia al bien jurídico– y sistemáticos –a partir de la necesaria comparación entre figuras delictivas afines y de la normativa extra-penal– (Corcoy, 2012).

Cierto es que la postura aquí defendida entraña conocidas dificultades, pero también es verdad que uno de los fines más relevantes del Estado democrático consiste en lograr un equilibrio entre la garantía de una vigencia razonable de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, y una eficaz tutela de los bienes jurídicos más esenciales para mantener una digna convivencia social (Borja, 2012).

Se es consciente de que el reacomodo del Derecho penal a las nuevas realidades dependerá, en buena medida, de la evolución de la economía y de sensibilidad social de los agentes políticos y económicos que hoy dominan el mundo; pero también, como ha destacado Muñoz (2004), del nivel de resistencia intelectual que podamos oponer los penalistas y criminólogos comprometidos con la prevención de la criminalidad dentro de las coordenadas del Estado de Derecho.

Resulta verdaderamente preocupante que un sector de la doctrina penal se muestre, cuando mínimo, justificador de eso que se ha denominado “Derecho penal moderno”, cuya expresión más genuina se aprecia en aquellas legislaciones antiguarantistas que responden a discursos de “ley y orden” y a “políticas de mano dura”, absolutamente ineficaces para solucionar los grandes problemas sociales. Esta posición teórica, que tiene en Günther Jakobs a uno de sus principales ideólogos, representa sin dudas una amenaza para las concepciones democráticas que se hallan en la base del Estado de Derecho en tanto sirve de coartada ideológico-penal a las comentadas iniciativas legislativas (Ramos, 2004).

Cabe afirmar, en términos conclusivos, que un Derecho penal ajustado a nuestros tiempos –el que necesitamos para hacer frente a los fenómenos inherentes a la contemporaneidad globalizada–, tendrá que ser un Derecho penal que se adapte a los nuevos perfiles del fenómeno criminal: a la cultura de la violencia, de la criminalidad económica organizada y del terrorismo internacional (Sanz, 2011).



Pero conviene no perder de vista que los estándares de eficacia que esta rama del orden jurídico puede y debe cumplir sólo resultan alcanzables, en el contexto de un modelo democrático, siempre que se preserven las comentadas conquistas garantistas. La clave está, como ha resumido magistralmente Sanz (2012), en hacer frente a los “nuevos” problemas sin olvidar los “viejos” límites; pues lo contrario supone el desvanecimiento de un Derecho Penal democrático y, correlativamente, la emergencia de un Derecho penal totalitario. |

BIBLIOGRAFÍA

- Arroyo, L., Neumann, U., y Nieto, A. (Coords.). (2003). *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo—El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt—*. Cuenca, España: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Bajo, M. (2013). Los delitos económicos como manifestación característica de la expansión del Derecho penal. En F. Álvarez, M. Cobos, P. Gómez, A. Manjón-Cabeza y A. Martínez (Coords.), *Libro homenaje al prof. Luis Rodríguez Ramos* (pp. 407-416). Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Baratta, A. (1991). Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica. *Penal y Estado (función simbólica de la pena)*, 1, 37-55.
- Beck, U. (1998). ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona, España: Editorial Paidós.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo global*. Madrid, España: Siglo XXI de España Editores, S.A.
- Berdugo, I. (2012). Acerca de la internacionalización del Derecho penal. En A. Pérez (Dir.), *El principio de justicia universal. Fundamento y límites* (pp. 21-44). Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Blanco, I. (2012). El delito de blanqueo de capitales. Navarra, España: Editorial Aranzadi S.A.
- Borja, E. (2001). *Curso de Política Criminal*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Borja, E. (2012). Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el Estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites. *Revista General de Derecho Penal*, 18, 1-57.
- Corcoy, M. (2012). Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales. En S. Mir, M. Corcoy y J. Hortal (Coords.), *Constitución y Sistema penal* (pp. 153-174). Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- Correcher, J. (2013). Evolución del Derecho penal supraestatal: pluralismo y garantismo jurídico como criterios orientadores. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 28, 109-128. Recuperado de <http://roderic.uv.es/handle/10550/32440>.
- Díez, J. (2013). Exigencias sociales y Política criminal. En J. Díez, *Política criminal y Derecho penal*. Estudios (pp. 33-44). Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Díez, J. (2013). La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. En J. Díez, *Política criminal y Derecho penal*. Estudios (pp. 267-301). Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Feijoo, B. (2008). Política criminal y delitos socioeconómicos. En J. Boix (Dir.), *Diccionario de Derecho penal económico* (pp. 680-688). Madrid, España: Editorial Iustel.
- Ferré, J. (2007). ¿Hacia un Derecho penal sectorializado? En F. Pérez, M. Nunez e I. García (Coords.), *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero* (pp. 229-244). Salamanca, España: Editorial de la Universidad de Salamanca.
- Flávio, L. (2003). Globalización y Derecho penal. En J. Díez, C. Romeo, L. Gracia, y J. Higuera (Eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (pp. 331-348). Madrid, España: Editorial Tecnos.
- García-Pablos, A. (2012). *Introducción al Derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, Vol. 2. Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- González, J. (2007). El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo. *Revista Penal*, 19, 52-69.
- Hassemer, W., y Muñoz, F. (1989). *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Hassemer, W. (1992). Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 45 (1), 235-250.
- Hassemer, W. (1998). *Perspectivas del Derecho penal futuro*. *Revista Penal*, 1, 37-41.
- Hassemer, W. (2009). El Derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad. En H. Albrecht, U. Sieber, J. Simón, y F. Schwarz (Comps.), *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad* (pp. 15-28). Buenos Aires, Argentina: Ediciones del Puerto.
- Inzunza, E. (2009). La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación. D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Luzón, D. (2012). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Martínez, A. (2005). Economía de la globalización. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 9, 17-39.
- Maresca, M. (2005). Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley. En G. Portilla (Coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales* (pp. 87-118). Madrid, España: Editorial Akal.
- Martínez-Buján, C. (2014). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Méndez, C. (2005). Hacia la internacionalización del Derecho penal. En I. Berdugo y N. Sanz (Coords.), *Derecho penal de la democracia*



- vs seguridad pública (pp. 33-64). Granada, España: Editorial Comares.
- Mendoza, B. (2001). El Derecho penal en la sociedad del riesgo. Madrid, España: Editorial Civitas.
 - Mir, S. (2011). Derecho Penal. Parte General. Barcelona, España: Editorial Reppertor.
 - Morales, F. (2015). La utopía garantista del Derecho penal en la nueva "Edad Media". Barcelona, España: Ediciones Gráficas Rey S.L.
 - Muñoz, F. (2004). El nuevo Derecho penal autoritario. En M. Losano y F. Muñoz (Coords.), El Derecho ante la globalización y el terrorismo. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003 (pp. 161-184). Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
 - Pariona, R. (2007). El Derecho penal «moderno». Revista Penal, 20, 155-166.
 - Ramonet, I. (2000). Situación actual del proceso de globalización. En AA.VV, El proceso de globalización mundial. Hacia la ciudadanía global. Barcelona, España: Editorial IntermonOxfam.
 - Ramos, J. (2004). Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista. En F. Pérez (Ed.), Sertá. In memoriam Alexandri Baratta (pp. 1425-1446). Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca.
 - Sanz, N. (2011). El Derecho penal del enemigo y la obstinación de justificar lo injustificable. En F. Muñoz, J. Lorenzo, J. Ferré, E. Cortés, y M. Núñez (Dirs.), Un Derecho penal comprometido. Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz (pp. 1029-1070). Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.
 - Sanz, N. (2012). El Derecho penal ante los retos del siglo XXI: la urgencia de un Derecho penal que haga frente a los "nuevos problemas", pero sin olvidar los "viejos límites". Cuadernos de Política Criminal, 106 (I), 115-151.
 - Silva, J. (2001). La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid, España: Civitas Ediciones S.L.
 - Terradillos, J. (2003). Código penal-leyes penales especiales. Diez cuestiones sobre una tensión no resuelta. En J. Díez, C. Romeo, L. Gracia, y J. Higuera (Edits.), La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo –Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir– (pp. 511-530). Madrid, España: Editorial Tecnos.
 - Terradillos, J. (2004). Globalización, administrativización y expansión del Derecho penal económico. En J. Terradillos y M. Acale (Coords.), Temas del Derecho penal económico. III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho penal económico (pp. 219-240). Madrid, España: Editorial Trotta S.A.
 - Voge, J. (2008). La internacionalización del Derecho penal y del Proceso penal. Revista Penal, 22, 160-167.
 - Vogel, J. (2005). Derecho penal y globalización. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 9, 113-126.
 - Zúñiga, L. (2001). Política Criminal. Madrid, España: Editorial Colex.

●●●●●●●● PALABRAS CLAVE:

Globalización, Derecho penal clásico, Derecho penal moderno, actualización, política criminal.

●●●●●●●● KEYWORDS:

Globalization, classical criminal law, modern criminal law, updating, criminal policy.



DERECHO PENAL



- ▶ EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: ¿EX AEQUO ET BONO?.
- ▶ “EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO”
- ▶ UNA NUEVA PERSPECTIVA DOGMÁTICA DESDE LA AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EL DOMINIO DEL HECHO DESDE EL SISTEMA PENAL PARAGUAYO.
- ▶ ARBITRAJE PENAL: ANÁLISIS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL ARBITRAJE EN CUESTIONES DE CARÁCTER PENAL EN PARAGUAY.





El principio de jurisdicción universal y la Corte Penal Internacional: ¿ex aequo et bono?

Jacqueline Hellman Moreno ¹

► SUMARIO

La Corte Penal Internacional ha sido creada con la intención de asegurar que los graves crímenes que más preocupan a la comunidad internacional en su conjunto queden sin castigo. Sin embargo, su existencia no debe conllevar la eliminación de mecanismos nacionales de persecución, máxime cuando se advierte que aquélla únicamente actuará cuando los tribunales nacionales demuestren que no pueden o no quieren enjuiciar a personas acusadas de cometer ilícitos internacionales graves. Se advierte, pues, la coexistencia de diversos sistemas de represión en la medida en que, por un lado, se encuentra la justicia supranacional, ámbito en el cual la Corte Penal Internacional ocupa un lugar destacado y, por otro, la justicia doméstica, marco en el que la justicia universal disfruta de un especial protagonismo. Sin duda alguna, el mencionado tribunal actúa como salvaguarda del poder judicial de aquellos Estados sometidos a su jurisdicción pero bajo ningún concepto puede erigirse como la única solución en lo que se refiere al castigo de delitos de envergadura debido a sus notables carencias y al carácter complementario de su actuación. Consecuentemente, la justicia universal continúa jugando un papel fundamental a la hora de investigar y juzgar hechos delictivos relevantes, siendo la interacción de ambos sistemas absolutamente necesaria en el firme propósito de proporcionar un justo castigo a crueles conductas criminales.

► ABSTRACT

The International Criminal Court has been created with the intention of assuring that the most serious crimes of concern to the international community as a whole do not stay without punishment. Nevertheless, its existence must not carry the elimination of national mechanisms of pursuit, especially when it is pointed out that the mentioned Court will only act when national courts demonstrate that they cannot or do not want to judge persons accused of committing international serious crimes. Thus,

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Máster de Derecho Unión Europea y Derecho de la Competencia de la Universidad Carlos III de Madrid, obteniendo el premio Luis Vives concedido por el Parlamento Europeo al mejor alumno del Máster. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid.



the coexistence of diverse systems of repression is a fact. On the one hand, we have the supranational justice, frame in which the International Criminal Court occupies an out-standing place and, on the other, the domestic justice, area in which the universal justice enjoys a special position. Undoubtedly, the referred Court acts as safeguard of the judicial power of those States subjected to its jurisdiction but under no concept it can be raised as the only solution regarding the punishment of important crimes due to its notable lacks and its complementary character. Consistently, the universal justice continues playing a fundamental paper when investigating and judging relevant crimes, being the interaction of both systems absolutely necessary if the intention is to provide a just punishment to cruel criminal conducts.

► ¿EN QUÉ CONSISTE EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL?

La justicia universal (o el principio de jurisdicción universal) se erige como un título habilitador de competencia jurisdiccional que otorga a los Estados la oportunidad de investigar y juzgar crímenes graves al margen del lugar en el que se hayan cometido e independientemente de la nacionalidad que ostenten víctimas y verdugos². Partiendo de esta definición parece razonable encuadrar el origen del ejercicio de la justicia universal en actos delictivos acontecidos en alta mar, puesto que dicho lugar constituye un espacio abierto en el que el poder exclusivo de un Estado no es susceptible de ser articulado³. Concretamente, su aplicación se circunscribió al delito de piratería, el cual fue contemplado como un ilícito especialmente dañino en la medida en que repercutía de forma negativa en la libre circulación de los mares, lo que favoreció su persecución más allá de las tradicionales fronteras estatales⁴. Con el tiempo

² Hugo Grocio fue quien articuló el concepto de justicia universal a través de su obra *De iure belli ac pacis* en la medida en que dispuso que los soberanos y gobernantes al asumir el compromiso de proteger a la sociedad humana debían esforzarse necesariamente por perseguir los delitos más deleznable.

³ En este sentido, conviene destacar la doctrina *res communis* de Hugo Grocio -plasmada en su obra *De Mare Liberum*- conforme a la cual los mares no pueden ser propiedad de los Estados debido a la imposibilidad de ser ocupados. Vid. REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R.M., DIEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional*, REMIRO BROTONS, A. (Dir), Mc Graw Hill, Madrid, 2007, p. 975.

⁴ Como puede comprobarse, la justicia universal tuvo en su primera andadura un marcado aspecto territorial que actualmente no puede entenderse como rasgo esencial de la misma. De hecho, la "territorialidad" es una cuestión contraria a la auténtica vocación que actualmente tiene el marco de la represión universal. No obstante, Sánchez Legido nos aclara que la importancia que recibió en su momento este elemento se debió a que la justicia universal fue contemplada como una forma de proteger intereses comunes. De esta manera, al considerarse la zona de alta mar como un espacio de preocupación compartido por los Estados, se acabó por concluir la relevancia de la ubicación. Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 44 y ss.



esta práctica quedó reflejada en la importante sentencia emitida a raíz del caso *Lotus*⁵. En este asunto, la Corte Permanente de Justicia Internacional determinó que el pirata se erigía como un enemigo de la humanidad (*hostis humani generis*), confiriendo a los países la posibilidad de examinar y condenar los actos delictivos cometidos por éstos⁶. Así las cosas, no hay duda de que fue a través del ilícito de la piratería la manera en la que se fundamentó, en un primer momento, el ejercicio del principio de jurisdicción universal⁷, si bien debemos ser conscientes que en la actualidad la verdadera esencia de éste radica únicamente en la grave naturaleza del crimen en sí y no en el lugar en el que es perpetrado. En otras palabras, a día de hoy, el rasgo característico del mencionado principio estriba en que el delito perpetrado perjudique al conjunto de los Estados como consecuencia de la gravedad de los daños causados y no en el hecho de que el mismo se produzca en un lugar determinado.

Por lo tanto, la seriedad de la conducta es el elemento que “activa” la aplicación de la justicia universal, desentendiéndose –como ya dijimos– del dato relativo al lugar en el que la ofensa es cometida, de la nacionalidad del presunto autor y/o de la víctima, así como de cualquier otro nexo que pudiera existir con el Estado que decide actuar para imponer justicia⁸. Obviamente su aplicación desata una fuerte controversia, puesto que muchos consideran que el ejercicio de la misma implica una invasión de la soberanía estatal⁹; de algún modo, sus detractores consideran que se produce una injerencia de un Estado en el territorio de otro. Por ello, los que se encuentran comprometidos con su causa suelen recibir fuertes presiones por parte de aquellos que se ven “amenazados” por su utilización.

Una muestra de este tipo de comportamientos fue la del an-

⁵ Dicho asunto versó sobre la colisión que se produjo en alta mar entre dos barcos, uno francés y otro turco, a raíz del cual se hundió el turco, pereciendo ocho de sus tripulantes. El barco francés prosiguió su ruta y llegó a Estambul. Una vez llegado a su lugar de destino, las autoridades turcas enjuiciaron al capitán del buque francés por homicidio. Más tarde, el asunto llegó a manos de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Documento disponible en: http://www.worldcourts.com/pci/eng/decisions/1927.09.07_lotus/.

⁶ Ello corresponde al razonamiento segundo de la Sentencia del caso *Lotus*: “(...) and as the scene of the pirate’s operations is the high seas (...) he is denied the protection of the flag which he may carry, and is treated as an outlaw, as the enemy of all man kind –hostis humani generis- who many nation may in the interest of all capture and punish”. Vid. *Supra*. Nota 4.

⁷ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO A., ob. cit., p. 42.

⁸ Ello aparece formulado en los célebres Principios de Princeton sobre jurisdicción universal de 2001. Documento disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/princeton.html>.



tigo secretario de defensa norteamericano, *Donald Rumsfeld*, cuando declaró que el polémico principio de jurisdicción universal promovido por la legislación belga suponía una plataforma clave para aceptar y juzgar querellas contra miembros de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, lo que a su parecer constituía una situación inaceptable y manifestó—en tono de amenaza— la conveniencia de trasladar el Cuartel General de la referida Organización fuera de Bruselas en el caso en el que no se produjera la modificación de la mencionada normativa en los términos en los que la administración norteamericana deseaba¹⁰. España, otro país que en su día se situó junto a las víctimas que habían sufrido en sus propias carnes los ilícitos más detestables al disponer de una regulación orientada a albergar la justicia universal como un parámetro más de actuación judicial¹¹, cambió súbitamente de normativa tras ser invocada frente a Estados poderosos frontalmente opuestos a su ejercicio¹². En este caso, el temor del Estado español a verse seriamente perjudicado en sus relaciones bilaterales con terceros países constituyó el fatídico detonante que trajo consigo la llegada de una nueva regulación que modificó sustancialmente la anterior¹³; cuestión que alegró abiertamente al dirigente israelí *Simón Peres*¹⁴.

⁹ "[Universal justice] (...) allows a state to extend its jurisdiction to offences where neither the act nor the offender nor the victim has any relation to its territory. Consequently, the exercise of such jurisdiction of ten entails the danger of there by infringing upon the sovereign rights of another state". Cfr. LOWENFELD, A., RUTSEL, M., PUTTLER, A. y OTROS, *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice*, MEESSEN, K. M. (Ed.), Kluwer Law International, Reino Unido, 1996, p. 110.

¹⁰ Información disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2003/06/12/internacional/1055437029.html>

¹¹ Cabe mencionar, entre otros, el asunto Pinochet ventilado ante las autoridades judiciales españolas. Según Fernández Liesa, el asunto Pinochet supuso "(...) una luz en la barricada, un atisbo importante de esperanza de que la humanidad tiene elementos que invitan al optimismo debido al desarrollo de algunas de sus instituciones así como la conciencia general, expresada en la opinión pública mundial -factor cada vez más relevante-, de que el ordenamiento debe desarrollarse en un sentido solidario". Cfr. FERNÁNDEZ LIESA, C., *Globalización, humanidad y orden internacional*, Revista Occidente, nº 221, 1999, p. 64. Otro asunto relevante fue el caso Scilingo en virtud del cual se produjo la consagración indubitada del principio de universalidad en España. Este juicio finalizó con la condena de Adolfo Francisco Scilingo acusado de cooperar con las estrategias ideadas por la Escuela Mecánica de la Armada de Buenos Aires, lugar en el que "(...) se desarrolló una sistemática cadena de secuestros, torturas, asesinatos y lanzamientos al mar de miles de personas narcotizadas pero todavía vivas, entre otra serie de actividades delictivas, derivadas de aquella desalmada represión". Cfr. GARCÍA MARTÍNEZ DE MURGUÍA, P., *Esmas: Justicia al fin*, La Vanguardia, 24 de julio de 2006.

¹² Ante el aparato judicial español se interpusieron, entre otras, denuncias contra dirigentes estatales chinos por los graves sucesos ocurridos en Tíbet, contra altos militares estadounidenses por la muerte del periodista español José Couso, así como contra máximos representantes israelíes por los sangrientos bombardeos perpetrados en Gaza en el año 2002.

¹³ La Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre mermó significativamente la justicia universal asentada durante largos años en el panorama judicial español. Tanto es así que, según la doctrina, hoy no sería posible abrir el asunto Pinochet con arreglo a la legislación vigente. Así lo pone de relieve ESPÓSITO: «the Pinochet case change our perceptions of international law and the important role of national judges in its development. However, with the entry into force on 5 November 2009 of the new Spanish law governing the principle of universal jurisdiction, such a case would most probably not have been possible today». Cfr. ESPÓSITO, C., *Shrinking Universal Jurisdiction*, European Society of International Law, 2010.

¹⁴ Información disponible en: http://elpais.com/diario/2009/10/16/espana/1255644011_850215.html



Sea como fuere, a pesar de las contundentes reticencias mostradas en más de una ocasión contra el principio de jurisdicción universal¹⁵, no hay duda de que éste proporciona un mecanismo de “auxilio” de gran valor a las víctimas que han sufrido los crímenes más virulentos, ya que les da la posibilidad de acceder al sistema judicial de los Estados que cuentan con dicha herramienta jurídica, sin necesidad de cumplir con ningún requisito específico salvo el de la gravedad de la conducta criminal padecida. Así pues, la justicia universal no es sino un medio para defender y proteger los derechos humanos violentamente lesionados por personas que han perpetrado los crímenes más funestos.

► LA CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE ROMA DE 1998:
LA CREACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El 17 de julio de 1998 se adoptó el Estatuto de Roma¹⁶, lo que implicó la creación de la Corte Penal Internacional, es decir: el establecimiento de una jurisdicción penal internacional de carácter permanente.

El objetivo de este órgano jurisdiccional, tal y como se explicita en el preámbulo de su Estatuto, consiste en dar castigo a los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional.

Así pues, la constitución de ésta supuso, por fin, la materialización de una idea forjada tiempo atrás por un gran número de países –pese a la resistencia y a las fuertes amenazas emitidas por el Senado de Estados Unidos y altos representantes del Pen-

¹⁵ Vid. KISSINGER, H. A., *The Pitfalls of Universal Jurisdiction*, *Journal of Foreign Affairs*, nº 4, vol. 80, 2001, p. 91.

¹⁶ Durante el proceso de adopción del Estatuto no todos los Estados estaban conformes con su contenido. De hecho, se emitieron ciento veinte votos a favor, siete en contra (Estados Unidos, Rusia, China, India, Israel, Cuba e Irak) y veintiuna abstenciones. Estados Unidos mostró su disconformidad en la medida en que advirtió que por medio de la aplicación del referido Estatuto existía la posibilidad de investigar y perseguir al personal civil y militar norteamericano implicado en la comisión de graves crímenes acaecidos en el territorio de un Estado parte o de un tercer Estado que haya admitido puntualmente la competencia de la Corte Penal Internacional para un asunto concreto. Vid. REMIRO BROTONS, A., et. al., ob. cit., p. 1.244. Así lo reconoció también el congresista norteamericano Jesse Helms: “(…) con el establecimiento de una Corte Penal Internacional cada vez más cerca, la amenaza de que los soldados y oficiales estadounidenses puedan ser algún día aprehendidos, extraditados y juzgados por crímenes de guerra es cada vez mayor”. Cfr. DIDEROT PAULINO, V., *Política Norteamericana en relación a la Corte Penal Internacional*, COLADIC, vol. 30, 2007, p. 3. China, tendente a preservar su más antiguas tradiciones, no deseó hacer entrega de sus derechos soberanos. Israel también se opuso al funcionamiento de la Corte, ya que temía que se produjeran presiones políticas que desvirtuarán la interpretación de ciertas disposiciones del Estatuto. Vid. FERENCZ, B., *From Nuremberg to Rome: A Personal Account*, 2004; documento disponible en: <http://www.benferencz.org/index.php?id=4&article=38>.



tágono en el momento en el que se gestaba su creación¹⁷.

En cualquier caso, para valorar la importancia de este tribunal resulta pertinente preguntarse, *entre otras cuestiones*, lo siguiente: ¿dispone de las herramientas jurídicas adecuadas para cumplir con su propósito de poner fin a la impunidad de los delitos más execrables? Para dar respuesta a este interrogante no nos queda más remedio que analizar el marco competencial en el que se sitúa la mencionada Corte Penal Internacional. En otras palabras, debemos examinar el alcance de su actuación y así averiguar si ésta tiene la facultad de examinar y condenar los ilícitos más graves que asuelan la humanidad. Y, como no puede ser de otro modo, para ello debemos comprobar si entre sus títulos competenciales se encuentra el de justicia universal, ya que, como hemos visto anteriormente, es un mecanismo inigualable para dar castigo a las más atroces conductas.

► ¿COMPETENCIA UNIVERSAL EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL?

Como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, la Corte Penal Internacional, institución permanente y vinculada a la Organización de Naciones Unidas, fue creada con el propósito de dar castigo a los delitos que más gravemente afectan al conjunto de la comunidad internacional. Siendo así las cosas, quizá fuera conveniente que ésta actuara de acuerdo con el principio de jurisdicción universal en la medida en que ello redundaría –probablemente– en una eficaz y óptima actuación. No obstante, este tribunal no tiene la facultad de actuar conforme al mencionado principio. De hecho,

¹⁷ Estados Unidos no se ha limitado a no firmar el Estatuto de Roma, sino que también ha potenciado la celebración de los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad en virtud de los cuales los ciudadanos estadounidenses cuando son requeridos por la Corte y se encuentran en el territorio de un Estado que los ha ratificado, el Estado en cuestión tendrá la obligación de devolverlo a Estados Unidos. En el año 2006 existían casi cien países que habían firmado los citados Acuerdos Bilaterales, de los cuales cuarenta y tres eran Estados partes del Estatuto de Roma; otros cincuenta y seis países rechazaron la firma de los mismos y, en consecuencia, a dieciocho de esos Estados se les aplicó una ley especial según la cual se les denegaba el acceso a fondos norteamericanos para la formación de sus fuerzas armadas. Se trata de la American Service-members' Protection Act, la cual impide el acceso a los fondos del International Military and Training. Vid. DIDEROT PAULINO, V., ob. cit., pp. 3 y 4. De todos modos, el restablecimiento de los mismos tuvo lugar poco tiempo después tras comprobar que ello podría ir no sólo en detrimento de sus relaciones con los países sancionados, sino que además podría significar la entrada de otras potencias emergentes –y muy poderosas– en sus mercados. Ferencz advierte que la oposición de Estados Unidos hacia la Corte sigue siendo evidente hoy en día, ya que el presidente norteamericano Barack Obama, en el momento en el que recibió el premio Nobel de la paz, no hizo mención alguna a la importante misión que ésta desempeña –momento que, según creemos, sirvió para verificar el estancamiento de la posición de rechazo de Estados Unidos a este respecto-. Vid. FERENCZ, B., On President Obama's Nobel Speech, 2009; documento disponible en: <http://www.benferencz.org/index.php?id=4&article=99>



la actuación de aquél queda condicionada, según determina el artículo 12 del Estatuto de Roma¹⁸, a que los ilícitos en cuestión hayan sido cometidos por nacionales de los Estados firmantes del citado Estatuto y/o que éstos hayan tenido lugar en dichos Estados parte si bien, de conformidad con el apartado tercero del citado precepto legal, la Corte podrá en ciertas situaciones juzgar hechos delictivos relevantes que atañen a un Estado no parte siempre que haya decidido aceptar puntualmente su competencia. Al hilo de todas estas consideraciones, conviene añadir que este órgano judicial también tendrá la oportunidad de conocer y juzgar sin limitaciones infracciones graves una vez que se produzca el requerimiento pertinente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Ahondando un poco más en las cuestiones anteriores, resulta apropiado afirmar que para que sea válida la intervención de la Corte es necesario que la solicitud de actuación se haga a) por iniciativa de un Estado parte que informe al fiscal del hecho ilícito (artículo 14¹⁹), b) a través de la actuación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (artículo 16²⁰) ó c) por iniciativa del propio fiscal (artículo 15²¹). En el caso de que el asunto se haya iniciado a través del primer o tercer mecanismo señalado, el Estado del territorio en el que acontecieron los hechos o del que es nacional el presunto culpable deberá necesariamente ser parte del Estatuto de Roma o, en el caso de que ello no sea así, declarar su consentimiento expreso de conformidad con el artículo 12. En torno a estas ideas, debe destacarse a su vez el protagonismo indiscutible del artículo 17 del referido instrumento constitutivo. Éste contiene la auténtica esencia de su singular marco competencial en la medida en que consagra el principio

¹⁸ La fórmula del artículo 12 del Estatuto fue una propuesta emitida por la delegación de la República de Corea durante el proceso de creación de la Corte Penal Internacional. Dicha proposición prosperó frente a otras más optimistas como, por ejemplo, la alemana, la cual sugería la posibilidad de que aquella tuviera competencia universal. Vid. MARCEL FERNANDES, J., *La Corte Penal Internacional*, Reus, Madrid, 2008, p. 129.

¹⁹ Durante la elaboración del Estatuto hubo cierta polémica en torno a la idea de quienes podrían hacer uso del artículo 14. Los países más conservadores defendieron que únicamente los implicados en la causa delictiva deberían estar facultados para remitir un asunto a la Corte.

²⁰ De alguna forma creemos que el artículo 16 del Estatuto de Roma conlleva una inaudita intromisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en el ámbito de actuación de la Corte Penal Internacional.

²¹ Este artículo fue uno de los más controvertidos, puesto que muchos países creyeron que se otorgaba un poder excesivo al fiscal. Así pues, con el propósito de compensar a sus detractores, el apartado 3 del artículo 15 dispuso el siguiente mecanismo de control: "El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya reunido (...)".



de complementariedad.

Grosso modo, la inclusión del citado principio de complementariedad en el Estatuto conlleva que únicamente los ilícitos graves serán juzgados por la referida Corte cuando el Estado parte afectado por ellos no desee o no pueda perseguirlos. Así, por ejemplo, si un Estado parte no regula los delitos que ésta contempla no se dará ninguna relación de complementariedad, ya que tan sólo existirán espacios de exclusiva competencia supranacional. Por el contrario, si un Estado parte establece su competencia sobre los mismos presupuestos materiales que prevé el Estatuto de Roma tendrá lugar la mencionada complementariedad, no habiendo apenas espacio de actuación para aquélla en el caso de que el Estado en cuestión tenga por costumbre juzgar infracciones de envergadura. De todo ello se podría deducir que las jurisdicciones penales nacionales gozan de cierta superioridad. No obstante, algunos autores entienden que más que una relación de primacía, lo que realmente existe es una relación de tutelaje ejercida por la mencionada Corte sobre las jurisdicciones penales de los Estados que han firmado el Estatuto de Roma en la medida en que ésta deberá examinar la regulación y las actuaciones judiciales domésticas para averiguar si debe o no asumir la competencia de un caso –ello implica el reconocimiento implícito de la regla *aut dedere aut iudicare*–²².

Sea como fuere, lo que queda claro es que los Estados firmantes del Estatuto han optado finalmente por la aplicación del principio de complementariedad en lugar de inclinarse por la utilización del principio de jurisdicción universal. De algún modo, los defensores del primero creyeron que conciliaba “(...) los ideales de la preservación de la soberanía estatal y del establecimiento de una jurisdicción internacional penal permanente²³”.

Consecuentemente y a pesar de las dudas existentes durante

²² El principio *aut dedere aut iudicare* tiene como propósito fundamental garantizar que los autores de crímenes graves sean sometidos a la acción de la justicia por medio de la entrega del presunto culpable al Estado que solicite su extradición o mediante la apertura del juicio oportuno en el caso de que ésta no se autorice (salvo que prefiera transferirlo a un tribunal penal internacional en los términos que prevea su propio Estatuto). En definitiva, esta regla obliga al Estado –a cuya disposición se encuentra el culpable– a administrar justicia de un modo u otro.

²³ Cfr. MARCEL FERNANDES, J., *ob. cit.*, pp. 83 y 84. Algunos autores puntualizan que el principio de complementariedad se encuentra estrechamente relacionado con los criterios relativos a la “trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto” y a la “gravedad” de los crímenes contemplados en el Estatuto de Roma. Vid. LIROLA DELGADO, I., y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 113.



los trabajos preparatorios del Estatuto²⁴, se decidió que el principio de complementariedad era la mejor opción, ya que así la Corte no actuaría como contrincante de los tribunales de los Estados parte en el caso de haber optado –como se pensó en un principio– por una jurisdicción compartida, sino que intervendría como figura suplente en situaciones de clara inactividad de la justicia penal estatal.

Hemos acotado, pues, el particular y delimitado espacio de actuación jurisdiccional del que dispone la Corte. De una forma u otra, ésta se encuentra subordinada a que los Estados involucrados en la comisión de graves hechos delictivos hayan ratificado el Estatuto y a que dichos ilícitos no hayan sido objeto de investigación o enjuiciamiento estatal²⁵. Junto a ello hay que hacer hincapié en el hecho de que este tribunal prescinde de la valiosa herramienta jurídica de la justicia universal, lo que nos lleva a destacar la importancia que tiene que las legislaciones nacionales contemplen este fundamental instrumento jurisdiccional si lo que se desea es poner fin a la impunidad de las conductas que más ferozmente asuelan a la humanidad, puesto que a simple vista con la actuación de la Corte Penal Internacional parece que no es suficiente.

► LAS CONSECUENCIAS DE LA RENUNCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL A LA JUSTICIA UNIVERSAL

Es necesario traer de nuevo a colación el artículo 12 ya que –como hemos podido comprobar en el epígrafe anterior–la delimi-

²⁴ En un primer momento, los Estados formaron tres grupos que se erigieron como las tres posibles jurisdicciones a ejercitar en un futuro por la Corte: a) el grupo de los defensores de la justicia penal internacional, los cuales pretendían i) que la Corte tuviera jurisdicción automática sobre el conjunto de delitos que fuera a contemplar su Estatuto, ii) que fuera independiente del Consejo de Seguridad, iii) que el fiscal pudiera actuar motu proprio y iv) que contara con el apoyo de los Estados (de entre los miembros de este grupo Alemania actuó como líder indiscutible); b) el grupo de los defensores de la soberanía, los cuales manifestaron su interés en i) limitar los poderes del fiscal, ii) exigir un consentimiento específico por parte de los Estados en cada uno de los casos, iii) rechazar la participación del Consejo de Seguridad, iv) incluir el delito de agresión y v) apoyar al principio de complementariedad (India y Pakistán fueron los líderes principales de esta agrupación); y c) el grupo de los defensores del Consejo de Seguridad (este grupo fue liderado, principalmente, por Estados Unidos y China). Vid. MARCEL FERNANDES, J., ob. cit., pp. 84 y ss.

²⁵ Hay muchas otras condiciones que lastran la actuación de la Corte. El artículo 124 establece, por ejemplo, un período de siete años –contados a partir de la fecha de entrada en vigor para el Estado que ratifica el Estatuto– en virtud del cual un Estado contratante puede suspender la competencia de ésta respecto de crímenes de guerra ocurridos en su territorio o imputables a sus nacionales. Además, la competencia sobre el crimen de agresión se encuentra todavía hoy pospuesto. Asimismo, se ha acordado la inaplicabilidad del Estatuto a crímenes cometidos con anterioridad a su entrada en vigor (artículo 11). De igual modo, en el caso de que un Estado haya firmado el Estatuto con posterioridad a su entrada en vigor, la Corte ejercerá su competencia únicamente respecto de crímenes cometidos tras la ratificación de ese nuevo Estado, salvo que acepte –mediante la declaración pertinente– la competencia de ésta sobre un crimen concreto anterior (artículo 11.2). Y, por último, la injerencia del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas muestra la desafortunada y excesiva dependencia de aquélla a la voluntad política de los Estados parte (artículo 16).



tación competencial de carácter *ratione loci* (principio de territorialidad) y *ratione personae* (principio de personalidad activa) que éste refleja ha llevado a algunos sectores doctrinales a afirmar que lo que pretende es “(...) atacar al principio de justicia universal aduciendo que si el Derecho penal reconociera tal principio, la competencia de la Corte debería ser también universal²⁶”. Sobre este extremo, algunos consideran que el abandono del principio de universalidad fue parte del precio que tuvo que pagarse para que fuera posible la aprobación del Estatuto de Roma²⁷. No obstante, otros se muestran más optimistas y afirman que el apartado tercero del referido artículo al incluir –como se sabe– la posibilidad de una declaración expresa de aceptación de competencia por parte de los Estados que no han ratificado el Estatuto, se extrae la premisa de que éste ofrece, al menos, soluciones adecuadas a situaciones plausibles, si bien es cierto que hace caso omiso al principio de justicia universal.

Marcel Fernandes critica la positiva visión anterior y afirma que “(...) muy difícilmente, un Estado renunciará a su prerrogativa de juzgar a sus propios nacionales o a los acusados de cometer crímenes dentro de su territorio en favor de la Corte Penal Internacional, en especial un país que no se haya adherido al Estatuto de Roma. Si un gobierno no quiere entablar juicio, no deseará que la CPI lo haga, salvo si ello le interesa políticamente²⁸”.

Según *Sánchez Legido*, la no inclusión del principio de universalidad en el Estatuto de Roma responde al simple hecho de que el marco competencial de tribunales internacionales y nacionales no son siempre cuestiones coincidentes²⁹. Ello no se traduce en una negativa de compromiso por parte de los Estados firmantes para con el mismo; de hecho, durante los trabajos preparatorios del Estatuto, una abrumadora mayoría se inclinaba a su favor. Resulta adecuado aclarar, además, que la ausencia de este título competencial en el citado instrumento normativo no es producto de la presión ejercida por los detractores de la Corte. En este sentido,

²⁶ Cfr. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Criterio de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional y Tribunales ad y la jurisdicción española: a vueltas con la justicia universal, REEL, nº 14, 2007, pp. 5 y 6.

²⁷ *Ibid.* Pág. 6

²⁸ Cfr. MARCEL FERNANDES, J., *ob. cit.*, pp. 129 y 130.

²⁹ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *ob. cit.*, pp. 138 y 139.



conviene sacar a relucir la estrategia ideada por Estados Unidos, la cual no se ha centrado en declarar la ilegalidad de dicha jurisdicción. De hecho, la oposición del citado país a atribuir una amplia competencia a la Corte “(...) parece basarse, más que en un rechazo a la jurisdicción universal en sí, en una negación de toda jurisdicción –universal o no– no sometida a su control³⁰”.

Por lo tanto, las restricciones competenciales de la Corte convierten al principio de universalidad en protagonista indiscutible en el ámbito de las legislaciones domésticas³¹. En definitiva, la vigencia del principio de jurisdicción universal en los ordenamientos jurídicos nacionales es absolutamente indispensable para la consecución del objetivo previsto en el Estatuto de Roma de no dejar espacio alguno a la impunidad de los delitos más graves. Así pues, no es posible que la invocación de aquél por jueces y magistrados nacionales se ponga en duda aduciendo la vigencia del citado Estatuto, puesto que aunque no lo menciona tampoco lo prohíbe –ni podría prohibirlo–. De esta manera, resulta paradójico que los gobiernos de los Estados parte determinen –como frecuentemente hacen– que la legislación nacional sobre graves crímenes queda relegada a un segundo plano en la medida en que la actuación de la Corte garantiza su persecución. Estos argumentos no deben engañarnos, ya que la jurisdicción universal en la normativa interna es una de las pocas estrategias a seguir cuando lo que se pretende es proporcionar justicia ante la comisión de ilícitos de envergadura. Consecuentemente, el principio de universalidad en las legislaciones nacionales es un elemento imprescindible si se desea llevar a buen puerto los compromisos asumidos por la comunidad internacional basados en salvaguardar los derechos humanos fundamentales. Sea como fuere, aunque la Corte no se rige por la justicia universal sí que induce, al menos, a los Estados a “(...) legislar, dentro de sus respectivos sistemas jurídicos nacionales, en lo versante a la tipificación, punición y establecimiento de jurisdicción de los *delicta iuris gentium*, gracias al carácter complementario de la Corte

³⁰ Ibid. Pág. 139

³¹ Algo parecido advirtió Garcés en su discurso pronunciado durante la ceremonia de entrega del premio de la fundación sueca Right Liveli Hood Foundation: “el Tribunal Penal Permanente aprobado en Roma en julio de 1998, cuya competencia será subsidiaria, o acumulativa, pero no sustitutiva de la de los Tribunales de Estado (...) requerirá la necesaria cooperación de los Estados y de sus órganos jurisdiccionales”.



respecto de las jurisdicciones penales nacionales³²”.

► ¿ES LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EFICAZ EN SU COMETIDO?

Tras verificar el articulado del Estatuto de Roma da la impresión que es un tanto optimista declarar –como hace su Preámbulo– que a través de la Corte se pretende dar castigo a los crímenes más graves cometidos desde su constitución. Como se ha podido comprobar, las limitaciones de este tribunal son más que evidentes, máxime cuando uno advierte que actúa única y exclusivamente en el caso de que los Estados no quieran o no puedan garantizar a los acusados el desarrollo de un juicio justo. Pero no sólo apreciamos esta notable cortapisa. Existen otras. Una de ellas se refiere a que el fiscal no actúa si no cuenta con la aprobación previa de los oportunos supervisores judiciales y, en ciertas ocasiones, un acusado no podrá ser condenado si el Estado al que pertenece por razón de su nacionalidad no ha ratificado el citado Estatuto. Al hilo de estas consideraciones, *Ferencz* –abogado norteamericano que intervino en el desarrollo de los juicios de Nüremberg– afirma que no sólo ha sido un error haber pospuesto la tipificación penal del delito de agresión a un plazo de tiempo excesivamente largo, sino que además se ha abogado por la incorporación del principio de irretroactividad al Estatuto, inaplicable, pues, a hechos ocurridos antes de su entrada en vigor³³.

Aunque lamentablemente son ciertas las anteriores limitaciones, es de justicia destacar otros datos que revelan rasgos positivos del Estatuto y, por ende, del funcionamiento de la Corte. Así, por un lado, ésta ostenta la autoridad máxima en materia de protec-

³² Cfr. SERVÍN RODRÍGUEZ, A., La internacionalización de la responsabilidad penal del individuo frente a la impunidad: el principio *aut dedere aut iudicare* como suplemento de los ordenamientos jurídicos nacionales; documento entregado para las ponencias del 30 de enero de 2004 sobre el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, pp. 5 y 6. A estos efectos, conviene recordar que: “(...) la CPI [no] pretende ser el sustitutivo de la intervención de las jurisdicciones nacionales en aplicación del principio de justicia universal y así lo confirma el principio de complementariedad que regula su relación con el resto de jurisdicciones concurrentes en la investigación y castigo de estos crímenes y por el cual la Corte intervendrá cuando un Estado con jurisdicción no quiera o no pueda intervenir (art. 17). (...) Así que la CPI no pretende ser prioritaria al resto de jurisdicciones sino todo lo contrario, complementarlas”. Cfr. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., ob. cit., pp. 7 y 8. En este orden de ideas, Quesada Alcalá afirma que existe una indudable compatibilidad entre el principio de justicia universal y el de complementariedad y, además, puntualiza que “(...) el principio de complementariedad tiene que aplicarse a cualquier Estado, Parte o no Parte en el Estatuto de Roma, sobre la base de cualquier vínculo jurisdiccional adoptado por su legislación nacional, incluida la jurisdicción universal”. Cfr. QUESADA ALCALÁ, C., La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 386.

³³ Vid. FERENCZ, B., *From Nuremberg to Rome...*, ob. cit.



ción de derechos humanos, ya que no existe una jurisdicción superior y, por otro, tiene la potestad de juzgar a los jefes de estado en ejercicio (protegidos ante los tribunales estatales por la inmunidad que su cargo les procura). Además, los crímenes que investiga no prescriben jamás. Consecuentemente, a pesar de las restricciones existentes, no es posible dejar de contemplar el Estatuto de Roma como un hito positivo, ya que su creación ha implicado dotar “(...) a un amplio número de países de un instrumento inestimable para la persecución y castigo de “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto³⁴”. Pero una cosa es destacar la importancia de la Corte y otra bien distinta es afirmar que ésta cumple con su propósito de proporcionar el adecuado castigo a los responsables de causar trágicos ilícitos que afectan al conjunto de la comunidad internacional.

Además, para saber si efectivamente la Corte es eficaz en su cometido no sólo conviene analizar sus limitaciones y carencias, sino que también es de gran utilidad escudriñar con detalle en qué consiste su motor de actuación: el principio de complementariedad. Este principio regulado en el artículo 17 del instrumento constitutivo de aquélla tiene su relevancia, especialmente si se tiene en cuenta la premisa –cierta– de que dicho tribunal no se ha erigido en ningún momento como un órgano judicial global destinado a juzgar cada uno de los graves crímenes que acontecen en el mundo³⁵. Por consiguiente, las ideas principales que se deducen del carácter complementario de la jurisdicción penal de la Corte son las siguientes: a) los tribunales domésticos deberán perseguir y castigar los actos ilícitos cuya competencia la Corte no pueda asumir o admitir por ser, desde su punto de vista, de escasa gravedad; y b) la actuación de aquélla será subsidiaria, puesto que únicamente actuará cuando los tribunales estatales decidan no juzgar los hechos . Obviamente, de conformidad con la consideración b), la interven-

³⁴ Cfr. DÍAZ PITA, P., Concurrencia de jurisdicción entre los tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional, REEI, nº 9, 2005, p. 1.

³⁵ Vid. KAUL, H-P., Peace through justice? The International Criminal Court in The Hague; discurso pronunciado durante las jornadas de Forum Museum de 2 de noviembre de 2009. Conviene señalar que la limitada actuación de la Corte ya se puso de relieve en la Conferencia de Roma cuando el entonces ministro de justicia argentino Granillo Ocampo afirmó que: “la Corte Penal Internacional debería tener competencia sobre aquellos pocos, pero gravísimos crímenes que ofenden a la conciencia universal en su conjunto”. Cfr. OCAMPO GRANILLO, R.; discurso pronunciado el 17 de junio de 1998, en Roma, con motivo de la creación de la CPI.



ción de este tribunal tiene un marcado carácter secundario que se traduce, como ya vimos, en que la Corte únicamente interviene cuando los Estados firmantes del Convenio de Roma no quieren o no pueden juzgar hechos delictivos graves. En cualquier caso, aunque la trascendencia de este artículo 17 es notable hay, sin embargo, sectores doctrinales que proclaman su irrelevancia, ya que sostienen que aquélla puede rechazar la jurisdicción nacional con facilidad debido a la poca precisión de sus términos. Concretamente, el párrafo segundo indica que la Corte deberá concluir si existe verdadera disposición de actuar por parte de los Estados y declarar, consecuentemente, la admisibilidad o no de un asunto. En este punto, añoramos una regulación más concreta que determine de forma más clara en qué casos la jurisdicción de este tribunal prevalece sobre la nacional. Así, nos parece acertada la pregunta que formula *García Ramírez* en relación con el apartado c) del mencionado precepto legal: “¿En qué fundamento seguro descansará la idea de que un proceso “no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial” (...)?”³⁷. *Marcel Fernandes* también destaca la poca claridad de la fórmula empleada por el Estatuto y argumenta que “(...) la presunción de imparcialidad del juicio estatal propuesta por el principio de complementariedad es inoportuna y peligrosa³⁸”. En cualquier caso, el artículo 17.2 –claro o no– prescribe las circunstancias que la Corte debe verificar para determinar si hay verdadera disposición de actuar por parte del Estado afectado. A diferencia del numeral 2, el 3 resulta algo más esclarecedor. Como acertadamente opina el autor citado, el análisis que la Corte efectúa en estos casos puede ir en contra de la voluntad del Estado a quien se le cuestiona el ejercicio de su jurisdicción. En tales circunstancias, éste puede decantarse por utilizar toda su energía para impedir, por ejemplo, que se descubra su empeño de conceder impunidad a los criminales, eliminando –si

³⁶ Vid. REMIRO BROTONS, A., et. al., ob. cit., p. 1.244.

³⁷ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma, AMDI, vol. IV, 2004, p. 169. De forma acertada, este autor esgrime que probablemente exista cierto grado de polémica cuando la jurisdicción nacional resulte más “indulgente” que la internacional, sin que de ello se deduzca necesariamente que en ese Estado se desea celebrar un juicio con el ánimo de facilitar la impunidad al agresor. Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S., ob. cit., pp. 169 y ss. Ello –desde nuestro punto de vista– se encuentra intrínsecamente unido al ejercicio de la función jurisdiccional de los Estados que, en algunos casos, puede mostrarse más beneficiosa para el reo.

³⁸ Cfr. MARCEL FERNANDES, J., ob. cit., p. 138.



lo considera oportuno– las pruebas relevantes a fin de hurtar a las personas en cuestión de su responsabilidad penal³⁹. Así las cosas, no nos cuesta trabajo imaginar que si finalmente la Corte asume la competencia en un asunto de tales características, la sentencia que pudiera dictarse sería duramente criticada por el Estado cuya intervención fue excluida.

Haciendo un análisis más profuso sobre el principio de complementariedad, parece adecuado afirmar que éste puede dar lugar a situaciones un tanto “molestas”. En primer lugar, debemos señalar los problemas que pueden surgir a la hora de garantizar un leal respeto hacia el referido principio a tenor de las dos fórmulas adoptadas –gracias a una propuesta norteamericana– a partir de las cuales se puede concluir la inadmisibilidad de un asunto por la Corte: por un lado, el artículo 19 del Estatuto establece un procedimiento de impugnación de la admisión a trámite de un caso por la Corte⁴⁰; y, por otro, el artículo 18 obliga al fiscal a notificar toda investigación no sólo a los Estados parte, sino también a aquellos otros que sin serlo podrían verse legitimados a conocer del caso de conformidad con su propia regulación⁴¹. En definitiva, ambas disposiciones pueden implicar un rechazo en rotundo de la intervención de aquélla cuando los Estados no lo deseen⁴². De todos modos, debemos indicar que –de conformidad con el artículo 21– la Corte podrá aplicar los Elementos del Crimen y sus Reglas de Procedimiento y Prueba con el objeto de realizar “(...) el examen de las cuestiones relativas a la complementariedad que agilice los trámites e impida los bloqueos⁴³”.

En segundo lugar, otro de los problemas que genera el principio de complementariedad es aquel relacionado con el de universal-

³⁹ Ibid. Pág. 140.

⁴⁰ El párrafo primero del artículo 19 dispone que: “La Corte se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas. La Corte podrá determinar de oficio la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17”. De este modo, es evidente que la Corte actúa sobre su propia competencia –dispone la compétence de la compétence–, por lo que no podemos sino mostrarnos conformes con la opinión de García Ramírez cuando afirma que la Corte “(...) también resuelve, consecuentemente, acerca de la competencia, la voluntad y la aptitud del Estado que podría reclamar el conocimiento, o que efectivamente lo demanda”. Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., ob. cit., p. 168.

⁴¹ Sobre la obligación del fiscal de tener que informar a los Estados se ha comentado mucho. Según algunos autores, ello puede dar lugar a que éstos rechacen la investigación de la Corte cuando hagan uso de las oportunas estrategias. Cfr. RATNER, S., Y ABRAMS, J., *Accountability for Human Rights atrocities in International Law*, 2ª edición, Oxford University Press, Reino Unido, 2001, p. 213.

⁴² Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., ob. cit., p. 311.

⁴³ Ibid. Pág. 313.



dad: sería todo un dilema si la actuación del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas impidiera el ejercicio de la competencia universal sobre ilícitos graves a un Estado cuando dicho organismo decidiese remitirlos a la Corte. En este sentido, creemos que el artículo 17 del Estatuto de Roma debería ser aclarado con el propósito de evitar ciertas incoherencias. Algunos consideran que la Corte debería rechazar la aplicación del principio de universalidad. Esta postura se vería reforzada si el artículo 17 incluyera que la mención del “Estado que tiene jurisdicción” no se refiere a los Estados que puedan actuar a través del principio de universalidad⁴⁴. Así, *Fuentes Torrijo* advierte sobre el riesgo de que “(...) las futuras enmiendas (...) respecto del tratado que crea a la CPI [Corte] se transformen en una instancia para limitar el desarrollo de los intereses básicos de la comunidad internacional⁴⁵”. Ello, como puede intuirse, contradice el contexto en el que la jurisdicción universal opera, la cual se configura como una respuesta de la opinión ciudadana que desea sancionar delitos de extrema gravedad. Por lo tanto, si la jurisdicción universal no sólo es un elemento imprescindible para la comunidad internacional, sino que además es producto de la voluntad de los pueblos, la Corte no puede erigirse como un instrumento dirigido a “acallar” las voces de aquéllos por muy loables que sean sus fines.

Así pues, es posible que se produzcan problemas de incompatibilidad entre el principio de universalidad y el funcionamiento de la Corte. En este sentido, cabría advertir, por ejemplo, la posibilidad de que un Estado orqueste, mediante jurisdicción universal *in absentia*, la paralización de la actuación de la Corte por motivos estratégicos. No hay duda de que un Estado podría solicitar la inhibición del fiscal y/o invocar la inadmisibilidad del asunto ante la Corte de conformidad con los propios parámetros que sostienen y conforman el principio de universalidad. De este modo, en el momento en el que el Estado parte denuncie la existencia de las referidas investigaciones en curso se producirá la automática paralización de la Corte⁴⁶. A estos efectos, *Sánchez Legido* argumenta que: “(...) si la aceptación de la jurisdicción universal *in absentia* se

⁴⁴ Vid. FUENTES TORRIJO, X., La jurisdicción universal y la Corte Penal Internacional, REJ, nº 4, 2004, pp. 133 y 134.

⁴⁵ Ibid. Pág. 134

⁴⁶ Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., ob. cit., p. 314.



basa en la necesidad de hacer frente a habituales situaciones de impunidad, su invocación de tal modo que se obstaculice el funcionamiento de la Corte bien podría interpretarse como una utilización de dicho principio *contra natura*, de forma incompatible con su objeto y fin y, por ello, como un uso irrazonable y abusivo⁴⁷”.

Pareciéndonos ciertas estas aseveraciones, una solución al problema que el principio de universalidad plantea consistiría en proponer la limitación del principio de complementariedad al territorio del Estado en el que acontecen los hechos graves, al Estado de la nacionalidad del presunto culpable y al de las víctimas y, quizá, al del Estado que ha procedido a la detención del presunto responsable. De esta forma, el principio de universalidad no sólo dejaría de contemplarse como un lastre en situaciones puntuales, sino que además la actuación de la Corte no se vería torpedeada por él. Por lo tanto, el mecanismo de complementariedad –tal y como está actualmente regulado en el Estatuto de Roma– resulta objetable, especialmente si se toma en consideración que aquélla es incapaz de solventar asuntos que recaen en territorios distintos de los Estados parte –como también lo es respecto de hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor–. Consecuentemente, prescindir del principio de universalidad no tendría ningún sentido. Discrepamos, pues, con la opinión de *Salinas Burgos* cuando afirma que con la creación de aquélla se puede “desterrar” el principio de la jurisdicción universal⁴⁸.

Sea como fuere, a pesar de las limitaciones y contradicciones de la Corte, su creación es un hecho trascendente. Tal y como opinan algunos autores, el hecho de haber sido constituida disuade de algún modo la perpetración de graves hechos delictivos. Es más, su valerosa actuación –aunque complementaria en relación con las jurisdicciones estatales competentes en función del lugar en el que acontecen los crímenes o de la nacionalidad de los sospechosos y de las víctimas– diluye los polémicos efectos que puede generar la utilización del principio de universalidad por los tribunales nacionales. De todos modos, su eficacia depende en gran parte de los

⁴⁷ Ibid. Pág. 318.

⁴⁸ Vid. SALINAS BURGOS, H., El principio de jurisdicción universal: ¿Lex Lata o Lex Desiderata?, RCD, nº 1, vol. 34, 2007, p. 117.



procedimientos de cooperación que prevean los Estados parte⁴⁹.

A modo de conclusión, creemos que es necesario realizar, una vez más, la idea de la Corte, ya que es a todas luces un importante avance en la protección de los derechos humanos, aunque pueda ser criticada por sus deficiencias y por su, en algunos casos, paradójica regulación. Como se ha visto, la importancia del principio de complementariedad es innegable en la medida en que resuelve una posible concurrencia de jurisdicciones con los Estados parte aunque también es cierto que su utilidad puede ser relativa, puesto que aunque suple las carencias de éstos, también es cierto que se revela en ocasiones insuficiente y poco consistente cuando hace frente a graves hechos delictivos que afectan a la comunidad internacional, ya que “los límites que le son impuestos [al poder de la Corte] por su carácter complementario (...) obstaculizan el ejercicio de su competencia, de modo que le impedirá alcanzar el objetivo anunciado en el Preámbulo del Estatuto de Roma de tener “competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto⁵⁰”. Este principio se muestra, pues, incapaz para alcanzarlos objetivos que la propia Corte se propone. Todo ello unido a sus limitaciones *ratione personae, materiae, temporis y loci*, no es más que un reflejo del escaso acuerdo o, mejor dicho, de la poca voluntad de los Estados reunidos en Roma de crear un auténtico órgano capaz de sancionar los ilícitos más graves y de impulsar y proteger la justicia, así como la paz de la comunidad internacional. Las palabras pronunciadas por *Ferencz* en la sala de

⁴⁹ Vid. REMIRO BROTONS, A., et al., ob. cit., p. 1.246.

⁵⁰ Cfr. MARCEL FERNANDES, J., ob. cit., pág. 140. El autor consciente de la ineficacia del principio de complementariedad pone de relieve las posibles ventajas de otros sistemas de atribución de competencia. En un primer momento aborda el mecanismo de la jurisdicción exclusiva. Bajo su punto de vista las ventajas serían las siguientes: a) la Corte se convertiría en un órgano sólido y estable, b) los acusados recibirían el mismo tratamiento, es decir, los sospechosos tendrían el mismo status jurídico, c) la lucha contra la impunidad ya no correspondería a los Estados, d) el principio de universalidad sería aplicable únicamente por la Corte y e) no habría cabida para manipulaciones políticas. Las consecuencias negativas serían las siguientes: a) la fuerza de la Corte menguaría si no pudiera investigar todas las posibles violaciones de su ámbito competencial, b) el trato jurídico igualitario dependería de que los jueces interpretarán y aplicarán la ley del mismo modo, c) en caso de que la Corte no pudiera investigar todos los hechos delictivos que se le remitieran no contaría con la ayuda de los tribunales nacionales, d) la aplicación del principio de universalidad con carácter exclusivo por parte de la Corte mermaría su posible aplicación ante otro tipo de circunstancias y e) la oposición de los Estados a la actuación de la Corte implicaría una reducción de la necesaria cooperación estatal. Marcel Fernandes contempla otra posibilidad: que la intervención de aquella sea una sistema de jurisdicción de segunda instancia. Este sistema cuenta con la pega de que los Estados podrían rechazar el poder de revisión de la Corte pero, por otro lado, dejarían de tener sentido los juicios simulados. Asimismo, sostiene la posibilidad de que algún día la jurisdicción de la Corte sea concurrente con la intención de que pueda erigirse como un mecanismo viable para cumplir con los objetivos previstos en su Estatuto -tal y como se ha visto en la celebración de los juicios para la ex Yugoslavia y Ruanda-, además, significaría que los tribunales penales nacionales y ésta actuarían conjuntamente, lo que sería siempre positivo para la lucha contra la impunidad. Vid. MARCEL FERNANDES, J., ob. cit., pp. 166 y ss.



justicia donde tuvieron lugar los célebres juicios de Núremberg – repetidas por *Cassese* el 18 de septiembre de 1997–, constituyen el alegato de quienes consideran que la creación de la Corte ha sido y es un elemento disuasorio, dirigido a prevenir la comisión de actos de agresión y otros crímenes contra la humanidad: “Los acusados en el banquillo fueron los verdugos crueles cuyo terror escribió la página más negra de la historia humana. La muerte era su herramienta y la vida su juguete. Si estos hombres quedan impunes, entonces la ley ha perdido su significado y el hombre debe vivir con miedo⁵¹”. No obstante, estas palabras que debieron quedar impresas en las mentes de quienes participaron en la Conferencia de Roma, o incluso antes, lo fueron, desafortunadamente, como uno de esos tatuajes estivales que el tiempo y el agua borran sin dificultad. Como se ha podido comprobar, la admiración por la Corte, que nació con multitud de limitaciones, ha ido decayendo a medida que se ha mostrado incapaz de poner fin a muchos de los abusos cometidos por el hombre⁵².

⁵¹ Cfr. FERENCZ, B., *International Criminal Courts: The Legacy of Nuremberg*, PILR, 1998, p. 215.

⁵² En cualquier caso, no hay que olvidar que la Corte no fue creada para perseguir cada uno de los crímenes graves que se producen en el mundo. Ésta no es por el momento la misión que le ha sido encomendada. Sin embargo, sabiendo su auténtico cometido y habiendo analizado su principal instrumento legal -el Estatuto de Roma-, debemos ser conscientes, a estas alturas, de que son muchos los obstáculos que recaen sobre su limitado poder jurisdiccional. Respecto de todas sus limitaciones, Kaul indica que hay que tomar en consideración la cuestión relativa a su nulo poder de ejecución, así como el relevante hecho de que no dispone de soldados que le ayuden a llevar a buen término los compromisos adquiridos por medio del referido Estatuto. Ello, a su modo de ver, le hace depender aún más, si cabe, de la voluntad política de los Estados parte. Vid. KAUL, H-P., *ob. cit.*, p. 6.

**BIBLIOGRAFIA**

- DÍAZ PITA, P., Concurrencia de jurisdicción entre los tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: arts. 8 y 9 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional, REEI, nº 9, 2005.
- DIDEROT PAULINO, V., Política Norteamericana en relación a la Corte Penal Internacional, COLADIC, vol. 30, 2007.
- ESPOÓSITO, C., Shrinking Universal Jurisdiction, European Society of International Law, 2010.
- FERENCZ, B., From Nuremberg to Rome: A Personal Account, 2004.
- FERENCZ, B., On President Obama's Nobel Speech, 2009.
- FERENCZ, B., International Criminal Courts: The Legacy of Nuremberg, PILR, 1998.
- FERNÁNDEZ LIESA, C., Globalización, humanidad y orden internacional, Revista Occidente, nº 221, 1999.
- FUENTES TORRIJO, X., La jurisdicción universal y la Corte Penal Internacional, REJ, nº 4, 2004.
- GARCÍA MARTÍNEZ DE MURGUÍA, P., Esma: Justicia al fin, La Vanguardia, 24 de julio de 2006.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma, AMDI, vol. IV, 2004.
- KISSINGER, H. A., The Pitfalls of Universal Jurisdiction, Journal of Foreign Affairs, nº 4, vol. 80, 2001.
- LIROLA DELGADO, I., y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad, Ariel, Barcelona, 2001.
- LOWENFELD, A., RUTSEL, M., PUTTLER, A. y OTROS, Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice, MEESEN, K. M. (Ed.), Kluwer Law International, Reino Unido, 1996.
- MARCEL FERNANDES, J., La Corte Penal Internacional, Reus, Madrid, 2008.
- QUESADA ALCALÁ, C., La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- RATNER, S., Y ABRAMS, J., Accountability for Human Rights atrocities in International Law, 2ª edición, Oxford University Press, Reino Unido, 2001.
- REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R.M., Díez-Hochleitner, J., Orihuela Calatayud, E., y Pérez-Prat Durbán, L., Derecho Internacional, REMIRO BROTONS, A. (Dir), Mc Graw Hill, Madrid, 2007.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Criterio de resolución de conflictos entre la Corte Penal Internacional y Tribunales ad hoc y la jurisdicción española: a vueltas con la justicia universal, REEI, nº 14, 2007.
- SALINAS BURGOS, H., El principio de jurisdicción universal: ¿Lex Lata o Lex Desiderata?, RCD, nº 1, vol. 34, 2007.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., Jurisdicción universal penal y Derecho internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SERVÍN RODRÍGUEZ, A., La internacionalización de la responsabilidad penal del individuo frente a la impunidad: el principio aut dedere aut iudicare como suplemento de los ordenamientos jurídicos nacionales; documento entregado para las ponencias del 30 de enero de 2004 sobre el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados.

●●●●●●●● PALABRAS CLAVE:

Justicia Universal, Graves Crímenes, Corte Penal Internacional, Principio de Complementariedad, Justicia Doméstica.

●●●●●●●● KEYWORDS:

Universal Justice, Relevant Crimes, International Criminal Court, Complementarity Principle, Domestic Justice.



“El Control de Convencionalidad y su aplicación por el Ministerio Público”

Ana Carolina Frutos Navarro ¹

► SUMARIO

*El Control de Convencionalidad es una denominación un tanto reciente en el ámbito jurídico, pero de mucha importancia, ya que consiste en una herramienta con la función de insertar en la normativa jurídica interna disposiciones internacionales. Esto resulta de las creaciones de normativas jurídicas internacionales en colaboración con los diferentes Estados firmantes, que al ratificar estos cuerpos jurídicos se obligan a cumplirlos mediante el sistema judicial interno, y que exista una armonización en dicho proceso. Por tanto, el solo conocimiento de esta herramienta importa ventajas, ya que es esencial para cualquier ciudadano conocer sus derechos y obligaciones, más aún para quienes hacen al sistema judicial paraguayo, en este caso una de ellas, la **función fiscal**, quienes, como operadores de justicia deben actualizar sus conocimientos en la materia tanto a nivel nacional como internacional, y tener en cuenta que para llevar a cabo un trabajo correcto, eficiente y ajustado a derecho, se debe tener una base sólida sobre derechos humanos y el Control de Convencionalidad, en relación a los hechos punibles de acción penal pública y el desarrollo de su investigación.*

► ABSTRACT

The Control of Conventionality is a rather recent name in the legal area, but very important, since it consists of a tool with the function of inserting into international legal regulations international provisions. This results from the creation of international legal regulations in collaboration with the different signatory States, which, when ratifying these legal bodies, are obliged to comply with them through the internal judicial system and that there is harmonization in this process. Therefore, the only knowledge of this tool matters advantages, since it is essential for any citizen to know their rights and obligations, more so for those who make the Paraguayan judicial system, in this case one of them, the fiscal function, who, as opera-

¹ Paraguaya. Actualmente cursando el 12° semestre (Sexto Año) de la carrera de Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Promedio 4.00. Dactilografía en el Academia Ideal. 2004. Título de Dactilógrafo. Participante en el equipo de Concurso de Arbitraje – Moot Viena 2016.



tors of justice must update their knowledge on the subject both nationally and internationally, and take into account that in order to carry out a correct, efficient and law-abiding work, it must have a solid base on human rights and Conventional Control, in relation to the punishable acts of public criminal action and the development of its investigation.

► MARCO TEÓRICO

El Ministerio Público es el representante de la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado, y por medio de los funcionarios, como los agentes fiscales, funcionarios designados y de sus órganos auxiliares, tiene como objetivo dirigir la investigación de los hechos punibles y promover la acción penal pública, con este propósito realizar todos los actos necesarios para preparar la acusación si corresponde y participar del procedimiento según lo establece la normativa penal vigente.

Por tanto, se debe garantizar que los operadores de justicia del Ministerio Público, conozcan y tengan en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos, que son derechos fundamentales y los incluyan en su trabajo investigativo, llevando a cabo un ejercicio de aplicación de la ley o norma más protectora de los derechos humanos con relación a las causas penales en investigación.

Entonces hablamos del “control de convencionalidad”, como un concepto que ha sido desarrollado jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que supone el ejercicio o mecanismo de comparación que se hace entre el derecho interno y el derecho supranacional, y que tiene que llevarlo a cabo el Ministerio Público y también deben hacerlo los tribunales nacionales con el propósito de darle efecto útil a las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los casos concretos reflejados en las carpetas fiscales y expedientes judiciales.

Tal y como se aprecia de la evolución conceptual del control de convencionalidad, este no solo representa una opción para los operadores de justicia, sino una obligación *ex officio*, es decir una virtud en cuanto al cargo u oficio que se desempeña, como es el caso del Ministerio Público en cuanto a su labor investigativa, y que también corresponde a los jueces y órganos vinculados a la



administración de justicia en todos los niveles e incluso, a toda autoridad pública, incluyendo a diferentes instituciones públicas abocadas a tal labor.

También debemos focalizarnos en aquellas cuestiones relacionadas con las obligaciones de los operadores de justicia, en cuanto a la vinculación existente entre la normativa internacional y las decisiones de los órganos de control, así como las medidas adoptadas para cumplir con los parámetros internacionales en la materia, significando esto entender que el Ministerio Público como órgano extra poder, encargado de la representación de la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado debe adecuar su labor en pos de obtener un nivel de trabajo ajustado a otras instituciones internacionales con la misma tarea, unificando de tal manera normativas, políticas de actuación y trabajo, organización de la institución, entre muchos otros ámbitos de mucha relevancia, para dar cumplimiento a un gran deber como es la representación de la calidad a la ciudadanía, el servicio correcto y eficaz por parte de los operadores de justicia, buscando con ello dirigir en forma justa las investigaciones y tener los resultados ajustados a derecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido al control de convencionalidad como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional con relación al derecho interno vigente de los diferentes estados, en este caso el derecho internacional de los Derechos Humanos y sus fuentes al ordenamiento vigente de nuestro país².

Desde el punto de vista del Derecho Internacional las leyes nacionales son simples hechos, son manifestaciones de la voluntad y de la actividad de los Estados, del mismo modo que las decisiones judiciales o las medidas administrativas, también son manifestaciones de voluntad que conllevan dos aspectos, un aspecto negativo y también uno aspecto positivo; lo negativo es que no se podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de los tratados internacionales correspondientes, y en el aspecto positivo, el Estado está en la obligación de implementar las medidas adecuadas para cumplir con las normas

² Manual auto formativo sobre Control de Convencionalidad, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José – Costa Rica, 2015.



internacionales de derechos humanos ratificados por cada Estado.

Normalmente, la propia Carta Magna del Estado, establece la jerarquía de las fuentes del Derecho Internacional dentro del Derecho Interno, y generalmente son las siguientes;

- a) rango supraconstitucional,
- b) rango constitucional,
- c) rango supralegal y
- d) rango legal.

- **En cuanto al rango supra legal:**

Artículo 137^o de la Carta Magna de la República expresa que “La ley suprema de la República es la Constitución, Esta los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”,³

Artículo 141^o “Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Art. 137”,⁴

Artículo 45^o “De los derechos y garantías no enunciados, la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”.⁵

El desarrollo del control de convencionalidad plantea nuevos y demandantes desafíos a las jurisdicciones internas latinoamericanas. La estimulación de relaciones sinérgicas entre éstas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la paulatina construcción de diálogos críticos entre ambos órdenes jurisdiccio-

³ Constitución de la República del Paraguay, El Foro, Asunción, 2014.

⁴ Constitución de la República del Paraguay, El Foro, Asunción, 2014.

⁵ Constitución de la República del Paraguay, El Foro, Asunción, 2014.



nales, puede facilitar el descubrimiento de caminos idóneos para optimizar la protección multinivel de los derechos fundamentales, que son expresión directa de la dignidad humana.

En particular, el Ministerio Público, órgano extra poder de la República, cuenta con autonomía funcional y autarquía financiera, y tiene como objetivo principal según expresa el Art. 266 de nuestra Carta Magna **“representar a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado, gozando autonomía funcional y administrativa en el cumplimiento de sus deberes y atribuciones”**; y por otra parte, la ley orgánica de la institución le confiere las funciones principales de **“velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales, promover la acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas”**⁶; por ende, tanto por mandato constitucional como por mandato legal el Ministerio Público debe **respetar y garantizar los derechos humanos**, ya que resulta un organismo fundamental en la efectivización de estos derechos fundamentales a la protección judicial y al debido proceso.

El deber y la obligación del Ministerio Público en tal sentido es, actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar violaciones de derechos que configuren hechos punibles de acción penal pública, al igual que también sobre derechos humanos, y asegurar a la ciudadanía en general recursos judiciales simples y concretos ante denuncias de delitos o crímenes. Para esto el sistema interamericano de derechos humanos cumple un rol fundamental como guía para la adopción de mecanismos de control y políticas institucionales aplicadas por la institución, siendo el principal órgano investigativo sobre hechos punibles que violan de cualquier manera derechos humanos dentro del Ministerio Público la Unidad Especializada en Derechos Humanos, que cuenta con una fiscalía adjunta que tiene como labor principal elaborar esquemas de trabajo estratégicos enfocados en la lucha contra los hechos punibles que atenten los derechos humanos, esto se lleva a cabo en armonización con las políticas institucionales de la

⁶ Constitución de la República del Paraguay, El Foro, Asunción, 2014.



Fiscalía General del Estado, teniendo como competencia exclusiva los siguientes hechos punibles, contemplados en nuestra Carta Magna y también en instrumentos internacionales ratificados por la República:

- Desaparición forzosa (Artículo 236).
- Lesión corporal en el ejercicio de las funciones públicas (Artículo 307).
- Coacción respecto de declaraciones (Artículo 308).
- Tortura (Artículo 309).
- Persecución de inocentes (Artículo 310).
- Ejecución penal contra inocentes (Artículo 311).
- Violación del secreto de correo y telecomunicaciones (Artículo 317).
- Genocidio (Artículo 319).
- Crímenes de guerra (Artículo 320)⁷.

Las funciones de las tres Unidades Especializadas de Derechos Humanos son proponer al Fiscal General del Estado políticas institucionales relacionadas a los hechos punibles que lesionen derechos humanos y las mejoras para implementar en esta área, teniendo en cuenta los tratados internacionales ratificados por la República y los parámetros indicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención sobre la abolición del trabajo forzoso, los cuatro Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, y muchos de estos instrumentos internacionales exigían en su contenido a cualquier Estado que ratifique a crear el órgano operativo correspondiente para la presentación de informes sobre la situación de los derechos protegidos en los tratados respectivos, además de poder recibir denuncias individuales, luego de haber agotado las demás instancias.

Es así, como se va aplicando y concretando el control de convencionalidad por un país, a través de la ratificación de instrumentos internacionales, la adopción interna de las exigencias del

⁷ Resolución F. G. E. N° 2446 de fecha 13/06/2014.



mismo, y el funcionamiento y control correspondiente entre todas las instituciones involucradas para cumplir verdaderamente con la misión propuesta a nivel Estado y también a nivel internacional.

Se debe tener en cuenta además, el marco al cual se apunta llegar, por ello la institución emprendió un proceso para adecuarse a las necesidades tanto nacionales como internacionales exigidas en la convivencia interestatal dada desde los años 1900 en adelante, siendo en nuestro país un proceso paulatino, pero actualmente significa en muchos ámbitos una realidad, tanto en las mínimas como máximas condiciones a ser cumplidas, por ejemplo, con la capacitación a funcionarios, reestructuración interna de las diferentes instituciones que llevan adelante la labor judicial, realizando informes por parte de la dirección de asuntos internacionales del gabinete ejecutivo del Ministerio Público a quienes corresponda, con el fin de fortalecer a la institución no solo en hechos punibles en menor escala en cuanto a la organización, sino también en aquellos hechos punibles a mayor escala, como la lucha contra el crimen organizado, crímenes de lesa humanidad, entre otros, haciendo posible que la mayor cantidad de habitantes obtengan el acceso a la justicia y el respeto ineludible a los derechos fundamentales. Por ello la institución cuenta con unidades especializadas como, la de Derechos Humanos ya mencionado anteriormente, con competencia exclusiva y órganos especializados para cumplir con su misión.

Por tanto, es esencial el fortalecimiento del Ministerio Público como protagonista en la promoción de la actuación de justicia en la protección de los derechos humanos, derechos fundamentales, y esto se debe reflejar en la postura que asume ante hechos social- jurídico relevantes en la actualidad y un plan de trabajo a largo plazo, para poder ver con el paso del tiempo los objetivos logrados, ya que se debe entender también que nuestro país cuenta con 206 años de vida independiente, y eso es un factor importante que determina el porqué del estado del proceso de democratización de sus instituciones, siendo la Constitución de 1992 el punto de partida para el avance del sistema de administración de justicia penal, basándose principalmente en un sistema oral y acusatorio, con principios y garantías de un Estado de Derecho.



En conclusión, llevando un análisis acabado de todo lo expuesto, podemos manifestar que una definición al control de convencionalidad sería una herramienta o mecanismo para la correcta subsunción de lo que dicta el derecho internacional ratificado por nuestro país al derecho interno vigente según corresponda.

Por tanto, quienes asumen un rol principal en cuanto a su aplicación los órganos jurisdiccionales de cada Estado, al igual que el Tribunal Interamericano según corresponda, es decir los agentes fiscales deben tener muy presente la normativa internacional vigente para llevar a cabo las investigaciones de las causas penales abiertas, y también los jueces locales en cada expediente judicial a su cargo.

En la práctica, podríamos tomar de ejemplo la labor llevada a cabo por las unidades especializadas de Derechos Humanos, que en cada carpeta fiscal, quienes están a cargo del impulso de la investigación deben tener presente en forma categórica lo que dictan los instrumentos internacionales en consonancia con el orden jurídico vigente en el país, para llevar adelante cada etapa del proceso penal.

Por ello, es importante la actualización constante en cuanto a capacitación a nivel internacional, la necesaria reestructuración para una labor de calidad y eficaz, la aplicación a nivel nacional de políticas institucionales con relación al control de convencionalidad.

- **Planteamiento del Problema:**

¿Cómo se aplica el Control de Convencionalidad dentro de la investigación fiscal de hechos punibles de acción penal pública?

- **Preguntas de Investigación:**

1. ¿Qué es el Control de Convencionalidad?
2. ¿Quiénes aplican el Control de Convencionalidad?
3. ¿Cómo se aplica las normativas internacionales en la investigación de Hechos Punibles por parte del Ministerio Público?

- **Objetivo General:** La aplicación del Control de Convencionalidad



dentro de la investigación fiscal de hechos punibles de acción penal pública.

- **Objetivos Específicos:**
 1. Entender el significado actual del Control de Convencionalidad.
 2. Conocer quiénes aplican el Control de Convencionalidad.
 3. Aplicar el Control de Convencionalidad en la investigación de Hechos Punibles por parte del Ministerio Público.

BIBLIOGRAFIA

- Constitución de la República del Paraguay, El Foro, Asunción, 2014.
- Estructuras y manuales de Funciones, Ministerio Público, Asunción, 2010.
- Ley Orgánica del Ministerio Público N° 1564/2000.
- Manual auto formativo sobre Control de Convencionalidad, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José – Costa Rica, 2015.

●●●●●●●● **PALABRAS CLAVE:**

Control de convencionalidad, normativa jurídica interna, disposiciones internacionales, normativas jurídicas internacionales, sistema judicial interno.

●●●●●●●● **KEYWORDS:**

Control of convention, domestic legal regulations, international provisions, international legal regulations, internal judicial system.





Una nueva perspectiva dogmática desde la autoría mediata en aparatos organizados de poder El dominio del hecho desde el Sistema Penal Paraguayo

Mgrtr. Ubaldo Matías Garcete Piris¹

► SUMARIO

Cuando hablamos de la autoría mediata en aparatos de poder bajo el influjo de la responsabilidad o de una organización. Debemos precisar lo que implica la responsabilidad penal individual de altos dirigentes con bastón de mando, puesto que a través de ello, se genera la modalidad de la autoría mediata en aparatos organizados con dominio del hecho.

Esto no es para nada nuevo, y menos para el Prof. Dr. Claus Roxin, quien ha considerado dicha teoría desde la perspectiva del dominio del hecho final, y que tal variable lo posee quien se encuentra detrás del –autor inmediato–. Lo que será desarrollado en sus puntos característicos en la presente investigación jurídica.

Ciertamente, cuando necesitamos armar un caso, antes precisamos de víctimas y sujetos autores de hechos punibles, y estos últimos son los que surgen desde que se puede inferir que objetivamente poseía cierto dominio y que subjetivamente infería en el dolo o la culpa. Ahora bien, me compete detallar y apreciar con esbozos personales, desde una apreciación en la Dogmática Penal, y más precisamente tomando en consideración la normativa paraguaya, y los aparatos organizados en los últimos años en nuestro país.

Dentro de los postulados que serán desarrollados, podremos notar que ésta autoría mediata responde a un notable y muy discutido modelo ante la necesidad de incorporar responsabilidades a aquellas personas situadas detrás, y que han generado un mandato imperativo para la efectivización de un hecho desaprobado.

► ABSTRACT

When we speak of mediate authorship in power apparatus under the influence of responsibility or an organization. We must specify what the

¹ Abogado egresado de la Universidad Nacional de Asunción. Magister en Ciencias Penales “Summa Cum Laude”, por la Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Docencia Superior Universitaria por la Universidad Nacional de Asunción. Defensor Público en el Fuero Penal de la Ciudad de Asunción. Docente Titular de Legislación Nacional Aplicada en Isepol. Trainer en Alliance for Integrity – Programa DEPE-.



individual criminal responsibility of senior leaders with a baton of command implies, since through this the mode of mediate authorship is generated in apparatus organized with mastery of the fact.

This is not new at all, least of all for Prof. Dr. Claus Roxin, who has considered this theory from the perspective of mastery of the final event, and that such a variable is possessed by whoever is behind the “immediate author”. What will be developed in its characteristic points in the present legal investigation.

Certainly, when we need to arm a case, we first need victims and subject perpetrators of punishable acts, and the latter are those that arise since it can be inferred that objectively possessed some domain and subjectively inferred in fraud or guilt. Now, it is my duty to detail and appreciate with personal sketches, from an appreciation in the Penal Dogmatic, and more precisely by taking into consideration the Paraguayan norms, and the apparatuses organized in the last years in our country.

Within the postulates that will be developed, we can note that this mediate author responds to a remarkable and much discussed model in view of the need to incorporate responsibilities to those people behind, and who have generated an imperative mandate for the effectiveness of an act disapproved.

► INTRODUCCIÓN

Análisis desde la problemática doctrinal del dominio de la voluntad a través de los -Aparatos Organizados de Poder.

Al iniciar un exhaustivo análisis respecto al pronunciamiento de la doctrina en relación a las distintas formas de participación, y en este punto, desde una mayor perspectiva de la denominada -autoría mediata-. Una problemática trascendental que podríamos observar, sería a partir de lo que refiere a la responsabilidad penal de los sujetos autores de un injusto.

Ante el estudio de esta doctrina, considero que nos permitirá analizar la conducta delictiva de aquellos que obran mediante una organización criminal -jerarquizada-, y en qué medida deberían ser considerados como autores, como también la discusión que surge con respecto a los pensamientos de otros autores al distinguirlos como coautores, e inclusive hay quienes consideran que es-

tos sujetos sólo deberían responder como meros partícipes.

Cuando nos adentramos a la normativa penal paraguaya, surgen varias dudas que se podrían matizar en las siguientes preguntas ¿cómo debe interpretarse la figura de la autoría mediata dentro de la Ley 1160/97 y su modificatoria por Ley 3440/08? ¿Cómo se podrían aplicar las formas reconocidas por la doctrina extranjera que tratan a la autoría mediata? ¿Cuál es la responsabilidad penal de aquellos sujetos que se encuentran alejados de los actos materiales (ejecutivos) pero que aun así mantienen una posición de dominio de los hechos como consecuencia de su posición jerárquica (organización policial o militar)?.

El Maestro *Franz Von Liszt*, hace una separación entre dos grandes grupos de delitos; los que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de la colectividad o estatales y los que son contrarios a los bienes jurídicos individuales o personales. Desde la determinación a través de la parte especial del derecho penal con las características específicas de cada hecho punible (crimen o delito) y el marco de la pena correspondiente. Y ante la subsunción de la conducta estudiada desde la llamada Parte General, conforme a las disposiciones y exigencias que tienen validez para todos los delitos, tales como la antijuricidad y la reprochabilidad, articulando al mismo tiempo la calidad de autoría o participación del sujeto activo.

La autoría mediata surge para limitar las graves consecuencias del concepto restrictivo de autor y de la accesoriedad extrema. En el primer caso, porque el autor sólo lo era quien de manera inmediata cometía el hecho punible y, por consecuencia, la intervención mediata era considerada participación. En el segundo, porque cuando el autor era inculpable, se aplicaba la accesoriedad extrema, también era impune el partícipe, “de manera que, como afirma Welzel, parecía, pues, necesaria la figura jurídica independiente de la autoría mediata, para el caso de utilización de otro hombre con el objeto de efectuar la acción típica...”².

Los Penalistas del nuevo siglo, observan en el sentido del grado de articulación de la conducta con un apoyo de la denominada -autoría mediata- cuyo origen sistemático inicia con Cristoph Carl

² Welzel, Hans, Derecho Penal alemán, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1993, p. 122.



Stübel en la primera mitad del siglo XIX. Ahora bien, analizando varias obras literarias, encontramos una mayor explicación desde la apreciación del Jurista Alemán Claus Roxin, quien en 1963 a través de su obra “Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal” ha generado la importancia del origen, concepto y naturaleza jurídica de la misma. La variante que en algunas circunstancias podrían concatenar perfectamente con las apreciaciones de la relación fáctica.

Históricamente, el concepto propio de -autoría mediata- se reconoce desde su apreciación en el Código Penal alemán de 1871, en el cual se distinguía entre autor, cómplice e instigador; es decir, tal y como nuestro actual código penal paraguayo lo viene haciendo. Ahora bien, la denominación que se habría establecido en la normativa alemana, siguió un concepto restrictivo de autor, ya que sindicaba al autor, como el sujeto que realiza la acción típica de propia mano. Pero, ínterin en la dogmática Francesa se sentaba la postura de que para que se configurara la punibilidad del partícipe, se subsume directamente cuando ya el hecho es típico y antijurídico, mientras que el código alemán reconocía la calificación del tipo como autor principal, cuando dicha conducta haya sido típica, antijurídica y además, culpable. La puesta en escena del autor mediato se genera a los efectos de subsanar ciertas falencias en el derecho penal alemán (p.ej. el hecho de instigar a un menor que sería inimputable para la ejecución del injusto, y quedaría como un hecho impune, ya que el sujeto no puede ser autor por no realizar por sí mismo la conducta ilícita); ante ello, la determinación en sustentar la figura de la autoría mediata que fue perfeccionándose a través de las responsabilidades penales de los mediadores en el régimen nazi, y que desde la puesta en escena de ésta teoría de participación, se ha formado postura ideal con respecto a los -aparatos organizados de poder- (reprochabilidad del sujeto de atrás).

La evolución se ha dado en forma progresiva en la dogmática internacional, como ya mencione, a raíz de los casos paradigmáticos que dificultaban a los estudiosos del derecho penal, tanto en el campo teórico y práctico en lo que refiere a la responsabilidad, la determinación y principalmente desde la delimitación de la autoría.

Otro presupuesto objetivo que dio lugar a la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados fue la “desvinculación” o “apartamiento” del Derecho. Identificando a este último como un sistema u ordenamiento jurídico representado por un conjunto coordinado de normas³ generales y positivas que regulan la vida social⁴. El Estado, como comunidad, define un orden normativo. Este orden normativo sólo puede ser un orden jurídico, aquel que comúnmente se relaciona como el “Derecho del Estado” o el “Derecho nacional”⁵. Como advierte Roxin, en estos casos, “el aparato funciona como una totalidad por fuera del orden jurídico”⁶.

Considero acertadas las palabras del Maestro Claus Roxin, al mencionar que aquellos que rechazan una autoría mediata, sólo abogan por la coautoría o por la inducción y no lo hacen basándose en la especial fuerza persuasiva de sus propias suposiciones, sino como una especie de recurso de urgencia. Pues, consideran que admitir una autoría mediata, sería una decisión irrevocable de la autoría y que no podría existir un autor mediato detrás de un autor plenamente responsable, así cuando el autor del hecho, como por ejemplo “los tiradores del muro de Berlín” como titulares del dominio del hecho fueran plenamente responsables, y se responsabilizarse como autor, pues para ellos sería inimaginable atribuir simultáneamente el dominio del hecho al sujeto de detrás; en tal medida, un autor de detrás del autor constituiría una construcción jurídica inejecutable, lo cual decae por su errónea interpretación.

Entonces, bajo una reflexión personal, clarifico que la autoría en principio se entendía como aquella participación del resultado buscado bajo motivaciones propias y que omitía el alcance del actuar de quien controlaba en algunos casos -la voluntad-, y por ello, considero que se ha dado un paso importante a nivel doctrinal, para visualizar también al ejecutor de atrás e imprimir sanción por la responsabilidad directa y no sólo a quien ejecuta materialmente el injusto penal.

³ Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*, Editorial Themis. Bogotá, 1999, página 141.

⁴ Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Novena Reimpresión, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 2005, página 46.

⁵ Kelsen, Hans. *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Editorial Grijley, Lima, 2001, página 55.

⁶ Roxin, Claus. *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*, 1985, página 407.