



► LINEAMIENTOS DE LA AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS DE PODER. RESPONSABILIDAD PENAL

Desde la terminología del autor mediato, debemos comprender que no resulta una cuestión ajena al Dominio del hecho en relación causal a los hechos desaprobados. La discusión real surge de una -imputación- por un hecho delictivo, que no sólo se hace en contra de quien materialmente inicio la ejecución de la conducta, sino también puede ser adecuado a aquellos que sin haber intervenido en carne y hueso; es decir, no lo han realizado de mano propia, pero aun así existía un dominio del hecho en cuestión.

Para varios autores, la autoría mediata se genera ante la restricción de los resultados que se dan desde las consecuencias del concepto restrictivo de autor, puesto que, si observamos la normativa penal paraguaya conforme lo menciona el Art. 29 del Código Penal<sup>7</sup>, en donde nos refiere sobre la autoría de manera inmediata y también la del hombre instrumento.

En ciertas normativas, la conducta mediata era considerada como -participación-. Hasta en ciertos aspectos dogmáticos dicho autor era inculpable. Ahora bien, cuando se empieza a escuchar sobre la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, debemos recordar que desde un principio se lo ha estudiado desde jurisprudencias extranjeras, con lo que se buscó imputar la atribución de una responsabilidad, siempre que se genere ante estructuras jerárquicas de poder.

No puedo dejar de hacer hincapié al juzgamiento del Teniente Coronel Adolf Eichmann<sup>8</sup>, por el Tribunal de Jerusalén en el año 1961, puesto que, en tal situación jurídica, se ha planteado por primera vez dentro de un estudio exhaustivo desde la dogmática penal, la necesidad de una ampliación de la figura de la autoría mediata.

La conducta de Eichmann fue argumentado dentro de la figura

<sup>7</sup> Artículo 29.- Autoría.

1°. Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí o valiéndose para ello de otro.

2°. También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización.

<sup>8</sup> En 1960 fue secuestrado por los servicios secretos de Israel. Eichmann se sentó ante jueces israelíes y fue acusado de crímenes contra el pueblo judío y la humanidad. Después de un largo proceso (1 de enero-15 de diciembre), fue condenado a muerte y ahorcado en Tel Aviv el 31 de mayo de 1962. Ese día acudió pletórico a su ejecución, haciendo gala de que moría feliz de tener en su haber el exterminio de cinco millones de seres humanos, enemigos del III Reich.

de la “*autoría mediante aparatos organizados de poder*”, caracterizada justamente por lo que implicaba una orden que provenía de él mismo, desconociendo quién la ejecutará, pero confiando en estricto valor en que algún miembro de la organización la cumpliría (fungibilidad del ejecutor), sin que el denominado “*hombre de atrás*” precise acudir a la fuerza o al error dentro de la concepción tradicional de la autoría mediata.

Fue justamente el Maestro Claus Roxin, quien había perfeccionado la particular atribución de responsabilidad dentro de un aparato organizado de poder, que reflejaba una relación causal entre la orden del superior a cometer delitos, en cumplimiento efectivo, por surgir un rango superior dentro de la jerarquía de la organización, y que ante ello merecen la calidad de autores, y más exactamente de autores -mediatos-, inclusive con mayor responsabilidad que los directos o inmediatos.

Para entender mejor, debemos remontarnos a la combinación de los pensamientos del Criminólogo Enrico Ferri y del Penalista Rafael Garófalo, cuando se empieza a hablar de una contraposición, a los estudiosos que defendían el denominado “derecho penal de acto”. Para Ferri, aquel hecho delictivo era tomado como un problema exclusivamente social, y la represión surgía como fundamento de la punibilidad por la temibilidad del delincuente, y ello, se encontraba acertada, desde el momento en que a una persona se la tiene miedo, y que por su peligrosidad, merecía la pena de muerte (pena capital), puesto que, significaban un riesgo para cada uno de los miembros de una sociedad y por eso ya no merecían existir.

Otro impulso a la visualización de todo tipo de conducta ante los hechos delictivos, lo notamos en el Estatuto de Roma<sup>9</sup>, en dónde se ha determinado una obligación a reforzar el derecho consuetudinario en cuanto expresa la acepción general, y ante ello, poder castigar crímenes internacionales, y también establecer cierta competencia a la Corte Penal Internacional.

Pero reiterando, que dentro del estudio de la teoría de la auto-

<sup>9</sup> Naciones Unidas, A/Conf. 183/9, 17 de julio de 1998 En el presente texto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se han incorporado las correcciones distribuidas por el Depositario el 25 de septiembre de 1998 y el 18 de mayo de 1999. Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional 17 de agosto de 1999 Nueva York 16 a 26 de febrero de 1999 26 de julio a 13 de agosto de 1999 29 de noviembre a 17 de diciembre de 1999 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998.



ría mediata en aparatos organizados de poder; se genera siempre un acompañamiento a los problemas como la determinación de la responsabilidad penal de los diversos mandos directivos, por su calidad jerárquica para la comisión de hechos punibles, lo que es bien atendible en los actos realizados por una Asociación Criminal donde los superiores generan una orden con el pleno conocimiento de que sus subordinados (miembros con funciones establecidas) la ejecutarán; entonces, podría evitarse la impunidad por falta de atribución directa, y responsabilizar por crímenes ejecutados a través de aparatos organizados de poder (secuestros cometidos por altos mandos y superiores jerárquicos). Y esto no solo ocupará relevancia por el tipo legal infringido, sino por el alcance de la norma misma.

► LA PLURALIDAD DE PARTICIPANTES. IMPLICANCIA EN LA NORMATIVA PENAL PARAGUAYA

El término “participación” suele utilizarse en dos sentidos: uno amplio en el que, además de atribuir la idea del tema, denota a todas las personas que han intervenido en la comisión de un delito, sin importar si actuaron como autores, instigadores o cómplices. En sentido estricto, el término “participación” comprende sólo al instigador y al cómplice. “Este doble sentido de la palabra participación obedece a que puede haber participación de personas en el delito, pero también participación de personas en la conducta del autor del delito<sup>10</sup>”.

Al estudiar el alto grado de implicancia del autor mediato en aparatos organizados de poder, no podemos dejar de observar las características del instigador y del cómplice que en ciertos casos también participan en el hecho del autor. Pero en estos casos, no se les atribuye la ejecución del delito sino su contribución subordinada al mismo. El aporte que pudiera surgir de los citados, causa una dinámica cuando el autor ya inicio la ejecución del hecho delictivo que ya podría generar la tentativa. Ahora bien, dentro de la normativa penal paraguaya notamos que la instigación<sup>11</sup> se sanciona con

<sup>10</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, México, Cárdenas, 1986, p. 601.

<sup>11</sup> Ley Penal Paraguaya N° 1.160/97. Artículo 30.- Instigación. “Será castigado como instigador el que induzca a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor”.

el mismo efecto punitivo que al autor, puesto que existe un grado de relevancia esencial en el despliegue del dominio del hecho.

Así también, dentro de la dogmática paraguaya coexisten según los Arts. 29,30 y 31 del Código Penal, tres claras formas de participación. Dentro de los mismos podemos destacar a la autoría simple y compartida, la complicidad, y a la -instigación-. Pero es loable hacer una observación histórica, puesto que el Código Penal derogado configuraba además la figura del -encubridor<sup>12</sup>-. Lo que resulta clave, al estudiar los tipos de participantes dentro de la ejecución de un injusto, es el llamado -instigador-. En primer lugar para Zaffaroni ya se aprecia al hombre de atrás con dicha terminología, por considerar las mismas ilicitudes y los alcances que conducen su conducta, y en segundo lugar resulta clave que dicha participación es castigada por nuestro código, con la misma pena prevista para el autor, mientras que al cómplice se le adecua una atenuación.

Otra de las particularidades del análisis de la dogmática penal paraguaya, surge de que si bien, la autoría comprende las características de participación junto con la complicidad y la instigación, no podemos igualar el -dominio del hecho- entre los mismos porque en consecución de las acciones en el *Iter Criminis*, denotamos claramente que los cómplices e instigadores sólo asumen un rol accesorio para la producción de lo que se ha planificado.

El autor con dominio del hecho surge de la simple lectura del Art. 29 del Código Penal, en cuya primera parte (inciso primero), se habla del autor individual y se lee: “*será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí*”. Mientras que es fundamental entender del inciso siguiente del mismo cuerpo legal, “*...o valiéndose para ello de otro*”<sup>13</sup>, en donde se hace surgir la posibilidad de un -hombre instrumento<sup>14</sup>- quien carece del aspecto subjetivo por no tener voluntad

<sup>12</sup> Es un sujeto no esencial para la ejecución del injusto penal, puesto que interviene en el hecho después de que el mismo haya ocurrido y no durante la comisión.

<sup>13</sup> En estos casos el hombre de atrás predomina en virtud del dominio de la voluntad del aparato organizado y sus integrantes. Esta forma independiente de la autoría mediata se funda en la fungibilidad del autor directo y en el dominio automático del subordinado, condicionado por medio de aquel aparato. El hombre de atrás realiza el hecho a través de algún ejecutor perteneciente a la organización que dirige. En virtud de las condiciones marco organizativas, el autor directo es fungible, carente de significado y su individualidad es casual. Se convierte en una rueda del engranaje, en una herramienta del hombre de atrás.

<sup>14</sup> Claus Roxin en su libro *Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal*, cit. pág. 178. Refiere que el hombre instrumento es quien no ejerce la acción con dolo, “Según la Doctrina, en todos estos casos, en los que el instrumento actúa sin dolo ni culpa, puede sentarse una regla general: ‘cualquiera que en conocimiento de la situación de error en que se encuentre un instrumento que actúa sin dolo ni culpa, siente una condición para el resultado, tiene el dominio del hecho y por ello mismo es autor mediato’. Mientras tanto, el hombre de atrás que es el que domina la situación, y debe tener la capacidad de dominar el hecho.



directa de cometer un hecho prohibido (hasta cierto punto). Seguidamente, el Art. 29<sup>15</sup> en su inc. 2<sup>o</sup><sup>16</sup> nos ejemplifica la participación de lo que llamamos “coautor o coautoría”, quien también posee el bien llamado dominio del hecho, y que dentro del camino del delito, se encuentra en consonancia directa con un tercero (autor o coautor).

Lo relevante en la actuación del autor y del coautor, es que caminan hacia la consumación del injusto con acuerdo mutuo y con el dominio compartido, y esto último es lo que ha causado tanta discusión en la doctrina internacional desde el aspecto de la autoría funcional.

Luego tenemos al sujeto Instigador<sup>17</sup>, cuya conducta se torna relevante desde su habilidad para motivar en otro, la comisión de un hecho desaprobado, pero que, la realización no depende de él por no poseer el -dominio del hecho-.

El participante que hace de instigador debe poseer el aspecto volitivo y cognitivo respecto a que el eslabón principal (autor) ejecute la acción del injusto; no podemos entonces hablar de instigación sin el elemento subjetivo -dolo-. Pero, es relevante la discusión que acarrearán los despliegues de conductas por parte del instigado, puesto que si éste último realiza un tipo penal distinto al que está siendo instigado; o cuando el instigado ya estaba determinado a la ejecución del hecho punible antes de la intervención de quien hace de Instigador, y si la instigación no se consuma; entonces, no podemos hablar de este tipo de participación.

En un último punto, indagando desde nuestra dogmática penal, podemos observar lo previsto en el artículo 31<sup>18</sup> del Código Penal Paraguayo, y que tiene una especial relevancia desde aquel (sujeto) que ayuda (con algún elemento para la ejecución y consumación de algún tipo penal) a otro. Así como en el Instigador, también en el (sujeto) cómplice necesariamente debe obrar con el elemento subjetivo de -dolo-, puesto que si obra desconociendo los elementos del tipo que se encuentra realizando; entonces, volvemos a

<sup>15</sup> Ley N° 1.160/97 Código Penal Paraguayo.

<sup>16</sup> “También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización”.

<sup>17</sup> Ídem. Código Penal Paraguayo. Artículo 30.- Instigación. “Será castigado como instigador el que induzca a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor”.

<sup>18</sup> Artículo 31.- Complicidad. Será castigado como cómplice el que ayudara a otro a realizar un hecho antijurídico doloso. La pena será la prevista para el autor y atenuada con arreglo al artículo 67.

hablar del hombre instrumento inclusive. Y claramente la norma determina en este tipo de participación la viabilidad en la atenuación, en caso de sanción como cómplice.

Ahora bien, luego de esta breve sinopsis de los tipos de participación propias de la dogmática paraguaya, la autoría mediata es una figura con sustantividad propia, y se encuentra en nuestro Código Penal paraguayo como una forma propia de la -autoría-, y en el mismo margen del autor directo y del coautor. Pero realmente, su fundamento en aplicación toma importancia en aquellos hechos punibles en que el autor no los ejecuta en forma físico-corporal; puesto que, al no existir ejecución en forma directa, el autor opta por la realización del mismo a través de otro (sujeto instrumento). Lo que quiero sentar, es la postura de que este tipo de participación se inicia, desde la consideración en admitir a la -autoría mediata- cuando se da un mínimo del aspecto volitivo (Elemento Subjetivo) en el sujeto de delante (El que será el encargado de la ejecución de la acción); dicho de otro modo, la voluntad de este último denotará sin miedo a equívocos que el sujeto de detrás categóricamente tiene el control en relación causal de la misma forma que lo haría por sí mismo, y a raíz de ello, ese hombre de detrás acompaña el dominio del hecho y no sólo induce.

- FUNDAMENTOS DE LA PUNIBILIDAD DEL -HOMBRE DE ATRÁS-  
“La teoría del autor mediato, se ha ido desprendiendo de la figura del *Mandat*, desarrollada a fines de la Edad Media (...) pero un concepto de autoría mediata no aparece [sino] hasta Stübel (1828) en reemplazo del de causante intelectual. La fundamentación moderna comienza con los hegelianos: Luden, Köstlin, Berner, Hälschner”<sup>19</sup>.

Extendiendo el estudio en la doctrina del autor mediato, resalta la fungibilidad del autor material; es decir, el “*hombre de atrás*” es quien siempre posee una cualidad de superior jerárquico, y que ante un mandato directo a los de menor rango, desconoce quién será el que finalmente ejecute la orden impartida, pero como ya mencione, por su *status* resulta obvio que posee el -dominio del hecho-, y se acrecienta su posición en el conocimiento de que su

<sup>19</sup> Bacigalupo, Enrique, Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 505.



voluntad se cumplirá de alguna u otra forma.

Ciertamente, los fundamentos de la teoría del dominio ocasionan algunas críticas, por la cuestión de que quienes dan la orden y los que la ejecutan, y ante ello, algunos autores se cierran hacia una estructura de la coautoría y otros hacia la instigación. Pero al observar detalladamente el planteamiento desde las fases del delito, nos adentramos en la teoría del dominio del hecho y no podemos evitar hablar del -hombre de atrás-, cuya particularidad exige un mando a través de órdenes que genere la ejecución inmediata para la comisión.

Podríamos afirmar, que tras la manifestación del Profesor Claus Roxin, quien habla del llamado -hombre de atrás- con cierta particularidad, ésta doctrina requiere que haya lugar a la subordinación del instrumento por parte del hombre de atrás, por lo que debe ser clara la relación de coacción de uno respecto del otro. Sino no podríamos estar adecuando dicho pensamiento, y tan solo estaríamos ante la instigación. Pero por supuesto que no es tan sencilla en ciertos casos en dónde la estructura u organización no se encuentra visible al momento de la comisión de los delitos.

Según la doctrina, en todos estos casos, en los que el instrumento actúa sin dolo ni culpa, puede sentarse una regla general: “cualquiera que en conocimiento de la situación de error en que se encuentre un instrumento que actúa sin dolo ni culpa, siente una condición para el resultado, tiene el dominio del hecho y por ello mismo es autor mediato”<sup>20</sup>.

El rechazo de la coautoría surge desde la tesis de que el sujeto de detrás tiene el poder de hecho mucho mayor y el dominio configurador tal como había sido reconocido ya por el Tribunal Regional de Jerusalén en el caso Aischaman; al indicar que el que da órdenes estando situado en la palanca del poder, tendría la responsabilidad principal por los hechos ocurridos. La medida de la responsabilidad aumenta cuando más alejado se esté de aquel que con sus manos hace funcionar el arma asesina, y cuando se encuentre más cerca de la cadena de mando jerarquizado.

Ahora bien, no podemos hablar de coautoría, pues ésta se basa

<sup>20</sup> Roxin, Claus. Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal, cit. pág. 178.

en una obligación recíproca y no en una vinculación unilateral, sólo por parte del que ha recibido la instrucción; no existe una posición de igual rango en la resolución conjunta, lo cual es característica de la coautoría, esta tiene una estructura horizontal ahí donde se presentare una clara estructura vertical como ocurre en la jerarquía de los aparatos organizados de poder, y que en tal caso, solamente puede entrar a consideración una -autoría mediata-. Por lo demás, el hecho de que el que imparte las ordenes y quien las va a ejecutar, por regla general ni siquiera se conozcan y tampoco van a conocerse, hace que una resolución conjunta resulte una mera ficción. Así también, falta la ejecución conjunta del hecho, y es que aquel que imparte la orden no participa para nada en la ejecución del ilícito, ni siquiera mediante una contribución al hecho en la etapa de los actos preparatorios (*Iter criminis*).

Todo lo expuesto no sirve para poder admitir una acción conjunta, ni siquiera según aquella postura que no limita las contribuciones al hecho en la etapa de la ejecución, pues de otro modo se podría afirmar sin problemas, la coautoría del inductor. La coautoría consiste en una cooperación con división de trabajo mediante participaciones en el hecho vinculadas entre sí, y es así, que en estos casos ya no se puede hablar de ello, puesto que el sujeto que posee la palanca de poder no se ensucia las manos, sino espera que otros realicen el trabajo. En el dominio de la organización tampoco puede presentarse una vinculación recíproca de cómplices que cooperan con igual rango, algo que es característico de la coautoría.

Notamos además, desde la tesis del Profesor Roxin, el rechazo a postura de la instigación o inducción. Pero ello, desde un análisis comparativo estricto, ya que inclusive antes que admitir una coautoría, sería más razonable la teoría que admite la inducción, que en los últimos años ha sido expuesta por sus seguidores; esta participación coincide por lo menos con el hecho de que el inductor pone en marcha el hecho y motiva al autor inmediato a ejecutarlos.

No obstante esa suposición contradice la importancia de las órdenes y de la ejecución conforme a ellas en el marco de los aparatos de poder que operan al margen del derecho. Un inductor no está en el centro de la división, pues hace surgir la resolución al



hecho que debe dejar el desarrollo ulterior de los acontecimientos en manos del inducido, quien es el único que tiene el dominio del hecho que determina estos acontecimientos.

En el dominio de la organización se produce exactamente lo contrario, pues el sujeto de detrás que tiene en sus manos la palanca del poder decide sobre el sí del hecho, mientras que el ejecutor inmediato mayormente solo por casualidad entra dentro de la situación concreta de la acción; este último no puede evitar nada en la esencia del curso del acontecimiento delineado de antemano por el aparato de poder, sino en todo caso modificarlo, y por regla general la desobediencia de la orden tampoco ayudaría a la víctima, porque las bases organizativas suelen prever que las ordenes sean cumplidas en caso de que se presentare alguna situación.

Si se le colocara al mismo nivel, el poder de dominio de estos con el de un inductor, se desvirtuarían normativamente diferencias objetivas, que bien lo demuestra el uso ideomático, el cual habla de la manera más normal de autor de escritorio y no de inductor de escritorio.

Ahora bien, la fundamentación de la autoría mediata en los casos de dominio de organización, desde la admisión de una autoría dice Claus Roxin: “constituye la postura mayoritaria en la jurisprudencia de Alemania”<sup>21</sup>. Pero cómo fundamentar la autoría mediata con suficiente fuerza persuasiva y exactitud, pues por si solas las circunstancias no son tan fáciles de conocer y hacer entender.

#### ► EL DOMINIO DEL HECHO Y SUS ALCANCES

Desde que nace la tesis del dominio del hecho, que nos enseña que la calidad de -sujeto autor- está relacionada por la titularidad de la facultad de disponer del inicio de la ejecución de la acción, y al mismo tiempo y dentro del camino hacia el delito, de poder arrepentirse o de desistir antes de que la consumación se vuelva exitosa, así la autoría toma características propias en el dominio final del hecho; entonces,

<sup>21</sup> § 25 C. P. alemán: Autoría. (1) Será penado como autor el que comete el hecho penal por sí o por otro. (2) Cometiéndolo el hecho varios en común, cada uno será penado como autor (coautoría)...

§ 26 C. P. alemán: Instigación. Será penado como instigador, en la misma forma que el autor, el que dolosamente determine a otro a la comisión de un hecho antijurídico.

§ 357 inc. 1.º C. P. alemán: Inducción de un subordinado a cometer un delito. Un superior que induzca a su subordinado a un hecho ilícito en el servicio o permita que ocurra un hecho ilícito tal de su subordinado, deberá ser condenado a la pena impuesta a ese hecho ilícito.

esta apreciación doctrinal estudia al sujeto infractor desde las fases del delito, por lo que el autor es quien tiene el dominio del desarrollo del proceso ejecutivo en todo momento.

Conforme con la teoría del dominio por organización concebida por Roxin<sup>22</sup> y asumida tanto por la opinión dominante<sup>23</sup> como por la jurisprudencia<sup>24</sup>, en estos casos el hombre de atrás predomina en virtud del dominio de la voluntad del aparato organizado y sus integrantes.

En la opinión del Profesor Dr. Claus Roxin, se ve al ejecutor material, cuando es plenamente consciente de que la orden dada por el -superior jerárquico- es delictiva, como autor directo<sup>25</sup>, también lo podemos observar en el Código Penal colombiano<sup>26</sup>. Otro sector, compuesto por profesores como el Dr. Jakobs, quien sostiene que el ejecutor material debe responder, pero junto con los superiores jerárquicos, con quienes conforma una coautoría<sup>27</sup> (figura también contemplada en el Código Penal paraguayo).

Entonces, cuando destacamos a la responsabilidad penal individual de altos dirigentes, tomando en consideración la tesis del Maestro Roxin, ésta debe ser observada desde la modalidad de la autoría mediata ante aparatos organizados de poder, donde se recalca la penalización de delitos de gran envergadura, por considerarse que ese dominio del hecho final lo posee quien se encuentra detrás del hombre instrumento (por poseer el bastón de mando), y por tal motivo, se le otorgaría la denominación del -autor de escritorio-.

En expresiones del Jurista Alemán citado anteriormente, “El ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que, también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el

<sup>22</sup> ROXIN, GA 1963, 193 (pp. 200 y ss.); ÍD. Täterschaft, 2000, pp. 242 y ss.; últimamente: ÍD. NJW-Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geb., pp. 52 y s.

<sup>23</sup> Mayores referencias bibliográficas en AMBOS, GA 1998, nota 12; ÍD. Der Allgemeine Teil, 2002, p. 591 con mayor información sobre literatura actual.

<sup>24</sup> BGHSt 40, p. 218; BGH NJW 2000, pp. 443 y ss.; con anterioridad, la Cámara Federal de Buenos Aires asumió la teoría de ROXIN, cfr. AMBOS, GA 1998, p. 238. El original de esta decisión está publicado en La Sentencia.

<sup>25</sup> Marín de Espinosa Ceballos, Elena, Criminalidad de empresa, La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 45.

<sup>26</sup> Código Penal colombiano, artículo 29: “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo...”

<sup>27</sup> Artículo 29.- Autoría. 1º (...) 2º.- También será castigado como autor el que obra de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización.



ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”<sup>28</sup>.

Es necesario un esbozo ideal, partiendo de la base de que en la conducta del autor –mediato- ya no se habla de dominio del hecho como dominio de la acción, sino más bien, del dominio de la voluntad, tomando en consideración que el control de la voluntad la tiene el autor mediato sobre aquel sujeto que ejecutara el injusto, quien controla las fases del delito.

La falta de superioridad jurídica –por sí sola relevante- del autor de atrás excluye una calificación como autoría mediata. En razón de su decisión libre y responsable, el autor directo no está jurídicamente en una situación de inferioridad, y por lo tanto, está en el mismo nivel que el hombre de atrás. Su carácter intercambiable es un “dato naturalístico” irrelevante<sup>29</sup>.

Un hecho histórico en América Latina, con respecto al dominio del hecho, lo podemos encontrar en el sonado caso del entonces ex presidente peruano Alberto Fujimori<sup>30</sup>, quien fuera sentenciado por la Sala Penal Suprema integrada por tres Jueces Supremos de su País y al tiempo condenado a veinticinco años de pena privativa de libertad efectiva, por su particular condición de -autor mediato-, que fuera probado por el asesinato de nueve estudiantes y un Docente de la Universidad Guzmán y Valle. Lo resaltante de esta jurisprudencia internacional, es que trata sobre la aplicación de una doctrina que permitió analizar la conducta relevante de aquellas personas que ejecutan órdenes, a través de una organización criminal jerarquizada. Dicho proceso penal fue tan promocionado, por ser la primera vez que un ex mandatario latinoamericano, elegido bajo comicios democráticos, era declarado culpable bajo la justicia nacional por violaciones a los derechos humanos, por la injerencia que traía aparejada desde el pronunciamiento como el hombre detrás del poder.

<sup>28</sup> Roxin Claus, Derecho Penal. Parte General. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña y otros. T.I., Civitas, Madrid, 1997, reimpresión 2003, p. 137.

<sup>29</sup> Además, JAKOBS se manifiesta en contra de la fungibilidad como criterio para determinar el dominio por conducción de otro con el argumento de que, por lo menos en Estados “ideológicamente rígidos”, los mismos cargos más altos pueden ser reemplazados (tal como sucedió en Argentina). Visto de esta manera, el dominio por conducción debería estar en el sistema mismo y consecuentemente, todos sus integrantes serían ejecutores materiales.

<sup>30</sup> El 07 de abril de 2009 la Sala Penal Especial pronunció por unanimidad una sentencia histórica que condena a Alberto Fujimori como autor mediato de la comisión de los delitos de homicidio calificado –asesinato, bajo la circunstancia agravante de alevosía.

► CARACTERÍSTICAS QUE SURGEN DEL AUTOR DETRÁS DEL AUTOR

Señala el Profesor Muñoz Conde, mientras el determinador es quien hace nacer la idea criminal, es el inducido (autor) quien decide y domina la realización del ilícito<sup>31</sup>.

Lo relevante en estudio, debe trazarse desde la autoría en su forma mediata; es decir, desde la actuación del autor detrás del autor -doctrina del delincuente de escritorio-, y en ese sentido, desde qué fase del delito deberían ser considerados como autores, para otros como coautores, inclusive hay quienes consideran que estos sujetos sólo deberían responder como partícipes en el ámbito delictivo.

Recordando las leyes antiguas, (CA. 350 a. C.), una reseña de lo que el filósofo Platón, señalaba en la siguiente expresión: “Si alguien, con la intención de matar a otro (salvo el caso en que la ley lo permita) yerra el golpe y no hace más que herirlo, no habrá más gracia ni compasión, ya que su intención fue matarlo, que si lo hubiera matado realmente, y podrá ser acusado ante el tribunal como homicida”. Indicando claramente la autoría inmediata sin mayores alcances a terceras personas que pudieran haber inducido en la comisión del hecho desaprobado.

La República del Paraguay, como Estado parte y tomando como sistema a la estructura acusatoria, posee en su Código Penal un método diferenciado en la -Pluralidad de participantes-, puesto que materialmente distingue al autor material (el que realizara el hecho obrando por sí), al coautor (el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización); al instigador (el que induzca a otro a realizar un hecho antijurídico doloso), y por último al cómplice (el que ayudara a otro a realizar un hecho antijurídico doloso).

Evidentemente la distinción que se observa en nuestra normativa paraguaya, establece un margen de adecuación a la autoría mediata. Pero si indagamos desde otra perspectiva, la que se genera desde aparatos organizados de poder, no se subsumiría en nuestro sistema, por la teoría de un doble dominio del hecho, uno atribuido al que ordena (dominio de la voluntad) y otro al que ini-

<sup>31</sup> Muñoz Conde, Francisco, “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, en *Manuales de formación continuada*, n.º 14, 2001, p. 441.



cia la ejecución de un injusto (dominio de la acción propiamente), puesto que sólo bajo esa perspectiva, “no sólo el autor mediato es responsable, sino también el inferior, pues en ambos casos se da un dominio sobre el hecho”. Nuestros doctrinarios creen conveniente rechazar esa posibilidad y argumentar la -instigación- del sujeto de atrás o bien coautoría. Es por ello, que es suma importancia en primer lugar, comprender lo que realmente precisa el -dominio del hecho- en su sentido amplio.

Ahora bien, en el campo específico del Derecho Penal Internacional, con el artículo 25 inc. (3) literal (a) del Estatuto de Roma, se hizo énfasis en esta nueva figura jurídica como la de la autoría mediata, de manera que según esta norma también es punible como autor quien comete el hecho “por conducto de otro”. También el “ordenar” la comisión de un hecho en el sentido del artículo 25 inc. (3) literal (b) se corresponde estructuralmente más con la categoría de la autoría mediata que con la de la participación, pues también en este caso existe la estructura de imputación vertical típica de la autoría mediata. Sin embargo, a consideración de Kai Ambos (2005: 196-197) el Derecho Penal Internacional no ofrece puntos de partida para una elaboración dogmática de la autoría mediata, pues con muy buena voluntad la autoría mediata puede ser identificada, de todos modos, en la forma de dominio por organización en el proceso a los juristas de Núremberg, pero en todo caso, una interpretación estrictamente apegada al texto de la jurisprudencia permite concluir que el dominio por organización sólo ha sido reconocido en procesos nacionales. Si bien este modo de autoría mediata en forma de dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder goza de cierta vigencia internacional, sus presupuestos necesitan sin embargo, una concretización adicional, pues se plantea el interrogante de qué tan alto debe estar situado el autor mediato en la jerarquía de mando para que le pueda ser reprochado el dominio del autor directo por medio de un aparato organizado de poder<sup>32</sup>.

Esta nueva identificación del autor como mediato se vio pre-

<sup>32</sup> Huertas Díaz, O y Amaya Sandoval, C (2016).. Responsabilidad penal internacional de altos dirigentes de estructuras de poder, por comisión de graves crímenes contra los derechos humanos en Colombia: Un aspecto esencial de cara al postconflicto *Justicia Juris*, 12(2), 11-20.

cedida por una arraigada creencia en que el análisis del delito debía delimitarse en términos de la causalidad natural y la ejecución fáctica del hecho punible. Por tanto, era autor quien se constituía en causa del resultado prohibido, y era causa, conforme al principio de la equivalencia de todas las condiciones, quien colocaba una condición de resultado. Para diferenciar al autor del mero cooperador que la causalidad no permitía distinguir, se complementó el criterio con un elemento subjetivo: *animus*, que mediaba en el sujeto: si había actuado con ánimo de autor era autor; si con ánimo de cooperador era cómplice (tesis subjetiva) (Márquez, 2009). Otras referencias doctrinales, sin desconocer el principio de la ejecución material del delito, consideraron la noción del tipo para precisar el concepto de autor, para lo cual lo delimitaron afirmando que lo es aquel que realiza el acto ejecutivo descrito por el tipo penal (tesis objetivo-formal).

La estructura doctrinal nos menciona a un ser instrumento, que no es lo mismo que cosa inanimada, sino que hace sugerir una autoría desde la ejecución de un tipo legal a través de otro (persona), y de ahí la instrumentalización en su funcionalidad, para que el sujeto de delante realice directa o indirectamente lo que el ejecutor de atrás desea. Pero se debe tener en cuenta, que no toda instrumentalización sería idónea para configurar la autoría mediata, ya que se debe considerar el grado de manipulación para que la relación causal sea un hecho para el que hace ejecutar.

Una de las características para entender a la instrumentalización, sería la falta de libertad del sujeto de adelante que es independientemente de si éste último es o no irresponsable. Es decir, que la autoría mediata no depende de cuál sea la valoración jurídico-penal que reciba la actuación del instrumento.

#### ► CONCLUSIÓN

Indudablemente la autoría mediata, es un tema muy importante y actual en el desarrollo del sistema jurídico. El dominio de la organización y el ciclo de poder han superado toda expectativa del Derecho Penal. Habida cuenta que en el año 1904 se sanciona la responsabilidad por la autoría mediata de los encargados de la



seguridad en el muro de Berlín, en donde se condenó como autores mediatos a los que dieron la orden de matar a todo aquel que saltara por el muro, pero que también tuvo un toque de la política de Estado.

Pero si bien, muchos continúan asentando la tesis de la teoría mediata; otros siguen negándola, dentro de la línea de la figura de la coautoría o de la instigación u inducción. Todo proceso sistematizado necesita de cambios de política criminal adecuados a la realidad.

No debemos permitir, que las organizaciones delictivas con dominio de poder, sigan tomando el alcance de los hechos, y que aquellos mandos superiores que han hecho surgir la acción desaprobada sigan huyendo de la justicia.

El Profesor Roxin dice que hay que tomar en consideración, que el de atrás debe responder porque dentro de una organización existen roles, y este autor mediato posee un poder de mando. Hay que tener en cuenta, que un Estado puede estar estructurado legal y adecuadamente, pero lo relevante es cuando dicha organización estatal se desvincula de lo ideal y empieza a lesionar bienes jurídicos; es decir, promueve la transgresión de lo reglado desde una política de estado y lo cual se ve comandado por el dominio de la organización.

Otra condición a tomar en cuenta respecto a esta importante teoría, es que si bien el ejecutor tiene la llamada fungibilidad, igualmente puede ser cambiado (el ejecutor inmediato), de manera a que se asegure el resultado final. También surge la elevada disponibilidad por parte del ejecutor inmediato; en otras palabras, que éste último lo considere como aceptable al resultado ilícito.

Esta autoría mediata constituye un factor determinante de supresión de las delincuencias organizadas. Inclusive las condiciones desarrolladas podrían haber sido un factor determinante para la adecuación de la responsabilidad al General Alfredo Stroessner por el hecho denominado “Plan Cóndor”, puesto que se basaron en estructuras organizativas estatales atravesadas por una jerarquía de mandos. Y siendo el General, el Comandante en Jefe de las Fuerzas Militares (aparato militar estatal de poder) fue posible, sin

oposición alguna por parte de los subalternos, la perpetración que condujo a la desaparición de personas que se manifestaban en oposición a su gobierno. Por lo tanto, están presentes los requisitos exigibles para una responsabilidad de dominio por organización, conforme al estado actual de la dogmática, para una comprensión jurídicamente correcta de la responsabilidad penal del hombre de atrás, lo cual obviamente serían irreconocibles por la coautoría o por la instigación (a falta de la palanca de poder jerarquizada).

Ante todo este esbozo personal, no considero descabellado la posibilidad de tomar en cuenta una tercera forma de ejecución del tipo que no es de propia mano, protegiendo a los bienes jurídicos y resguardando el orden legal, desde una especial atención al dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado.

#### BIBLIOGRAFIA

- Baciagalupo, E. (1990). *El Injusto Penal*. Madrid.
- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*, Editorial Themis. 1999.
- Carrara, F. (1956). *Programa de Derecho Criminal Tomo I*. Bogotá: Temis.
- Espinosa, E. M. (2002). *Criminalidad de la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Garcete Piris, Ubaldo Matías. *Normas Penales Fundamentales*. Edit. Lexjuris. Asunción. Paraguay. Año 2017.
- Gunther, J. (1997). *Derecho Penal - Parte General - 2ª Edición - Español*. Madrid: Marcial Pons.
- Hobbes, T. (1997). *El Estado. Parte 1*. Mexico: Fondo de Cultura Económica de Mexico.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal - Parte General 2ª Edición*. Madrid: Marcial Pons.
- Pessoa, N. R. (2007). *Injusto Penal y Tentativa (Desvalor de acción y desvalor de resultado. injusto tentado e injusto consumado)*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Puig, S. M. (2005). *Derecho Penal, Parte General, 7ª Edición*. Buenos Aires.
- Radbruch, G. (2005). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Roxin, C. (1985). *Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder*. Munich.
- Roxin, C. (2008). *Derecho Penal Parte General, Fundamentos*. Madrid: Thomson Civitas.
- Sanchez, J. M. (2001). *La expansión del Derecho Penal*. Madrid: Civitas.
- Vid Reinchart Maurach, K. H. (1995). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Astrea.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Depalma.
- Welzel, H. (1993). *Derecho Penal Alemán*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *La crecienle legislación penal y los discursos de emergencia*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Zaffaroni, E. R. (2012). *Derecho Penal Parte General 2ª Edición*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E., Alagia, A., & Slokar, A. (2000). *Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

●●●●●●●●●● **PALABRAS CLAVE:**  
Autoría, mediata, dogmática, aparatos, dominio.

●●●●●●●●●● **KEYWORDS:**  
Authorship, mediate, dogmatic, apparatus, domain.





## Arbitraje Penal: Análisis de la implementación del Arbitraje en cuestiones de carácter penal en Paraguay

Abg. Jorge Enrique I. Bogarín Azuaga<sup>1</sup>

### ► SUMARIO

*A priori, parecería que el Arbitraje no tendría cabida dentro del Derecho Penal en el campo de Derecho Privado, debido a cuestiones sustanciales relacionadas a la naturaleza del conflicto en cuestión y la afectación del orden público. Ambas nociones, constituyen aspectos fundamentales que deben ser tenidos en cuenta al momento de analizar una posible colisión entre “ambos mundos”, lo cual a criterio de muchos, parecería imposible. No obstante, del simple análisis de los postulados de ambas disciplinas y una “mente jurídica abierta”, esto no sería así.*

*El presente ensayo plantea aquellas cuestiones que constituyen la esencia tanto del Arbitraje, como del Derecho Penal, y el modo en que dichas cuestiones no constituirían un obstáculo a la implementación del Arbitraje en el Derecho Penal, y viceversa, desde el ámbito del Derecho Privado. De igual manera, es analizada una posible reforma, tanto en lo penal, como en lo arbitral, a fin de regular lo que podría llamarse, un “Arbitraje Penal”.*

### ► ABSTRACT

*Theoretically, it would seem that Arbitration would have no place in Criminal Law within the field of Private Law due to substantial issues related to the nature of the conflict at stake and its effects on public order. Both concepts are fundamental aspects that must be taken into account when analyzing a possible clash between “both worlds”, which in the opinion of many people (or experts or scholars) would seem impossible. However, by simply analyzing the principles of both disciplines with an “open legal mind”, this would not seem the case.*

*The following essay raises issues that constitute the essence of both Arbitration and Criminal Law and the manner in which such issues would not constitute an obstacle to the implementation of Arbitration in Criminal Law and vice versa within the scope of Private Law. Moreover, the essay hereby analyzes a possible reform in both criminal and arbitral pro-*

<sup>1</sup> Abogado, egresado de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Promoción 2016. Egresado dentro del cuadro de honor. Ha participado de diversas competencias internacionales de Arbitraje Comercial en Perú, Chile, Uruguay y Austria en representación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de su universidad.



*ceedings in order to regulate what could be called “Criminal Arbitration”.*

#### ► NOCIONES PRELIMINARES

El Arbitraje encuentra su origen en la autonomía de las partes y, es en virtud del ejercicio de dicha autonomía, que las partes optan por resolver extrajudicialmente determinados conflictos. En contraste, el Derecho Penal limita dicha autonomía en virtud del interés público. Es allí, precisamente, donde surge el conflicto ante una posible aplicación del Arbitraje en cuestiones de contenido penal. Sin embargo, existen diversos escenarios donde cuestiones de naturaleza penal podrían ser resueltas en el marco de un arbitraje y, a su vez, donde cuestiones puramente penales pueden surgir durante la tramitación de un procedimiento arbitral.

Ahora bien, ¿Qué tipos de cuestiones penales podrían ser resueltas en el marco de un arbitraje? La respuesta a dicha interrogante, podría darse a través de dos escenarios. En primer lugar, deben ser traídos a colación los hechos punibles de acción privada. Ello, en virtud del presupuesto que el proceso sólo puede ser instado por el particularmente ofendido a través de la denominada Querrela Autónoma como elemento disparador del proceso penal. Debe destacarse en este sentido, la no participación del Ministerio Público como ente a cargo de perseguir de oficio el hecho punible en cuestión<sup>2</sup>.

Asimismo, debe mencionarse la posibilidad de arbitrar aquellas cuestiones penales con contenido patrimonial, es decir, hechos punibles que afecten el patrimonio de particulares. Como se podrá observar, ambos escenarios se caracterizarían por un conflicto suscitado, a raíz de la comisión de un hecho punible, entre dos particulares, excluyendo al Estado, no trasgrediendo intereses sociales de manera directa y por ende, el orden público en sí.

Por otro lado, en un Arbitraje podría presentarse un segundo escenario, caracterizado por aquellos casos en que del análisis previo del Tribunal Arbitral acerca del objeto del arbitraje, surgen sospechas acerca la posible nulidad del eventual laudo arbitral, a

<sup>2</sup> El Art. 14 del CPP establece que la Acción será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que el sistema concede a la víctima del hecho punible. Los hechos punibles de acción pública, conforme al art. 15 del CPP, serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público.



causa de posibles procedimientos penales. Por ello, la siguiente pregunta cobra especial relevancia: ¿Que deberían hacer los árbitros cuando se encuentran ante una conducta criminal? Ante dicho planteamiento, podrían surgir dos posibilidades. El árbitro podría remitir el caso ante la jurisdicción criminal ordinaria, suspendiendo el procedimiento arbitral hasta que recaiga resolución firme. En contraste, podría darse otra situación, consistente en dar por terminado el arbitraje en virtud de la no arbitrabilidad de la cuestión, lo cual se encuentra sujeto al criterio del árbitro.

Si bien es cierto, que los escenarios planteados se encuentran limitados por nuestra legislación, tanto arbitral como penal, esto no configuraría un impedimento para que en el futuro dichos escenarios puedan convertirse en una realidad. Por ello, considero necesario llevar a cabo dicho análisis y, el grado de factibilidad del mencionado planteamiento.

#### ► ARBITRAJE Y DERECHO PENAL. CONCEPTOS Y DIFERENCIAS

Primeramente, previo al análisis de qué tipo de hechos punibles podrían ser objeto de un arbitraje, debemos conceptualizar ambas disciplinas con sus respectivas características. Ello, a fin de analizar acerca de la existencia de un punto armónico de encuentro donde puedan coexistir, complementarse y por qué no, beneficiarse. En este punto, debe destacarse que no se ahondará a profundidad acerca del aspecto histórico de cada disciplina, debido a que el enfoque del presente artículo no busca analizarlas en su totalidad. Por el contrario, se busca resaltar los aspectos esenciales de cada una y compararlos a fin de analizar la posibilidad de lo que podría, eventualmente, llamarse “Arbitraje Penal” en el campo de Derecho Privado.

Ahora bien, ¿Cómo podría ser definido el Arbitraje? Dicho instituto, es definido por el autor argentino Roque Caivano como “un sistema alternativo, a través del cual pueden ser resueltos determinados conflictos de intereses, con exclusión - total o parcial- de los órganos judiciales”<sup>3</sup>. A la precedente definición podría añadirse, que “la base del arbitraje es el consentimiento libre y válidamente expresado por ambas

<sup>3</sup> CAIVANO, Roque J., Arbitraje, 2ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2008, pág. 48.



*partes para sustraer la decisión que ponga fin al pleito al juez que, de no existir la cláusula, habría resultado competente*<sup>4</sup>. Es decir, el Arbitraje se encuentra basado en la autonomía de la voluntad de las partes, quienes en virtud de dicha autonomía deciden resolver ciertas controversias de manera privada, sin intervención estatal alguna. Sin perjuicio, claro, del posterior proceso relativo a la ejecución del laudo arbitral ante la justicia ordinaria de un Estado determinado.

Habiendo definido al Arbitraje, debemos ocuparnos de la segunda disciplina de la cual trata el presente artículo, el Derecho Penal. Al respecto, debe señalarse que el derecho penal puede ser analizado desde dos perspectivas, en sentido objetivo por un lado, y subjetivo, por el otro. En sentido subjetivo, el Derecho Penal es entendido como el *“derecho que corresponde al Estado a crear y aplicar el Derecho penal objetivo”*<sup>5</sup>. En contraste, el Derecho Penal, en sentido objetivo, podría ser definido como *“un conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas”*<sup>6</sup>.

Por tanto, el Arbitraje tiene como base la voluntad privada y el Derecho Penal la limita en virtud del interés social. Asimismo, mientras que el Arbitraje es independiente frente a las disposiciones de carácter imperativo de los Estados, la legislación penal se encuentra en el núcleo de las mismas<sup>7</sup>. Podría argumentarse, que la principal diferencia entre ambas disciplinas radica en la voluntariedad del sometimiento al proceso, ya que el Arbitraje tiene lugar en virtud de la propia iniciativa de las partes, mientras que ante las infracciones de normativas de carácter penal el particular no goza de la posibilidad de someterse o no a la justicia penal ordinaria.

De igual manera, debe resaltarse que *“el arbitraje encuentra su razón de ser, en parte, en la celeridad procedimental y resolutoria”*<sup>8</sup>, lo cual no caracteriza al Derecho Penal en la actualidad. Por tanto, la celeridad del proceso y la duración del mismo constituyen aspectos

<sup>4</sup> AGUILAR, Fernando, Manual Práctico de Arbitraje Privado, 1ª ed., Buenos Aires, Heliasa, 2011, pág. 26.

<sup>5</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal- Parte General, 4ª ed., Barcelona, Reppertor, 1996, pág. 8.

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal- Parte General, 3ª ed., Valencia, 1998, pág. 34.

<sup>7</sup> MOURRE, Alexis, “Arbitraje y Derecho Penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral”, Revista Internacional de Arbitraje, n° 9, 2008.

<sup>8</sup> PALOMINO, Juan, “La Prejudicialidad Penal en el arbitraje”, Newsletter Pérez-Llorca, n° 5, 2009.



que deben ser considerados al momento de comparar ambas disciplinas. Podría decirse, que el auge del arbitraje en la actualidad se debe a la rapidez con la que se desarrollan las distintas etapas del proceso, repercutiendo ello en la duración del procedimiento, es decir, derivando en un proceso breve y eficaz. Sin embargo, “*en la actualidad la excesiva duración del proceso penal es, sin duda, uno de los problemas cruciales del enjuiciamiento penal*”<sup>9</sup>. Por ejemplo, Paraguay es un claro ejemplo de la mencionada problemática, ya que nuestro sistema judicial se caracteriza por una morosidad judicial de gran magnitud, provocando que una persona se encuentre sometida a un procedimiento penal, en algunos casos, de más de 3 años. Por ello, el Derecho Penal podría beneficiarse de la celeridad que caracteriza al arbitraje. Ello, sometiendo ciertas cuestiones penales a un procedimiento arbitral.

► PUNTOS DE ENCUENTRO ENTRE EL  
ARBITRAJE Y EL DERECHO PENAL

A pesar de que, en la actualidad, el “Arbitraje Penal” no constituye un instituto íntegramente regulado o aceptado a nivel mundial, esto no impide que en la práctica surjan distintos escenarios donde ambas disciplinas se encuentren, provocando una decisión de parte de los árbitros al respecto. Por ello, surgen diversas interrogantes con relación a qué deberían hacer los árbitros cuando se enfrentan a este tipo de situaciones.

En algunos casos, durante el desarrollo de un procedimiento arbitral surgen cuestiones relativas a la existencia de hechos punibles asociados al contrato dentro del cual se encuentra inserta una cláusula arbitral. Tales situaciones podrían involucrar operaciones de lavado de dinero, contratos celebrados para esconder transacciones ilícitas, etc.<sup>10</sup>. Ante dichas situaciones, el árbitro se enfrenta a dos posibilidades; decidir acerca del mérito de dichas cuestiones y, si ello amerita, suspender el procedimiento mientras se resuelve la cuestión penal o, continuar con el procedimiento y arriesgar una posible nulidad del eventual laudo arbi-

<sup>9</sup> PASTOR, Daniel, “Acerca del Derecho Fundamental al plazo razonable de duración del Proceso Penal”, Revista de Estudios de la Justicia, n° 4, 2004.

<sup>10</sup> HIBER, Dragor/PAVIC, Vladimir, “Arbitration and Crime”, Journal of International Arbitration, 25(4), Kluwer Law International, 2008, pág. 463.



tral en virtud de dicha cuestión.

La respuesta de los Tribunales Arbitrales ante tales situaciones, por lo general, consiste en interrumpir el procedimiento arbitral y darlo por terminado, declarando la cuestión como no arbitrable<sup>11</sup>. Es decir, considerando la no arbitrabilidad de cuestiones penales los árbitros se limitan a declarar la improcedencia del arbitraje. Dicha práctica es la predominante en el ámbito internacional, constituyendo la excepción aquella relacionada a la suspensión del procedimiento arbitral hasta que recaiga resolución en sede penal. Y, ante el contenido de dicha resolución, el árbitro resuelva acerca de la continuación del procedimiento arbitral o bien la terminación del mismo.

#### ► LEGISLACIÓN NACIONAL

Al momento de analizar acerca de la posible resolución de cuestiones penales en sede arbitral o de la aplicación de normativas penales en un procedimiento arbitral en Paraguay, debemos proceder al análisis de la legislación nacional pertinente.

En nuestro país, el Arbitraje se encuentra regulado por la Ley 1.879 de “Arbitraje y Mediación”, sancionada en el año 2002. Dicha ley es considerada como un avance hacia una dirección más moderna y flexible en comparación con las demás legislaciones, ello debido a que fue elaborada basándose en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo de la CNUDMI).

Por su lado, nuestro Derecho Penal se encuentra regulado por la Ley 1.160, sancionada en el año 1997, la cual fue posteriormente modificada por diversas leyes en cuanto a fondo y forma. De dicha ley, debemos resaltar aquellos aspectos relacionados con la jurisdicción del juez penal.

Con relación a la jurisdicción penal, el Código Procesal Penal del Paraguay, en su Art. 31 prescribe cuanto sigue: *“Corresponderá a la justicia penal el conocimiento exclusivo de todos los hechos punibles previstos en la legislación penal, y la ejecución de sus resoluciones, según lo*

<sup>11</sup> BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009.



*establecido en este Código*". Es precisamente el mencionado artículo uno de los principales obstáculos que presenta nuestra legislación ante una eventual implementación del Arbitraje en cuestiones penales. Por ello, ante un posible "Arbitraje Penal" dicho artículo debe ser modificado a fin de autorizar el conocimiento de determinados hechos punibles a determinados árbitros especializados para resolver cuestiones penales.

► LA ARBITRABILIDAD: ASPECTOS ESENCIALES

Primeramente, antes de entrar en el análisis de qué tipos de hechos punibles podrían constituir objeto de un arbitraje, debemos ocuparnos de un concepto fundamental y conducente a los fines del presente artículo, la arbitrabilidad. El mencionado concepto, *"aplicado a las materias (arbitrabilidad objetiva), indica la condición de una controversia que la hace susceptible de ser sometida a decisión de árbitros"*<sup>12</sup>. Debe notarse, además, que la arbitrabilidad de todo conflicto depende del derecho aplicable en cuestión<sup>13</sup>. Por ello, no todas las controversias que surjan entre dos o más particulares pueden ser resueltas mediante arbitraje, ya que la ley, en ciertos casos, otorga el conocimiento exclusivo de determinadas cuestiones a los tribunales ordinarios.

Considerando, que nos encontramos analizando la posible materialización de un Arbitraje Penal, dicho concepto cobra especial relevancia. Por tanto, para que una cuestión penal pueda ser resuelta en sede arbitral debe ser considerada arbitrable. La arbitrabilidad de toda cuestión constituye un elemento esencial del debate que nos ocupa, la cual depende del derecho aplicable en cuestión, en nuestro caso, la Ley de Arbitraje N° 1879/02.

Al respecto, en su Art. 2° dicha ley define aquellas cuestiones arbitrables, es decir, susceptibles de ser sometidas a arbitraje. El mencionado artículo dispone cuanto sigue: *"Toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecuto-*

<sup>12</sup> CAIVANO, Roque J., "La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos que ofrece el derecho comparado", *El Derecho*, n° 13.306, 2013.

<sup>13</sup> GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, "Orden Público y arbitrabilidad: dúo dinámico del arbitraje", *Revista Internacional de Arbitraje*, n° 9, 2008.



riada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público...”. Del mencionado artículo, se concluye que la arbitrabilidad de toda cuestión se encuentra condicionada por tres elementos: a) que sea transigible; b) que tenga contenido patrimonial; y, c) que no intervenga el Ministerio Público. Es por ello, que debemos analizar cada elemento a fin de concluir acerca de qué tipos de hechos punibles podrían ser objeto de un procedimiento arbitral.

En primer lugar, tenemos el elemento de transigibilidad, es decir, aquello que pueda ser objeto de una transacción, la cual puede ser definida como un “acto jurídico bilateral, por el cual las partes haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas” [Osorio, 1989]. Con relación al objeto de una determinada transacción, nuestro Código Civil prescribe ciertas limitaciones en el Art. 1497, disponiendo en su primera parte cuanto sigue: “No puede transigirse sobre las relaciones de familia, o que se refieran a los poderes o estado derivados de ellas ni sobre derechos o cosas que no pueden ser objeto de los contratos, o que interesen al orden público o las buenas costumbres”. Desde ya, nos encontramos con un importante obstáculo con relación a la arbitrabilidad de cuestiones penales, ello en virtud, de las implicancias asociadas al orden público con relación al Derecho Penal.

En segundo lugar, nos encontramos ante la condición consistente en que la cuestión a ser objeto de arbitraje debe tener contenido patrimonial. Es decir, dicha cuestión debe involucrar aspectos patrimoniales que afecten a dos o más particulares, habiendo surgido en virtud de contiendas relativas a patrimonios determinados o bien, que el fin perseguido consista en obtener cierta compensación monetaria. En el ámbito de derecho Penal, una Sentencia tiene sólo dos posibilidades, veredicto de reprochabilidad o culpabilidad o Sentencia Absolutoria. Sólo si la Sentencia es condenatoria, podemos hablar de una sanción con contenido patrimonial.

Por último, la mencionada norma se refiere al Ministerio Público, el cual no debe tener intervención alguna en la cuestión a ser arbitrada. En materia penal, la acción penal, a su vez, se clasifica en pública o privada. La mencionada clasificación se encuentra con-



tenida en el Art. 14 del Código Procesal Penal Paraguayo, el cual expresa cuanto sigue: “...Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima. El ejercicio de la acción penal pública dependerá de instancia de parte, sólo en aquellos casos previstos expresamente en el código penal o en las leyes especiales”. En tal sentido, el Art. 15 del CPP, con relación a los hechos punibles de acción pública agrega lo siguiente: “Los hechos punibles serán perseguibles de oficio por el Ministerio Público, según lo establecido en este código y en las leyes”.

En virtud de los artículos transcritos en el párrafo precedente, puede notarse que la intervención del Ministerio Público se da en aquellos hechos punibles considerados de acción pública. En tal sentido, debe resaltarse que la ley impone al Ministerio Público la obligación de perseguir aquellos hechos punibles que lleguen a su conocimiento, ello se encuentra plasmado en el Art. 18 del C.P.P. Por tanto, puede concluirse que la intervención del Ministerio Público se da en aquellos hechos punibles denominados de acción pública.

#### ► AFECTACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

Con relación a un posible “Arbitraje Penal” la dificultad radicaría, en principio, en determinar previamente si el hecho punible se ha configurado, si se reúnen todos los elementos de la punibilidad, si el hecho es típico, antijurídico y reprochable. Asimismo, si estas circunstancias se podrían determinar o no en un procedimiento de arbitraje y, si ello alteraría o no **EL ORDEN PÚBLICO**. Por ello, al momento de analizar acerca de qué tipos de hechos punibles podrían constituir cuestiones arbitrables, adquiere relevancia el concepto del “Orden Público”.

Dicho concepto, constituye uno de los principales obstáculos para someter a arbitraje cuestiones penales. Esto se debe a las implicancias que posee dicha concepción con relación al laudo arbitral, constituyendo un factor condicionante de su ejecutabilidad o posible nulidad<sup>14</sup>. Sin embargo, al momento de definir qué entendemos por orden público, nos encontramos ante cierta compleji-

<sup>14</sup> MOURRE, Alexis, “Arbitraje y Derecho Penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral”, Revista Internacional de Arbitraje, n° 9, 2008.



dad ya que no existe unanimidad respecto a su definición.

En la actualidad, el orden público ha sido interpretado, por así decirlo, desde dos perspectivas, distinguiéndolo por un lado en orden público nacional, y por el otro, en internacional. Considerando, que nos encontramos debatiendo acerca de los distintos puntos de conexión entre el Derecho Penal y el Arbitraje en el ámbito de Derecho Privado, nos compete abordar el orden público desde la perspectiva nacional o local.

El jurista francés Jean Carbonnier, afirma que interpretado desde el ámbito de derecho privado, el orden público *“responde a una supremacía de la sociedad sobre el individuo, y el orden público traduce la voluntad comunitaria, amenazada por determinadas iniciativas individuales en forma de contrato”* (citado en Moreno Rodríguez, 2013, p. 481)<sup>15</sup>. Por tanto, el orden público se encuentra asociado a aquellas cuestiones esenciales que afectan a la sociedad y, cuyo fin consiste en limitar determinados intereses particulares en miras del resguardo del interés social. Por ello, resulta procedente afirmar que *“el orden público local versa sobre las nociones más básicas de moralidad y de justicia de una jurisdicción determinada”*<sup>16</sup>.

Las normativas penales son consideradas de orden público, por constituir la materialización del poder soberano del Estado al establecer normativas de carácter imperativo en miras al bien común y, además, por los bienes jurídicos tutelados por las diferentes normas penales. Sin embargo, no debería considerarse que las mismas, por constituir normas de orden público, no podrían ser aplicadas en un procedimiento arbitral. Toda vez que lo resuelto en un laudo arbitral, con relación a cuestiones penales, no atente contra el orden público nacional y cumpla con los requisitos dispuestos por la legislación en cuanto a arbitrabilidad, ¿por qué no podría constituir objeto de un arbitraje una cuestión penal?

Nuestra Ley de Arbitraje, como ya ha sido mencionado precedentemente, en su Art. 2 se limita a expresar que no podrán ser objeto de arbitraje aquellas cuestiones que cuenten con la intervención del Ministerio Público. En virtud de dicha disposición, puede

<sup>15</sup> MORENO RODRÍGUEZ, José A., Derecho aplicable y arbitraje internacional, Asunción, Intercontinental/ CEDEP, 2013, pág.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, “Orden Público y arbitrabilidad: dúo dinámico del arbitraje”, Revista Internacional de Arbitraje, n° 9, 2008.



inferirse que ello implica cuestiones de orden público, ya que el fin de dicha intervención consiste en tutelar el bien común de la sociedad garantizando la persecución de determinados hechos punibles.

En este punto, adquiere importancia resaltar la necesidad del abandono de ciertas posiciones tradicionales y la adopción de posiciones modernas y flexibles, ello sin olvidar cuestiones esenciales. Es decir, con relación al orden público, debe considerarse que *“lo importante no es que los árbitros juzguen asuntos que lo afecten, sino que la decisión que tomen sea contrario al mismo”*<sup>17</sup>.

#### ► ARBITRABILIDAD DE HECHOS PUNIBLES DE ACCIÓN PRIVADA

Tomando en consideración, la clasificación desarrollada precedentemente, con relación a la acción penal, puede afirmarse que determinados hechos punibles de acción privada podrían ser objeto de un procedimiento arbitral. Ello, en virtud de la ausencia de la intervención del Ministerio Público, la persecución de compensación monetaria y la afectación de intereses particulares.

Al respecto, el autor Alexis Mourré reafirma la tesis acerca de la posibilidad de un “Arbitraje Penal”, argumentando que *“fundamentalmente en los delitos privados o semipúblicos, cuyo origen sea un conflicto económico, toda vez que los delitos privados o semipúblicos son materias de libre disposición, porque queda a la libre voluntad del ofendido o agraviado el ejercicio de la acción penal”*.

Con relación a los hechos punibles de acción privada nuestro Código Procesal Penal, en su Art. 17, cita taxativamente aquellos hechos punibles considerados de acción privada. Dicho artículo dispone cuanto sigue:

**“Acción Privada.** Serán perseguibles exclusivamente por acción privada los siguientes hechos punibles:

- Maltrato físico;
- Lesión;
- Lesión culposa;
- Amenaza;

<sup>17</sup> BARONA VILAR, Sílvia. Solución extrajudicial de conflictos, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 217.



- Tratamiento médico sin consentimiento;
- Violación de domicilio;
- Lesión a la Intimidad;
- Violación del secreto de comunicación;
- Calumnia;
- Difamación;
- Injuria;
- Denigración de la memoria de un muerto;
- Daño;

Uso no autorizado de vehículo automotor:

En este contexto cobra particular relevancia, lo establecido en la última parte de la citada norma, la cual dispone que en estos casos, se procederá únicamente por querrela de la víctima o su representante legal, la denominada **QUERRELLA AUTONOMA**.

Del análisis del listado precedente de hechos punibles, podría establecerse la magnitud del daño causado en sede arbitral, por ejemplo, en hechos que afectan el honor de las personas, calumnia, difamación o injuria, denigración de la memoria de un muerto, entre otros. Esto es debido a que los citados hechos punibles no requieren de la intervención del Ministerio Público.

Como ya fue mencionado, el Art. 2 de la Ley de Arbitraje expresa que los elementos de toda cuestión arbitrable son: a) que sea transigible; b) que tenga contenido patrimonial; y, c) que no intervenga el Ministerio Público. Por tanto, las cuestiones sometidas a arbitraje podrían versar sobre la cuantificación del daño provocado en virtud de dichos hechos punibles e involucrarían a dos o más particulares con sus respectivos intereses. Es decir, en principio, no afectarían el interés social y versarían sobre el daño emergente de la comisión del hecho punible en sí, persiguiendo una compensación monetaria.

Por ello, en caso de regular un posible “Arbitraje Penal” debería procederse a la modificación del Art. 2 de nuestra Ley de Arbitraje, específicamente en aquello referido al requisito de transigibilidad y aquellas cuestiones que interesen al Orden Público.

En este sentido, cabe resaltar que nuestro Código Penal dispone la posibilidad de que dichos hechos punibles sean sancionados, en



caso de agravantes, con pena privativa de libertad.<sup>18</sup> Por ello, en un hipotético caso, de someter dichas cuestiones a arbitraje debería serlo sólo con la posibilidad de aplicar sanciones consistentes en multas susceptibles de valoración económica.

► CONCLUSIONES

Si bien es cierto, que los escenarios planteados se encuentran limitados por nuestra legislación, tanto arbitral como penal, ello no debería constituir un impedimento para que en el futuro dichos escenarios puedan convertirse en una realidad.

En nuestro país, la potestad de declarar o no un “Veredicto de Reprochabilidad”, en principio, corresponde en forma exclusiva a la justicia penal. Por ello, a fin de que la declaración de configuración de un hecho punible y la reprochabilidad sean materia arbitrable debe llevarse a cabo una modificación legislativa.

Asimismo, cabe también la posibilidad de una “arbitrabilidad parcial”, es decir, que los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial declaren la configuración del hecho punible y la reprochabilidad previamente y luego, dotar al arbitraje de la competencia para establecer el “componente patrimonial” o el quantum del perjuicio causado en los delitos económicos y también en los hechos punibles de Acción Privada, conforme al catálogo del art. 17 del Código de Procedimientos Penales.

No debemos olvidar que el arbitraje se presenta como una herramienta válida para combatir ese verdadero flagelo en nuestro sistema, el cual es la morosidad judicial y porque no decirlo, la impunidad. Ambos elementos, con componentes muy negativos, están minando las bases de un verdadero **ESTADO DE DERECHO y LA DEMOCRACIA**, que tanto ha costado construir en el Paraguay.

En virtud del análisis realizado en el presente artículo, puede concluirse que es factible y posible **EL ARBITRAJE EN CUESTIONES PENALES**, siempre y cuando los legisladores tengan una “mente abierta” en la búsqueda de alternativas viables para mejorar nuestro sistema de justicia penal.

<sup>18</sup> Solo en el caso de CALUMNIA, art. 150 del Código Penal.



**BIBLIOGRAFIA**

- AGUILAR, Fernando, Manual Práctico de Arbitraje Privado, 1ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 2011, pág. 26.
- BARONA VILAR, Silvia. Solución extrajudicial de conflictos, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 217.
- BORN, Gary, International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer Law & Business, 2009.
- CAIVANO, Roque J., Arbitraje, 2ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2008, pág. 48.
- CAIVANO, Roque J., "La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos que ofrece el derecho comparado", El Derecho, n° 13.306, 2013.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, "Orden Público y arbitrabilidad: dúo dinámico del arbitraje", Revista Internacional de Arbitraje, n° 9, 2008.
- HIBER, Dragor/PAVIC, Vladimir, "Arbitration and Crime", Journal of International Arbitration, 25(4), Kluwer Law International, 2008, pág. 463.
- MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal- Parte General, 4ª ed., Barcelona, Reppertor, 1996, pág. 8.
- MORENO RODRÍGUEZ, José A., Derecho aplicable y arbitraje internacional, Asunción, Intercontinental/ CEDEP, 2013, pág. 481.
- MOURRE, Alexis, "Arbitraje y Derecho Penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral", Revista Internacional de Arbitraje, n° 9, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal- Parte General, 3ª ed., Valencia, 1998, pág.34.
- OSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 1ª ed. Electrónica. Guatemala, Datascan.
- PASTOR, Daniel, "Acerca del Derecho Fundamental al plazo razonable de duración del Proceso Penal", Revista de Estudios de la Justicia, n° 4, 2004.
- PALOMINO, Juan, "La Prejudicialidad Penal en el arbitraje", Newsletter Pérez-Llorca, n° 5, 2009.

••••• **PALABRAS CLAVE:**

Arbitraje, Penal, arbitrabilidad, orden, público, privada, punible.

••••• **KEYWORDS:**

Arbitration, Criminal, arbitrability, policy, public, private, punishable.

# DERECHO PROCESAL PENAL

---



- 
- ▶ LA CONDENA DEL ABSUELTO. “LA CONDENA DEL ACUSADO POR PRIMERA VEZ EN SEGUNDA INSTANCIA, UN PROBLEMA EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO”.
  - ▶ LA MEDIDA CAUTELAR DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.





## La condena del Absuelto. “La condena del acusado por primera vez en segunda instancia, un problema en el proceso penal colombiano”

Yunior Valle De La Cruz <sup>1</sup>

### ► SUMARIO

*La Condena del Absuelto, es un problema que se presenta dentro de un proceso penal, cuando una persona acusada, dentro del primer juicio (primera instancia) es absuelto, y posteriormente en un segundo juicio (que también tiene la categoría de primera Instancia) es condenado. En la actualidad, existe un número creciente de condenas en un segundo juicio que, reitero tienen la categoría de primera instancia a pesar de tener juzgadores diferentes (jerárquicamente superiores a los que juzgaron por primera vez). Entonces, frente a esa primera condena resultante de un segundo juicio qué recurso es efectivo y cumple la exigencia de la convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, frente a esas sentencias. La respuesta es desalentadora, no existe medio impugnatorio regulado dentro del ordenamiento Colombiano que cumpla los estándares exigidos por las convenciones, razón por la cual es necesaria la regulación del mismo, a fin de que no se siga violando derechos fundamentales.*

### ► ABSTRACT

*The Sentence of the Acquitted is a problem that arises in criminal proceedings, when the defendant is acquitted during the first trial (first instance) and then, after a second trial, (second instance) is sentenced. At present, there is a growing number of convictions in a second trial, which, I reiterate, have the category of first instance despite having different judges (hierarchically superior to those who judged for the first time). So, in the face of this first conviction resulting from a second trial, what appeal is effective and meets the demand of the American Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights regarding those sentences. The answer is discouraging, there is no disputed medium in the Colombian order that meets the standards required*

<sup>1</sup> Egresado de la Universidad de Antioquia, Medellín Colombia. Becario de la Escuela de Posgrado de la Universidad del Rosario – Argentina, para cursar la Maestría en Derecho Procesal.



*by the conventions, which is why it is necessary to regulate it, so that it does not continue to violate fundamental rights.*

#### ► INTRODUCCIÓN

Cada Estado autónomamente ha regulado diversos medios impugnatorios, estos sean recursos y acciones a fin de garantizar el debido proceso, el derecho a la defensa, el derecho a un recurso, etc. A esto se le agrega el respeto al principio de “la doble conforme”, principio que se vulnera actualmente en los procesos penales en Colombia. El problema es llamado “La condena del absuelto”.

El análisis de este trabajo nació de un problema latente en Colombia, este es, el de las condenas que se producen todos los días en la segunda instancia de los procesos penales, las cuales son la primera condena dentro del proceso y necesitan del acceso a un recurso efectivo; además, este análisis se apoya en la reflexión sobre dos sentencias de diferentes cortes, a saber: la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte constitucional de Colombia, asimismo, en la propuesta que esboza el Maestro Maier, 1996 dentro su majestuosa obra “derecho procesal penal”.

El problema es evaluar si el ordenamiento jurídico tiene o no un recurso idóneo que garantice la revisión de una sentencia condenatoria por primera vez en segunda instancia, este recurso debe cumplir ciertos estándares que permitan hacer una evaluación formal y sustancial del proceso. Si ninguno de los medios impugnatorios cumple la exigencia que prescriben los tratados internacionales, se afirmará que en un Estado Social de Derecho como el Colombiano, las garantías constitucionales y fundamentales no están siendo respetadas. Por lo que se exigirá una regulación del mismo a fin de proteger el derecho al recurso, el derecho de defensa, el derecho al debido proceso, y el principio de “la Doble Conforme”.

#### ► LA IMPUGNACIÓN EN EL PROCESO PENAL.

**La Impugnación:** Se realiza a través de los instrumentos legales puestos a disposición de las partes y destinados a atacar una resolución judicial para provocar su reforma o anulación, al respecto el maestro Devis Echandía (2015) afirma:

*La impugnación es el género, el recurso es la especie (...) por recurso se entiende a la petición formulada por una de las partes, principales o secundarias, para que el mismo juez que profirió una providencia o su superior la revise, con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento (in iudicando o in procedendo) que en ellas se hayan cometido. (p.501).*

**Regulación de los medios impugnatorios:** Dentro del ordenamiento jurídico colombiano para poder impugnar las sentencias Penales, se cuentan con los siguientes instrumentos:

- La apelación, que se desprende de la integración de los artículos 20, 32, 161, 176, 179B, 194 y 481 de la Ley 906 de 2004.
- La casación, está regulado en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004.
- La acción de revisión, está regulado en el artículo 192 de la Ley 906 de 2004.
- La Acción de tutela que se encuentra regulado en el artículo 86° de la Constitución Política de Colombia.

► EXIGENCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Los tratados internacionales exigen el respeto de las garantías mínimas que establecieron, a todos los países que firmaron y se ratificaron. El estado colombiano introdujo al ordenamiento jurídico a dichos tratado internacional al firmar y ratificarse, en consecuencia es materia de aplicación a todos los casos.

Sobre el objeto de este trabajo, los tratados internacionales firmados por el estado colombiano establecieron las siguientes exigencias mínimas:

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) ha regulado sobre el derecho al recurso dentro del artículo 8° n° 2.h), y señala que, "*Durante el proceso, toda persona tiene derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.*"
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos ha regulado sobre el derecho al recurso dentro del artículo 14° n° 5; y señala que, "*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le*



*haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.*

► EL PROBLEMA DE LA CONDENA DEL ACUSADO POR PRIMERA VEZ EN SEGUNDA INSTANCIA

La situación que se plantea y se debate surge cuando una persona acusada de un ilícito, es llevada a juicio y el órgano jurisdiccional de primera instancia (*ad quo*) lo absuelve; frente a esa sentencia absolutoria, la fiscalía utilizando el recurso de apelación, lleva a cabo una segunda instancia en contra del absuelto, en el que es condenado por primera vez, por el órgano jurisdiccional de segunda instancia (*ad quem*).

Es importante afirmar que no debería ser posible que una sentencia absolutoria sea objeto de un recurso impugnatorio, porque de acuerdo a las exigencia mínimas de los tratados internacionales, sólo cuando el acusado es condenado, este sí tendría el derecho a impugnar su sentencia condenatoria, pero cuando el acusado es absuelto, el órgano jurisdiccional de segunda instancia no puede tener conocimiento de este hecho. Entonces permitir la impugnación de una sentencia absolutoria y su posterior revocación en una sentencia condenatoria es desconocer lo establecido por los tratados internacionales (*artículo 8° n° 2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14° n° 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos*). Dentro de la Doctrina, Maier (1999) señala que:

*“la solución al problema planteado, desde varios puntos de vista. En primer lugar, el principio ne bis in ídem, correctamente interpretado por su solución más estricta para la persecución penal, debería conducir, por sí mismo, a impedir que el estado, una vez que ha decidido provocar un juicio contra una persona ante sus propios tribunales de justicia, pueda evitar la decisión adversa del tribunal de juicio, mediante un recurso contra ella, que provoca una nueva persecución penal en pos de la condena o de una condena más grave, con lo cual somete al imputado a un nuevo riesgo de condena y eventualmente, a un juicio”.* (p. 171-172).

En la misma línea argumentativa, Horvitz y López (2002) indican que:

*“El principio bajo el cual se resuelve el problema en los Estados Unidos es, precisamente, el que nosotros conocemos como non bis in ídem. En efecto, la Corte Suprema norteamericana ha considerado que, cuando un jurado en un caso criminal llega a un veredicto de [no culpable] (not guilty), la prohibición contra la doble incriminación impide la nueva persecución de la misma ofensa. La garantía constitucional invocada allá es la prohibición de doble exposición (double jeopardy prohibition), que está incorporada en la Quinta Enmienda y que dispone, en lo pertinente, que {ninguna persona será sometida a ser puesta dos veces en peligro de vida o aislamiento por la misma ofensa} (no person shall be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb).*

Como se aprecia en la doctrina se debate y se afirma sólidamente que, no debería ser posible la impugnación de una sentencia absolutoria, a fin de garantizar los derechos de la persona que está siendo sometida al proceso penal.

► ANÁLISIS DE LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS  
EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO.

Lamentablemente dentro del ordenamiento jurídico colombiano, existe la posibilidad que, una sentencia absolutoria emitida por un órgano jurisdiccional de primera instancia sea impugnada y llevada a segunda instancia, donde se realizará un juicio a fin de absolver o condenar al absuelto en primera instancia.

Habiendo planteado el supuesto de hecho, es necesario preguntarnos si el ordenamiento jurídico colombiano tiene algún medio impugnatorio que garantice el respeto al principio de “la doble conforme”, el derecho al recurso, el derecho de defensa y el derecho al debido proceso, por lo que es necesario realizar el análisis del recurso de apelación, del recurso extraordinario de casación, de la acción de revisión y de la acción de tutela.

► EL RECURSO DE APELACIÓN

El recurso de apelación es el medio impugnatorio idóneo, por cuanto realiza un análisis de forma y fondo de una sentencia. Realizando el análisis de la apelación, el maestro Couture (1958) afirma que:



*El agravio es la injusticia, la ofensa, el perjuicio material o moral, y el litigante a quien la sentencia perjudica afirma que ésta le infliere agravio y acude a mayor juez a expresar agravios. El recurso dado para reparar los agravios es, pues, la apelación. (p.347).*

Por su parte Maier (1996) explica que, con dicho medio impugnatorio se estaría cumpliendo la garantía del recurso que tiene todo condenado, porque se llevaría la condena a un nuevo juicio. Dentro del proceso penal colombiano se permite la apelación a una sentencia condenatoria o absolutoria, acto que da paso al problema de este trabajo, porque el absuelto en primera instancia, es llevado a segunda instancia por apelación de la fiscalía, donde podría ser absuelto o condenado.

Si es condenado por el órgano jurisdiccional de segunda instancia, se tendría una primera condena que, al amparo del derecho al recurso, el condenado necesita que otro juez realice una revisión formal y sustancial de su condena. De acuerdo a la interpretación de la norma que regula la apelación, no se podrá impugnar mediante este recurso porque la ley no franquea esa posibilidad ya que estableció otros medios impugnatorios para una decisión emitida en segunda instancia. Al respecto la Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado en la Sentencia (792-2014).

*aunque tradicionalmente el recurso de apelación ha sido considerado como el dispositivo procesal por excelencia para el ejercicio del derecho a la impugnación, en tanto permite cuestionar cualquier asunto relevante de la decisión judicial recurrida, porque debe ser resuelto por una instancia superior a la que dictó el fallo, y porque opera antes de que la sentencia quede en firme y tenga efectos de cosa juzgada, la legislación colombiana prevé otros dispositivos para cuestionar las sentencias condenatorias que imponen una condena por primera vez en la segunda instancia, a saber, el recurso extraordinario de casación, la tutela contra providencias judiciales y la acción de revisión.*

#### ► EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

Habiendo descartado la posibilidad de utilizar el recurso de

apelación para impugnar las sentencias condenatorias que imponen una condena por primera vez en la segunda instancia, se necesita de un exhaustivo análisis del recurso de casación, por cuanto sería el que tutelaría el derecho al recurso, respeto al principio de “la doble conforme” y la tutela jurisdiccional efectiva. Respecto al análisis de la casación existe muchas definiciones en la doctrina, por ejemplo Piero Calamandrei (1945) señala que:

*“El instituto de la Casación, tal como hoy lo encontramos en los Estados modernos, resulta de la unión de dos institutos, que recíprocamente se compenetran y se integran: de un instituto que forma parte del ordenamiento judicial-político, la Corte de Casación, y de un instituto que pertenece al derecho procesal, el recurso de casación”.* (p. 26).

Lo señalado por Calamandrei es importante y nos permite afirmar que la casación es un medio impugnatorio que procede contra decisiones de un órgano jurisdiccional de segunda instancia, pero su acceso es restringido, porque este recurso es tramitado por una corte de casación en el que únicamente se encarga de realizar una revisión formal de las decisiones impugnadas.

Este recurso extra ordinario según Roxin (2000) es definido de la siguiente manera:

*“La casación es un recurso limitado. Permite únicamente el control in iure. Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y sólo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al Derecho material o formal”.* (p.466).

La Corte constitucional Colombiana también se pronunció sobre este análisis en la Sentencia (792-2014) y señaló lo siguiente:

*En definitiva, el recurso de casación no satisface los estándares del derecho a la impugnación, por las siguientes razones: (i) no todas las sentencias condenatorias que se dictan por primera vez en la segunda instancia son susceptibles de ser impugnadas, porque el recurso no procede contra los fallos que juzgan contravenciones, porque el recurso puede ser inadmitido a discreción cuando se considere que la revisión judicial no es necesaria para los fines de la casación, y porque cuando los cuestionamientos del recurrente ver-*



san sobre la orden de reparación integral, son aplicables todos los condicionamientos de la legislación común; (ii) el tipo de examen que efectúa el juez de casación es distinto del que se efectúa en el marco del derecho a la impugnación, porque no recae sobre la controversia que da lugar al proceso judicial sino sobre la providencia recurrida, y porque el juez no tiene plenas potestades para efectuar revisar integralmente el fallo sino sólo a partir de las causales establecidas de manera taxativa en el derecho positivo; (iii) por regla general, en sede de casación no existe una revisión oficiosa del fallo recurrido, porque la valoración de la sentencia se debe circunscribir a los cargos planteados por el casacionista (Serie C N°8.4.4).

Con mayor autoridad y siempre en su labor de efectivizar el respeto de las garantías mínimas que exigen los tratados internacionales, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que, *el recurso debe ser accesible, esto es, que no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho*, caso (Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, 2014). Además en el caso (Caso Mohamed vs. Argentina, 2012) estableció que:

*“la Corte estima que las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho”.* (párr. 99 y 100).

Después de este exhaustivo análisis se afirma que la casación no cumple con los estándares de exigencia convencional, por lo que parte de la doctrina sugiere que:

*El recurso de casación se debe transformar: dejarán de regir las limitaciones impuestas al condenado para recurrir la sentencia según su gravedad (...) y se ampliará el ámbito de revisión del fallo hasta admitir la máxima posibilidad de crítica que permite el carácter público y oral del debate que sostiene nece-*

*sariamente -da fundamento formal y material- a la sentencia.*  
(MAIER, 1996, p.709).

Ahora, adoptando el criterio que se le asignaría a la casación, ese tribunal al resolver el recurso tendría que realizar una valoración probatoria, lo cual está vedado, entonces el esfuerzo por la ampliación de revisión que tendría la casación es ilusoria, porque los fines para los que fue creado es realizar una revisión formal (JAUCHEN, 2006).

Entonces la casación al no cumplir con los estándares de un recurso que efectivice las garantías mínimas que se están exigiendo, no es el recurso que necesitamos para resolver el problema, porque se incumple con el respeto del principio de "la doble conforme" y el derecho al recurso. Por ello PASTOR (2001) señala que no importa que puede seguir llamándose de casación o quedar incluso sin nombre, pues no interesa el nombre que se le otorgue a este medio de impugnación, lo decisivo es que permita una revisión de lo decidido tan amplia como sea posible.

#### ► LA ACCIÓN DE REVISIÓN

Este medio impugnatorio es más restrictivo en su acceso, porque requiere que la sentencia sea ejecutoria y la solicitud debe estar amparado dentro de las causales establecidas taxativamente en la Ley, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia (792-2014) realizó un análisis y concluyó que:

*La acción de revisión, está diseñada para atacar sentencias ejecutoriadas, normalmente por la ocurrencia o por el descubrimiento posterior de hechos que tienen incidencia directa en el contenido de la decisión judicial, o que ponen en cuestión su legitimidad o legalidad. Por este motivo, la acción de revisión no constituye un mecanismo idóneo para ejercer el derecho a la impugnación, puesto que se plantea y resuelve una vez el fallo atacado ha quedado ejecutoriado. (Serie C N°. 8.5).*

Entonces, la acción de revisión al no garantizar el respeto del principio de "la doble conforme" y el derecho al recurso, no es el medio impugnatorio que necesitamos para resolver el problema planteado.



### ► LA ACCIÓN DE TUTELA

La Acción de Tutela es una acción judicial, de origen constitucional, tiene por objeto la protección inmediata y concreta de los derechos fundamentales de las personas. De acuerdo al análisis de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia (792-2014). *Este medio de impugnación, que es un amparo, no está orientado a realizar una impugnación de aquellos fallos condenatorios porque su función es que frente a una violación de derechos constitucionales se pueda a través de esta discutir el fallo. “El amparo contra providencias judiciales tampoco constituye una herramienta sustitutiva del recurso de apelación: (i) primero, como por principio esta acción tiene un carácter excepcional, claramente a través suyo no se puede garantizar que toda sentencia que impone por primera vez una condena en el marco de un proceso penal, sea susceptible de revisión; (ii) al igual que en la casación, el examen recae sobre el fallo impugnado y no sobre la controversia de base, existe un repertorio cerrado de causales de procedencia a la luz de las cuales se efectúa el análisis de la providencia, y en principio, el análisis se circunscribe a la valoración de las irregularidades y falencias identificadas previamente por el accionante. Aunque la amplitud de las causales de procedencia dota al juez de tutela de un significativo margen de maniobra, en cualquier caso el amparo no está orientado a materializar el derecho a la impugnación, sino a revisar fallos judiciales cuyos yerros graves, abiertos, flagrantes e indiscutibles, tienen trascendencia constitucional” (Serie C N°. 8.5).*

### ► DERECHOS Y PRINCIPIOS VULNERADOS

Luego del estudio realizado a cada uno de estos medios impugnatorios (Recursos y acciones), los cuales no cumplen la exigencia de los tratados internacionales, observamos que existe una flagrante violación a los siguientes principios y derechos, que son el fundamento por el que se exige ese recurso.

**Principio de “la Doble Conforme”:** Este principio es el sustento de la exigencia de un recurso idóneo frente a la primera condena en segunda instancia. Principio ya señalado por la Corte Constitucional Colombiana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La corte Constitucional Colombiana, se ha pronunciado al respecto de forma clara Sentencia (792-2014).

A través del derecho a la impugnación se otorga, por un lado, una herramienta específica y calificada de defensa a las personas que han sido declaradas penalmente responsables y a las que se les ha impuesto una condena, y por otro, una garantía de corrección judicial de la sentencia inculpativa por medio de la exigencia de la doble conformidad judicial (Serie C N°. 5.6). De igual modo, como mediante el derecho constitucional a la impugnación se pretende dotar a las decisiones judiciales de una blindaje especial de corrección mediante la exigencia de la doble conformidad judicial, y como a su vez, la doble conformidad exige que dos operadores jurídicos distintos se pronuncien en el mismo sentido sobre una misma controversia jurídica, no basta con que un juez efectúe una revisión de aspectos puntuales del primer fallo condenatorio, sino que se pronuncie de nuevo sobre el caso, y sobre todos los elementos determinantes del fallo condenatorio (Serie C N°. 7.3).

Así mismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Mohamed vs. Argentina (2012) estableció que:

*La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida, fundamento antes pronunciado en los casos: (Cfr. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 165, y Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 89).*

Entonces se puede concluir que, el principio de “la doble conforme”, es aquella garantía procesal que conduce a exigir que para ejecutar una pena se necesita una doble conformidad judicial, si el condenado la requiere. Esta condición procesal, interpuesta a la aplicación de una pena estatal -con otras palabras: al desarrollo del poder penal del Estado- ha sido perfectamente descrita por analogía con la prueba de exactitud de una operación matemática, como la exigencia del principio de “la doble conforme”. El “dere-



cho al recurso” se transformaría, así en la facultad del condenado de poner en marcha con su voluntad, la instancia de revisión -el procedimiento para verificar la doble conformidad- que, en caso de coincidir total o parcialmente con el tribunal de juicio, daría fundamento regular a la condena -dos veces el mismo resultado gran probabilidad de acierto en la solución- y, en caso contrario, privaría de efectos a la sentencia originaria (MAIER, 1996).

**Derecho al recurso:** Se trata de un derecho que asiste al condenado, resulta relevante acudir al lenguaje concreto del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, al referirse al derecho a recurrir el fallo, expresamente establece que es una garantía que tiene “[t]oda persona declarada culpable de un delito” (énfasis agregado). Así mismo dicha norma del Pacto es “muy similar” al artículo 8.2.h de la Convención Americana. En la actualidad se ha podido apreciar que no existe un recurso que, revise el fallo condenatorio en un juicio de hecho y derecho. Por lo que se concluye que, este derecho fundamental está siendo vulnerado.

**Derecho de defensa y el derecho al debido proceso:** Al no encontrarse regulado un recurso ordinario que pueda revisar el fallo condenatorio por primera vez en segunda instancia, conexamente se vulnera el derecho de defensa y el debido proceso, por cuanto se le está limitando al procesado a poder defenderse, así como también no se tendría un debido proceso por cuanto no hay esa garantía procesal de la revisión de un fallo condenatorio por primera vez por un superior jerárquico.

#### ► CONCLUSIONES

Después de un análisis riguroso a cada uno de los medios impugnatorios dentro del proceso penal colombiano se concluye que la apelación, la casación, la revisión y la acción de tutela, no son medios impugnatorios idóneos que se necesita para proteger el derecho al recurso y el principio de “la doble conforme”.

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe ningún recurso que cumpla las exigencias de los tratados internacionales. Porque se requiere que el recurso proceda contra, las sentencias

condenatorias por primera vez en segunda instancia, para desarrollar un juicio de hecho y derecho en donde se pueda ver actuación probatoria.

Se observa que actualmente se está violando el derecho al recurso, el derecho a la defensa, el derecho al debido proceso y el principio de “la doble conforme”.

► PROPUESTA

Se exige una urgente regulación de un recurso que revise el primer fallo condenatorio producido en segunda instancia, para evitar la continua violación de derechos fundamentales (Principio de “la Doble Conforme”, derecho al recurso, derecho de defensa y el derecho al debido proceso); recurso que pueda desarrollar un juicio de hecho y derecho. “Para algunos el desafío consiste, a partir de ahora, en ampliar la casación sin que se restrinjan los principios del juicio oral, público, contradictorio y continuo” (PASTOR, 2001). Pero la postura que comparto es que, el desafío es, “establecer un recurso que impongan el máximo respeto a los principios y garantías procesales, en especial —como se ha dicho— al principio de inmediación. El nombre que le demos a un recurso de esa clase poco importa (BINDER, 1999)”. El recurso que se ha de regular será uno que sea igual a la apelación, a fin de que se pueda hacer un juicio de hecho y derecho.

Urgente regulación que se exige, por cuanto la Corte Constitucional Colombiana, resolvió en la sentencia (792-2014) y *exhortó al Congreso de la República para que, en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de (la) esta sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias. De no hacerlo, a partir del vencimiento de este término, se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena (Considerando segundo parte resolutive)*”.

Hasta la fecha el legislativo no ha sometido a debate un proyecto de ley al respecto, y de acuerdo al trámite del proceso el día 22 de abril del 2016 se habría vencido el plazo de un año que tenía el legislativo para regular el recurso materia de este debate.



Se exige una urgente regulación de un recurso que revise el primer fallo condenatorio producido en segunda instancia, para evitar que el Estado Colombiano sea sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por cuanto se ha pronunciado sobre el problema de la primera condena en segunda instancia, resolvió en el caso (Caso Mohamed vs. Argentina, 2012).

*“El Estado debe adoptar las medidas necesarias para que los efectos jurídicos de la sentencia condenatoria emitida por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional el 22 de febrero de 1995, y... hasta que se emita una decisión de fondo garantizando el derecho del señor Oscar Alberto Mohamed a recurrir del fallo condenatorio, (tercera disposición en la parte resolutive)”.*

Por lo que habiendo un pronunciamiento claro al respecto, los Estados que forman parte de esta convención tienen que tener presente lo resuelto por esa corte, a fin de evitar una multa o sanción. Colombia mediante ley 16 de 1972, aprobó la suscripción a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Entonces de acuerdo al Principio de convencionalidad, desarrollado en el (Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006).

*“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico”. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (párr. 124).*

Como se explicaba se exige la urgente regulación a fin de que el Estado Colombiano no sea sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sanción que se produciría si un ciudadano colombiano demande ante la corte la violación a sus derechos fundamentales.



**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- BINDER, A. (1999). Introducción al Derecho Procesal Penal (Vol. 2). Buenos Aires: Ad Hoc.
- CALAMANDREI, P. (1945). La Casación Civil. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Biblioteca Grafica Argentina
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (corte interamericana de derechos humanos 26 de setiembre de 2006).
- Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de julio de 2014).
- Caso Mohamed vs. Argentina (corte interamericana de Derechos humanos 23 de noviembre de 2012).
- COUTURE, J. E. (1958). Fundamentos de Derecho Procesal Civil. 3ª ed. Buenos Aires: Editor Roque Depalma
- DEVIS ECHANDÍA, H. (2015). Teoría General del Proceso – Reimpresión. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- JAUGHEN, E. M. (2006). Derecho a Recurrir el Fallo ante un Tribunal Superior. (Vol. 2). Buenos Aires: Revista de derecho procesal penal.
- MAIER, J. J. (1996). Derecho Procesal Penal, T. I 2ª edición. (2 ed.). Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.
- MAIER, J. J. (1999). La impugnación del acusador: ¿un caso de ne bis in idem?, en Nuevo Foro Penal N° 61.
- PASTOR, D. R. (2001). La Nueva Imagen de la Casación Penal (Vol. 1). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- ROXIN, C. Derecho Procesal Penal, Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Códoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.,
- SÁNCHEZ VELARDE, P. (2004). Manual de Derecho Procesal Penal. Lima, Perú: IDEMSA.
- Sentencia 792, C-792/14 (Constitucional 29 de octubre de 2014).

●●●●●●●● **PALABRAS CLAVE:**

Condena, segunda instancia, absolución, regulación, recurso, tratados internacionales.

●●●●●●●● **KEYWORDS:**

Sentence, second instance, absolution, regulation, appeal, international treaties.





## La medida cautelar de la prisión preventiva

Jesús Riera Lanzoni <sup>1</sup>

### ► SUMARIO

*Proponemos al lector de este trabajo el interiorizarse en la actualidad de lo relacionado con la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva.*

*Las medidas cautelares en el Derecho Penal, y en lo que hace a la aplicación de las mismas, constituyen un punto sensible en la Administración de Justicia debido a que las mismas no solo cargan a los bienes materiales de las personas, como en el ámbito civil, sino que también lo hace a la libertad de las mismas.*

*En la actualidad, la materia se halla regulada por el Código Procesal Penal y por leyes posteriores que han modificado segmentos y partes de las disposiciones del código primigenio, y así han ocasionado la modificación sustancial de la aplicación de las mismas, colocando un panorama actual todavía no muy claro en cuanto a su aplicación.*

*Intentaremos exponer al lector este panorama actual, en cuanto a su aplicación, sostendremos que las modificaciones introducidas han producido contrariedades y lagunas legales que en el momento de la práctica judicial, la Administración de Justicia se encuentra en problemas para dirimir los casos fácticos que se plantean.*

*Presuponemos que el lector posee ya los conocimientos básicos de las medidas cautelares, y de las leyes que las regulan, y expresamos que este trabajo no pretende agotar toda la materia referente al objeto de estudio, sino que solo quiere abocarse a dar una actualización sobre ella, en cuanto a su aplicación a tenor de la nueva legislación.*

### ► ABSTRACT

*This paper proposes the reader of this work to internalize in the actual application of the precautionary measure of pretrial detention.*

*Precautionary measures in the criminal law, and what makes to the application of them, constitute a sensitive point in the administration of Justice since they not only burden the property of people, as in the civil*

<sup>1</sup> Abogado distinguido Facultad de Derecho de la Universidad Católica 2001, Egresado Escuela Judicial de Asunción 2004. Doctor en Ciencias Jurídicas y Diplomáticas Summa Cum Laude Universidad Católica 2010. Postgrado de Didáctica Universitaria en la Universidad 2007. Notario Público en la Universidad Católica a 2011. Relator de Sala Penal CSJ



field, but it also does with theirs freedom.

*At present, the matter is regulated by the code of criminal procedure and subsequent laws that have modified segments and parts of the provisions of the original code, and thus have resulted in the substantial modification of the application of them, by placing a current scene still not very clear regarding their application.*

*We will expose the reader this current panorama, regarding its application, we maintain that amendments have been setbacks and legal loopholes that at the time of the judicial practice, the administration of Justice has troubles to resolve factual cases that arise.*

*We assume that the reader has basic knowledge of precautionary measures, and the laws that regulate them, and we express that this work is not intended to exhaust all matter pertaining to the object of study, but only pursue to give an update on it, in terms of its application under the new legislation.*

#### ► ASPECTOS DETERMINANTES

Uno de los primeros aspectos determinantes en la aplicación de la medida cautelar de Prisión Preventiva es su carácter inmediato de solución, entendiéndose por ello la velocidad que debe ser impresa por el juez o tribunal en responder, ya sea de manera negativa o positiva, al pedido expreso que realiza una de las partes sobre nuestra figura.

El carácter o impronta inmediata que posee esta medida, ya sea para lograr su imposición o para levantar la misma, obedece al sistema actual al derecho procesal penal, que posee plazos breves y expeditivos; si a esto recordamos que las medidas cautelares por sí mismas, como nota de característica, ya es de por sí breve y expeditiva, se puede entender, y no debe dejarse de vista, el que el órgano de justicia tenga como máximo tres días e incluso solo horas para resolver todo lo referente a las mismas.

Esta primera connotación de su aplicación, es un aspecto determinante en ella porque constriñe de manera especial a los jueces a que la entienda y la resuelvan, y expresamos que no debe dejarse de vista esto porque si en el organigrama jurídico pertinente, se incluyó disposiciones normativas que la modifican, el juez debe



utilizarlas de manera inmediata, sintiéndose ello luego en la resolución pertinente.

Otro aspecto que no debe ser olvidado es el fin que cumple dicha medida cautelar en nuestro derecho. Nosotros pretendemos observar nada más aquel que importa como tal, es decir, como cautelar, y así debemos recordar que las medidas cautelares en general tienen como fines el asegurar que el procesado esté sometido a los mandatos de la justicia y también evitar que el mismo pueda evitar o entorpecer de alguna manera la marcha del proceso penal establecido en su contra. Estos dos criterios son los que están contemplados en los artículos 243 y 244 del Código Procesal Penal, que observaremos más adelante con detenimiento.

Otro aspecto consiste, unido a lo arriba dicho, en la atención que debe ser puesta en la velocidad y en el fin de la aplicación de la medida, puesto que si la misma deja de ser necesaria o no cumplió con los objetivos para lo cual se la aplicó, la misma velocidad que se usó en imponerlas debe ser impresa en levantarlas, y este aspecto posee radical importancia si se recuerda las responsabilidades del Estado, y subsidiariamente de los operadores de Justicia, en cuanto no cumplan las normativas específicas.

Un aspecto más que deseamos poner en atención es el carácter restrictivo, o mejor decir, excepcional que posee la aplicación de una medida cautelar de Prisión Preventiva. Ella solo puede ser aplicable cuando sea realmente necesaria, y esto queremos que el lector lo tenga en mucha atención porque, cuando ingresemos en la problemática de su actualidad, veremos que la excepcionalidad de la aplicación produce mucho escozor dentro de la administración judicial, y fue causa de muchas disposiciones legales posteriores que veremos más adelante.

► UBICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DENTRO DE LA CLASIFICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES Y SUS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

Es interesante lograr una visión de dónde se halla ubicada la Prisión Preventiva dentro del panorama de las Medidas Cautelares en general, para poder luego entresacar con mejor detalle sus ca-



racterísticas más resalantes.

Las Medidas Cautelares pueden ser disgregadas, en primer lugar, en aquellas que afectan a la libertad del imputado, que son las conocidas como medidas cautelares de carácter personal; éstas a su vez se pueden dividir o sub clasificar en Aprehensión, Detención Preventiva y Prisión Preventiva, siendo esta distinción realizada por la propia Ley en su artículo 235 del Código Procesal Penal; no obstante ello, podemos apreciar nosotros que también podría ser agregada a esta división la medida de Internación, contemplada en el artículo 255 del mismo cuerpo legal, mencionando esto al solo efecto de mejor orden, ya que su análisis no es materia de nuestro trabajo. En la división arriba señalada ya aparece nuestro objeto de estudio.

Retomando el punto mental, decimos que las medidas cautelares también pueden ser clasificadas, en segundo lugar, como medidas cautelares de carácter real, siendo aplicadas toda la división que hace el Código Civil sobre la materia, por mandato del propio artículo 235 del CPP; éstas medidas son aquellas que afectan más al patrimonio del imputado y como se repite, son las que el Derecho Civil las plasma por remisión del Derecho Penal.

En tercer lugar, se puede dividir las medidas cautelares de acuerdo al artículo 245 del Código de Formas, siendo éstas las medidas cautelares alternativas o sustitutivas, que forman un conjunto mixto de las dos primeras, pero se destaca que en su conjunto no afecta enteramente a la libertad del imputado sino más bien a su conducta, aunque toman caracteres de ambos conjuntos. Por último, en cuarto lugar, tenemos las medidas cautelares de Caucción.

► REGLAS PARA SU CONCESIÓN, PERMANENCIA  
Y REVOCACIÓN. MODIFICACIONES LEGALES

La Prisión Preventiva reconoce como norma de especial regulación al artículo 242 del Código Procesal Penal. En su primer párrafo, la norma estipula: “El juez podrá decretar la prisión preventiva, después de ser oído el imputado, sólo cuando sea indispensable y siempre que medien conjuntamente los siguientes requisitos”.

Lo primero que debemos resaltar sobre esta redacción es que



en ningún momento la norma da una distinción entre hechos punibles, significando esto que la presente ley recae indistintamente sobre el delito como sobre el crimen; de esta forma, la palabra “podrá” que utiliza el texto legal adquiere un mayor realce, puesto que indica que el juez está facultado, no obligado, a decretar una prisión tanto en crimen como en delito.

La segunda observación consiste en que la prisión a ser decretada debe tener una impronta de “indispensable”, esto es decir que si el administrador de justicia no observa ni encuentra que dicha medida sea absolutamente necesaria, pues entonces debe denegar la imposición de la misma. El término “indispensable” queda derivado en el ámbito subjetivo del administrador de justicia, pero la norma que estamos observando acude posteriormente, y luego se complementa con otras, con algunos requisitos o tópicos más objetivos, para lograr delimitar este vocablo.

Una tercera observación radica en que, al colocar el artículo 242 del CPP algunos tópicos objetivos para delimitar el carácter de “indispensable” que ella misma utiliza, agrega otro elemento que es el que dichos elementos deben obrar conjuntamente, no de forma separada.

Esto es importante destacar porque hasta este momento, la medida cautelar de prisión preventiva es una facultad que puede ser impuesta por el juez en delitos y crímenes, siempre que dicha medida sea indispensable y que unidos a esta indispensabilidad, aparezca ciertos requisitos.

Estos requisitos que alude la norma son tres, y las proporciona ella misma. Son: que haya elementos de convicción de la existencia de un hecho punible grave; que sea necesaria la presencia del imputado y pese sobre él el ser autor o partícipe del hecho anterior y; cuando puedan existir hechos suficientes que permitan suponer que se pueda producir una fuga o una obstrucción a la investigación.

Pues bien, el artículo 242 del CPP dice, recapitulando nuevamente, que la imposición de la prisión preventiva podrá hacer al juez si es que es indispensable y junto con ella estén la evidencia de un hecho punible grave, de la autoría del sindicado y de su posibi-



lidad de escaparse u obstruir a la justicia.

Antes de separar más el texto legal, en lo que hace a la fuga y obstrucción, debemos volver a destacar algunas observaciones más.

En primer lugar, en el primer requisito que debe aparecer de forma conjunta se utiliza la expresión “hecho punible grave”. Esto parece una contradicción con lo que arriba hemos expresado, sobre que la ley no hace distinción en lo que se refiere a delito o crimen, pero bien observado, notamos que dicha contradicción no existe y ni siquiera contrariedad, ya que en realidad la ley no hace esta distinción, sino que coloca un límite a la facultad judicial diciendo que el “hecho punible”, que sabemos puede ser delito o crimen, debe contar con evidencias que lo tiñan de grave.

Entonces así, si un delito es grave, el juez posee uno de los requisitos para otorgar la prisión preventiva; así también si un crimen no aparece como grave porque no se le aportó al juez los elementos que así lo indiquen, pues entonces el juez debe rechazar la medida cautelar de prisión preventiva.

El texto utilizado de “hecho punible grave” hace referencia entonces, solamente al conjunto fáctico específico que se le presenta al juez, muy independiente de la calificación jurídica que se le pueda otorgar a dicho conjunto fáctico. El mismo razonamiento puede ser aplicado en lo que se refiere a la autoría del sindicado en el hecho grave.

En segundo lugar, notamos que tanto para demostrar la gravedad del hecho, como de la autoría y así también de la posibilidad de fuga o de la obstrucción de la investigación, el solicitante de dicha medida cautelar debe acercar indefectiblemente evidencias que aseguren estos extremos. De esta manera deben existir, por citar como ejemplos, testimonios, evidencias fácticas, documentos, que puedan ser apreciados para delimitar los requisitos arriba indicados; lo importante expresar aquí es que el juez no debe valorarlos de fondo, ya que ello es trabajo único del tribunal de sentencias, sino que simplemente debe constatar que existan y que de manera segura los mismos puedan señalar o llenar la objetividad que pide el artículo 242 del CPP.

Finalizado esto, podemos ahora pasar a disgregar más la norma



que nos ocupa, ya en lo que se refiere al último requisito que debe obrar conjuntamente, cual es el peligro de fuga o de obstrucción.

Como es evidente, estos conceptos fueron también muy abandonados en el ámbito de la subjetividad, y es por ello que la ley, prontamente, acude con dos artículos más, el 243 y el 244 ambos del CPP, a delimitarlos más y con mayor precisión.

La primera de estas normas, el artículo 243 del CPP, da como parámetros objetivos para que se pueda saber si habría el peligro de fuga en primer lugar la falta de arraigo en el país. Esta será considerada cuando el imputado carezca de cualquier tipo de vivienda, negocio o trabajo en el país.

Si bien es verdad que la ley no distingue entre las clases de viviendas, negocios o trabajo, estando cualquier tipo de ellas en el mismo nivel legal, debe ser atendido y sopesado si es que las mismas pueden ser cambiadas en cualquier momento, o si el imputado no tendría reparo alguno en perderlos a cambio de verse sustraído del juicio penal que se le sigue; solo para colocar como ejemplos, no sería lo mismo que el autor tenga un negocio de venta al menudeo de ropas a que posea un negocio de venta de electrodomésticos, ya que el primer supuesto la mercancía ocupa escaso lugar y la venta la lleva el solo adelante, mientras que en el segundo requiere que posea algún empleado, un local y además una gran cantidad de espacio para guardar los productos que definitivamente ocupan mucho espacio, quedando claro que en el primer ejemplo el autor no consideraría gravoso el perder dicho negocio, mientras que en el segundo consideraría lo contrario.

Otro parámetro será la pena que se le puede imponer al imputado. Este supuesto el juez considerará el monto punitivo que se le puede imponer al imputado, puesto que es claro que si dicho monto es elevado, el mismo puede tener mayores deseos de fugarse para sustraerse al proceso, siendo lo contrario en el caso que el monto sea mínimo.

Para este supuesto, creemos que debe ser tenido en cuenta el tipo base, ya que proporciona mayor seguridad jurídica y orden a la aplicación de esta medida, siendo además menos gravosa al imputado.



Un tercer parámetro es el daño causado por el autor y su actitud frente al mismo. Consideramos que este elemento de apreciación, que la ley quiso que sea contemplado como algo objetivo a fin de precisar el concepto subjetivo de fuga, peca a su vez de ser subjetivo.

Efectivamente, la “importancia” del daño es un carácter subjetivo no solo de la víctima, sino también del propio juez, que querrá guiarse al efecto por su propio conocimiento y por la versión de la víctima; si a esto sumamos que también el imputado tendrá su versión sobre el daño, es claro que la subjetividad no se rompe.

Lo mismo puede decirse sobre la actitud del autor, ya que inclusive una actitud pasiva puede ser tenida como un deseo de fuga, y no siempre la actuación diligente de su defensa previene esta posibilidad.

El último parámetro consiste en la conducta del imputado dentro del proceso o en uno anterior para poder determinar su voluntad de quedarse o no en el país. El mismo razonamiento podemos expresar sobre este cuadro en cuanto a la subjetividad; nuevamente el mismo cae en el vicio de ser muy impreciso y muy difícilmente puede ser usado para dar objetividad al criterio de fuga.

Pasamos ahora al artículo 244 del CPP, referido a la posibilidad de obstrucción por parte del autor. Este artículo también desea aportar elementos objetivos para cristalizar el concepto de “obstrucción”, y los mismos son, en primer lugar, la posibilidad que el autor o sindicado pueda destruir de alguna manera o falsificar evidencias probatorias, además de incitar a que otras personas realicen estas conductas.

Por estas causales se deberá sopesar la posibilidad, entonces, de que el sindicado como autor del hecho punible pueda amedrentar testigos, o hacer desaparecer evidencias por sí o por interpósita persona. Si bien es cierto que los conceptos dados aquí por nuestra Ley son bastantes objetivos, también es de consideración que la temática de sopesar estas posibilidades varía de manera tan amplia como la conducta humana; entonces podemos argüir dando algunos elementos de criterio para estas eventualidades, como ser, por ejemplo, considerar la cercanía de la vivienda del acusado con



la víctima, en especial en los casos de hechos punibles contra la autonomía sexual; también el grado de relación de la víctima con el acusado, en lo que se refiere a ilícitos contra el patrimonio en especial en grado societarios, entre otros.

Otra eventualidad será los antecedentes del imputado y su conducta humana, a fin de poder apreciar el grado de agresividad que demuestra en su accionar y, conjuntamente con todo ello, se debería ver la gravedad del ilícito, a fin de poder tomar una disposición sobre el pedido de medida cautelar.

Para cerrar este breve análisis de estos dos articulados, es necesario indicar que ambos, tanto el artículo 243 y el 244 ambos del CPP, no requieren que cada uno de sus elementos deben aparecer unidos o configurarse conjuntamente para así alcanzar el concepto de fuga o de obstrucción. Basta con que se configure claramente una posibilidad para que uno de estos conceptos se configure; lo que sí debe ocurrir luego es que el concepto configurado de fuga o de obstrucción obre conjuntamente con los primeros requisitos legales dichos, para que así se pueda disponer de la prisión preventiva.

Terminada esta exposición, es bueno recordar que el magistrado tiene la posibilidad de otorgar medidas alternativas o sustitutivas a la prisión preventiva. Esto no es materia de nuestro enfoque analítico, pero es importante mencionar para poder ingresar en la serie de modificaciones que ocurrió con posterioridad a este panorama jurídico. Así, si ante una solicitud de las partes, para citar como ejemplo, el juez encuentra que no obran todos los requisitos del artículo 242 del Código de Formas, entonces debe rechazar la imposición de la prisión preventiva para imponer algunas medidas menores pero que a su vez garanticen los deseos del peticionante.

Aquí es donde entran las medidas alternativas o sustitutivas, que son en la práctica las mismas y que se diferencian en sus nombres solo porque se aplican antes de acaecer una prisión preventiva o después de que ella aparezca, con el fin de levantarla. Esto es así porque se considera que la prisión preventiva es la “ultima ratio” de las medidas cautelares y es la que menos debe ser usada, a fin de resolver una serie de problemas sociales que afectan a las



comunidades.

Pues bien, hasta aquí fue el planteamiento anterior de nuestro Derecho Procesal Penal, que como todos sabemos hasta el hartazgo, es de neto corte garantista, haciendo entonces que los jueces pertinentes, al irlo cumpliendo a cabalidad, hagan que dichas garantías se derramen en la sociedad.

El problema se instaló cuando la sociedad rechazó estas garantías. Por un conjunto de situaciones que hacen más a la Política Criminal y también a ineficiencia del aparato ejecutivo, como así también a la imposibilidad fáctica de cumplir o hacer cumplir las medidas alternativas o sustitutivas, empezó a aparecer un fenómeno social que era lo buscado en su momento pero cuyos resultados fueron rechazados fuertemente por la sociedad.

El central de ellos consistió en el vaciamiento de las cárceles, algo buscado por el legislador en sus inicios máximo cuando el país estaba en observación internacional por esta situación. Entonces, a medida que los sindicados como delincuentes iban obteniendo las medidas alternativas o sustitutivas, evitaban entrar o seguir estando en la cárcel, y así se instalaban en sus comunidades a seguir delinquiriendo, y de manera grave, con lo cual el índice de delincuencia se disparó a límites elevadísimos, tanto en cantidad de hechos como en gravedad de los mismos, habiendo casos en que un aprehendido, lograba salir con medidas y en el lapso de dos días era atrapado nuevamente por la reincidencia del primer hecho punible cometido.

De esta forma, la comisión de los hechos punibles que afectaban más a los bienes jurídicos de la vida, integridad física, autonomía sexual y propiedad, se fueron elevando; pero los jueces, no tenían alternativa alguna de poder cambiar esta situación simplemente porque las normas no le eran cambiadas y así el problema fue agravándose más y más; y así la sociedad, imbuída en ese entonces de los Derechos Humanos, y que antes pedía normas para que la súper población carcelaria sea disminuída en atención a ellos, pasó a pedir a gritos que sea cortada esta situación y que los sindicados como delincuentes no salgan de las cárceles bajo ninguna circunstancia para verse así protegida de ellos.



Las herramientas jurídicas, absolutamente necesarias para que los jueces puedan cambiar y tornar a la situación social anterior, fueron dadas en la forma de una acordada de la Corte Suprema de Justicia y en una Ley, que son las que analizaremos a continuación y veremos cómo modifica el panorama procesal en esta materia.

La primera es como dijimos la Acordada N° 319 de fecha 16 de Junio de 2004. Por medio de este instrumento, la Corte Suprema de Justicia indica que se debe crear una base de datos especializada para los jueces que deban tramitar las medidas cautelares; pero a lo que hace a nuestro trabajo, los artículos 1, 2 y 5 son los más importantes, ya que en los dos primeros se dice que los jueces deben tener a la vista los antecedentes penales de los solicitantes para poder disponer la medida cautelar, entendiéndose por antecedentes penales la orden de captura, la prisión preventiva y la condena. En el quinto artículo se establece las garantías que debe tener el juez a los efectos de las cauciones personales.

Pues bien, de esta Acordada, sin entrar a analizar si la misma puede modificar, agregar o extraer algo de una Ley, y sin analizar si es constitucional el hecho de considerar antecedentes penales a las órdenes de captura como a la prisión preventiva, es el instrumento sobre el cual se basó en primera fase el hecho que no se podía conceder medidas a la prisión preventiva si es que el solicitante tenía un antecedente penal.

Se puede ver que en puridad esta Acordada interpone un nuevo elemento que debe atenderse en el momento de la prisión preventiva, puesto que el hecho que el solicitante tenga antecedentes penales no puede ser adherido a ninguno de los requisitos vistos hasta ahora, sino que es uno nuevo. Bajo este nuevo elemento, no importa que el hecho por el cual se imputa al solicitante no sea grave..., si tiene antecedentes, debería quedarse en prisión, no importaría tampoco que el peligro de fuga y de obstrucción fuesen difusos, o inclusive no existan, porque al aparecer un elemento nuevo objetivo, como lo es tener o no antecedentes, ya no es necesario ingresar al estudio de estas causales, por ser ellas más de tinte subjetivo.

Sin embargo, como recordamos que los requisitos del artículo



242 del CPP deben obrar conjuntamente, el círculo en contra del imputado no quedó bien cerrado, porque no quedaba claro y ya se sumía en la duda al juez sobre qué hacer cuando existían antecedentes pero no había peligro de fuga u obstrucción claramente configurados.

Así entonces vino una segunda ley, la 2493/04, que la dejamos a un costado por haber sido derogada por la que posteriormente apareció, la Ley 4431 del año 2011, que introduce nuevos conceptos modificando el artículo 245 del CPP.

En primer lugar, dicha ley agrega en su primer párrafo el vocablo “razonablemente” cuando se refiere a que el peligro de fuga u obstrucción puedan ser evitados; al insertar este término lingüístico, lo que se consigue y se logra es que en caso de duda sobre si existe un peligro de fuga u obstrucción claramente configurados, entonces debe sancionarse en contra del imputado, porque si por citar como ejemplo, el imputado posee un domicilio, pero el mismo es precario, entonces, cabe la seria posibilidad de pese a no configurarse ese elemento, el imputado pueda fugarse, entonces, “razonablemente”, el peligro de fuga no se puede evitar.

Luego, en lo que nos incumbe, la ley 4431 indica que las cauciones no se podrán otorgar a los imputados que hayan violado otras medidas sustitutivas, que sean reincidentes o que estén sometidas a otro proceso.

Luego la norma indica que en el caso de existir antecedentes penales, indefectiblemente se debe imponer medidas cautelares.

Ahora bien, a continuación, la ley 4431 indica que no se puede dar medidas alternativas ni levantar una prisión preventiva, en el caso en que el hecho que se estudia se trate de un crimen, o que el mismo atente contra la vida de manera dolosa, o que el imputado esté incurso en el numeral tercero de la reclusión en establecimiento de seguridad o cuando esté imputado en otras causas, cuya expectativa de pena sea superior a cinco años, pero luego la norma intenta aclarar que solo dentro del catálogo de lo arriba señalado.

A todo el panorama anterior que se describió al comenzar este trabajo, sobre cómo se planteó inicialmente el tratamiento de la medida cautelar de la prisión preventiva, la introducción de esta



última reglamentación lo modifica seriamente.

Agrega la ley 4431 un nuevo concepto no contemplado anteriormente que es el concepto de “crimen”. Ante la eventualidad de su configuración, no se puede dar las alternativas ni levantar una prisión preventiva; este concepto, acompañado ya de los otros tres citados, ya prácticamente anula el concepto de “hecho punible grave” del artículo 242 y desdibuja completamente lo expuesto en los artículos 243 y 244 del CPP ambos; de la primera norma citada ya no tiene relevancia alguna los numerales 3 y 4, en cuanto al 2 numeral, es subsumido y absorbido por la nueva legislación; sobre el 1 numeral, ya prácticamente no interesa el tipo de arraigo que pueda tener el indiciado, puesto que ya la Acordada anterior colocaba la duda, ahora, con la ley 4431, en caso de conjugarse un crimen junto a un domicilio precario, hace que “razonablemente” no se pueda evitar la posibilidad de la fuga, con lo que así ya cerraría este aspecto legal. Sobre el artículo 244, caben los mismos razonamientos arriba señalados.

Además, esta legislación nueva ya asienta definitivamente el concepto de los antecedentes del justiciable, diciendo que si posee “imputaciones” específicas ya no puede ser beneficiado con las alternativas ni salir de prisión.

No obstante el deseo de estas normas de responder al reclamo de la sociedad por la inseguridad y ante la situación de reos que salían en libertad e inmediatamente volvían a delinquir, esta nueva configuración legal no es una respuesta sólida a la situación, porque nunca es conveniente legislar sobre casuística debido a que el Derecho es una ciencia que avanza lentamente detrás de las modificaciones sociales y nunca delante, siendo imposible que fácticamente cubra todos los aspectos referidos a una sociedad si es que lo hace de manera inductiva; siempre es recomendable ajustar la norma general para que los casos específicos vayan siendo insertados y resueltos en ella.

Por otro lado, la nueva estructura legal sobre nuestra materia, deja mucho librado al campo de la duda como ya lo explicamos, y obliga a analizar petición por petición como si no existiese una ley madre, con lo que los jueces, para evitar caer en error y evitar tam-



bién dañar al peticionante, seleccionan solo los parámetros más objetivos para poder responder a los imputados, dejando de lado todo lo que cayó en el campo subjetivo y no puede ser extraído del mismo.

Además, esta nueva estructura legal produce otros dos problemas más técnicos, a saber: cuándo se configura el concepto de “crimen” a tenor de la prisión preventiva y, si la ley 4431 afecta al artículo 252 del CPP.

Sabemos por nuestro artículo 13 del CP cuál es crimen y cuál es delito, y por más que a continuación diga la norma que quiere circunscribir el concepto a todo lo que sea que dañe a la vida de manera dolosa, es claro que en puridad ningún crimen puede ser beneficiado con alternativas ni con la salida de la prisión preventiva, con lo que la propia norma entra en contrariedad consigo misma; por otro lado, no se define a nivel jurisprudencial ciertos tipos penales si es que son delito o crimen, como sería el caso, para ejemplificar, del Hurto Agravado, existiendo así tipos penales que pueden ser tratados de ambas maneras.

En cuanto a la revocación de la prisión preventiva, contemplada en el artículo 252 del CPP, la sería duda surge de si un imputado por crimen puede ser beneficiado con la misma en caso de cumplimiento de la pena mínima, ya que la ley 4431 dice: “...ni la prisión preventiva decretada podrá ser modificada por una medida sustitutiva, cuando el hecho sea tipificado como crimen...”, siendo notorio que aquí existe una contradicción legal, aunque se quiera decir que en caso de aparecer el cumplimiento de la pena mínima no se habla ya de medidas sustitutivas, sino que deben ser levantadas todas ellas inclusive la de prisión preventiva.

Podemos decir también, a renglón seguido, que no está claro si la Ley 4431/11 deroga o modifica en algo al artículo 427 numeral cuatro, que regula lo referido al régimen de libertad de un menor.

Si a esto agregamos que el concepto de “pena mínima” no está sólidamente ajustado, pese a las confrontaciones de estas nociones y estas situaciones con el derecho constitucional; y que tampoco contamos con una jurisprudencia clara y asentada sobre ninguna de estas situaciones, se puede entender ya cuál es la confusión rei-



nante en nuestros tribunales sobre la materia.

► CONCLUSIÓN

Consideramos que en este brevísimo pantallazo analítico realizado sobre la medida cautelar de la prisión preventiva da una clara imagen de la actualidad de la misma, y de cómo se la aplica en los tribunales.

Al inicio, las normas relativas a la figura se hallaban claras y eran de meridiano entendimiento, permitiendo una aplicación correcta de la misma; con el tiempo, por presión de la sociedad que se hallaba a disgusto con el carácter garantista de esta estructura legal, se le insertaron normas de tinte inquisitivo o tasado, pero consideramos que de tal mala forma que actualmente desdibujaron en todo el panorama legal, y así las respuestas que da el Poder Judicial sobre la materia ya no son claras.

No pretendimos dar aquí mayor luz sobre la figura, en atención al margen de desarrollo que poseemos, ni mucho menos comenzar a aportar las posibles soluciones a la misma por el mismo motivo, pero sí podemos manifestar que dichas soluciones no venderán de la práctica judicial, atendiendo a lo atomizada que está la jurisprudencia que trata esta figura, sino que debe venir de un completo y acabado estudio legislativo desde el Congreso.

Nos conformamos ahora, simplemente, con aportar una radiografía breve pero clara de los problemas que ahora aquejan a la aplicación de la prisión preventiva.

**BIBLIOGRAFIA**

- Constitución Nacional.
- Código Procesal Penal con actualización de leyes.
- Introducción al Derecho Procesal Penal. Alberto Binder. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires 1994.
- Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Volumen II. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. Santiago de Chile 2011.



●●●●●●●● **PALABRAS CLAVE:**  
Prisión, Medida, Preventiva, Cautelar, Acordada N. 319,  
Ley 4431.

●●●●●●●● **KEYWORDS:**  
Prision, Precautionary measure, Interim measure, Agree-  
ment N. 319, Law N. 4431.

# DERECHO PENAL INTERNACIONAL



- ▶ TIPIFICACIÓN DEL FEMINICIDIO EN LAS LEGISLACIONES DE AMÉRICA LATINA: CONSIDERACIONES JURÍDICAS.
- ▶ EL ESTATUTO DE ROMA (PARTE GENERAL, PARTE ESPECIAL Y PARTE PROCESAL).
- ▶ ACTIO LIBERA IN CAUSA Y EL PRINCIPIO DE REPROCHABILIDAD: SU APLICACIÓN EN LA LEY PENAL ALEMANA Y UNA BREVE COMPARACIÓN CON EL CÓDIGO PENAL PARAGUAYO





## Tipificación del feminicidio en las legislaciones de América Latina: consideraciones jurídicas

Cecilia Beatriz Franco <sup>1</sup>

### ► SUMARIO

*El feminicidio es el asesinato de una mujer por razón de su sexo, máxima expresión de la violencia de género. Miles de mujeres son víctimas de feminicidio por año en América Latina, generando como consecuencia una ola de protestas con diferentes lemas como “ni una menos”, “vivas nos queremos”, “nos están matando”; todas ellas con un objetivo en común: acabar con la impunidad.*

*Como respuesta, los países de la región han incluido esta figura en sus legislaciones de diferentes formas: como figura autónoma, a través de una ley especial o como agravante del homicidio.*

*¿Es realmente una necesidad jurídica? ¿Una imposición social? ¿Un problema estructural?*

*Mientras que las organizaciones civiles están plenamente a favor de la inclusión de la perspectiva de género en las investigaciones de los asesinatos de mujeres, no son pocos los juristas que argumentan que su tipificación atenta contra el principio de igualdad.*

*La autora introduce al lector a un breve análisis de dichas legislaciones y sus consecuencias jurídicas por país, haciendo énfasis en Paraguay.*

### ► ABSTRACT

*Femicide is the killing of a woman for the fact of being a woman, maximum expression of gender violence. Thousands of women are victims of femicide every year; in consequence producing a wave of protests with different slogans like: “ni una menos”, “vivas nos queremos”, “nos están matando”; all of them with one common objective: ending impunity. As a response, the Latin American countries have included this concept in their legislations in different ways: as an autonomous concept, as a special law or as an aggravating factor of the homicide figure. Is it really a legal necessity? A social imposition? An structural problem? While civil organizations are completely supportive of the inclusion of gender perspective in the investigations of the murder of women, not a few jurists claim that its categorization attempts against the principle of equality.*

<sup>1</sup> Bachiller en Ciencias Básicas, Colegio Villa San Francisco. Alumna del quinto curso, sección cuarta, de la carrera de Derecho de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Ha trabajado y realizado pasantías en el área corporativa y laboral, como así también en el área penal. Interesada en investigación jurídica.



*The author introduces the reader to a brief analysis of these legislations and their legal consequences by country, making emphasis on Paraguay.*

La palabra feminicidio es definida por la Real Academia Española como *el asesinato de una mujer por razón de su sexo*. Esta palabra fue acuñada por Diana Russell en la década de 1970.

Hoy, en el año 2017, una gran parte de los países de América Latina ha tipificado el feminicidio, pero ¿es realmente una necesidad legal? Algunos juristas sostienen que su inclusión en las legislaciones atenta contra el principio de igualdad ante la ley, ya que realiza una discriminación por género. Otros propugnan que la tipificación del feminicidio es una respuesta urgente para hacer frente a este tipo de crímenes, dado que muchas veces quedan impunes.

¿Son todos los asesinatos de mujeres, feminicidio? la respuesta es no. Para hablar de feminicidio es necesario que concurren ciertas circunstancias, variables en las diferentes legislaciones, pero con un mismo motivo principal: el género.

Ya que no existen estadísticas oficiales en la mayoría de los países, se hace imposible la contabilización fidedigna de la magnitud del problema. Esto se ve agravado por la impunidad en cuanto a asesinatos de mujeres se refiere.

Internacionalmente, el tema ha sido abordado en varias oportunidades. Un ejemplo en la región es la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de Belem do Para, en donde se establece, entre otros, el derecho a que se respete su vida.

En lo que respecta a la investigación, ONU mujeres y la oficina regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OACNUDH, elaboraron el modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género, en el cual se establecen las directrices para el desarrollo de una investigación penal eficaz de feminicidios. En el modelo se identifican también las diversas modalidades delictivas: íntimo, no íntimo, infantil, familiar, por conexión, sexual sistémico, por trata, transfóbico, racista, etc.

¿Es la tipificación la solución definitiva para acabar con este crimen? ¿Es apropiada su inclusión en las legislaciones? ¿Es constitu-



cional? Estas y otras interrogantes tratarán de ser respondidas en el siguiente breve análisis por país.

► COLOMBIA: LEY ROSA ELVIRA CELY

Por medio de la ley N° 1257 del año 2008 fue modificada la ley N° 599 del año 2000; añadiendo a la figura del homicidio, como agravante, que la muerte se cometiera “*contra una mujer por el hecho de ser mujer*”.

Este panorama sufrió variaciones con la promulgación de la ley N° 1761 en el 2015, en la cual se creó el tipo penal del feminicidio como delito autónomo, también conocida como “Ley Rosa Elvira Cely”. Dicha ley tipifica el feminicidio como la muerte de una mujer por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género y lo sanciona con pena privativa de libertad de doscientos cincuenta a quinientos meses. También se establecen las circunstancias agravantes, con las cuales la pena privativa de libertad aumenta de quinientos a seiscientos meses.

La ley lleva el nombre de Rosa Elvira Cely<sup>2</sup>, pues fue su muerte la que impulsó el proyecto de tipificación.

La ley fue objeto de una demanda de acción de inconstitucionalidad, la cual se sustentaba en que la expresión “por el hecho de ser mujer” iba en contra del principio de estricta legalidad que deben seguir los tipos penales. La corte constitucional, por sentencia C-539/2016, resolvió declararla exequible.

Existe jurisprudencia reciente sobre la aplicación de esta ley, el fallo del 29 de marzo del 2017 sobre el caso “Rafael Uribe Noguera s/ feminicidio agravado y otros”. El procesado fue condenado por feminicidio con causal de agravación correspondiente al literal d del artículo 104B del Código Penal “*cuando se cometiere en una mujer en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial o desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual*”. La víctima, la menor YASM, era una niña de siete años, perteneciente a una familia de origen indígena de escasos recursos.

Lo interesante y a la vez debatible de dicho fallo radica en la

<sup>2</sup> Cely fue violada, torturada y empalada por un compañero del colegio nocturno al cual asistía.



siguiente conclusión de los magistrados “*Siempre que la violencia sexual antecede a la provocación de la muerte de una mujer se está ante un feminicidio. Con la agresión sexual se confirma el sometimiento de lo femenino a lo masculino y el poder y dominación de la corporeidad del hombre sobre el cuerpo de la mujer. Con la muerte se reafirma su cosificación y posterior anulación*”.

¿Es correcto hablar de la corporeidad del hombre sobre la mujer? No sería la expresión más adecuada por dos razones: la primera es que en Colombia el sujeto activo es indeterminado y en este caso se lo menciona al hombre exclusivamente. La segunda, ¿permite esta expresión incluir a las personas transgénero? teniendo en cuenta que el feminicidio en Colombia es abordado desde la perspectiva del género. El debate está abierto.

#### ► GUATEMALA: ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESPECIALIZADOS

En el año 2008, Guatemala fue el primer país en reconocer este crimen a través de la aprobación de la ley contra el feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer.

Esta ley establece en su artículo 6, que comete feminicidio quien, “*en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres diere muerte a una mujer por su condición de mujer*”<sup>3</sup>. La pena establecida es de veinticinco a cincuenta años de prisión y no puede ser reducida bajo ningún motivo.

El artículo 11 dispone que deberá otorgarse un resarcimiento a los sucesores de la víctima, proporcional al daño causado y al grado de culpabilidad del autor. ¿Posee la vida un valor susceptible de ser medido pecuniariamente? En Guatemala, según la redacción de esta ley, el feminicidio da lugar a una indemnización por la muerte de la víctima; el cálculo del monto queda al arbitrio del juez, ya que no existe una base mínima o algún procedimiento oficial estándar para establecerla.

La ley también hace referencia a la responsabilidad solidaria del estado de Guatemala por la acción u omisión en que incurran sus funcionarios públicos.

Un punto a destacar, sin duda alguna, es la creación de órga-

<sup>3</sup> Decreto Nº 22/2008 “Contra el feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer”, República de Guatemala.



nos jurisdiccionales especializados en delitos por razón del género, como así también la creación de la fiscalía de delitos contra la vida e integridad física de la mujer.

Todas estas acciones tienen como objetivo combatir la violencia hacia la mujer y la discriminación por género. Entre los planes de acción que ha tomado el gobierno de manera posterior a la promulgación de esta ley, se encuentra por ejemplo el servicio de buses exclusivo para mujeres, creado con el fin de resguardar su integridad, sobre todo en horarios nocturnos, brindándoles mayor seguridad.

A pesar de las medidas legales, la impunidad sigue siendo una constante en el país. Por lo expuesto, Guatemala parece ser el ejemplo más claro de que el feminicidio se trata de un problema estructural, no exclusivamente jurídico.

► CHILE: ¿FEMINICIDIO? SÍ, PERO DENTRO DEL PARRICIDIO

El feminicidio fue establecido por ley N° 20.480 del año 2010, la cual modificó el Código Penal. En el artículo 390, del parricidio, se añadió el siguiente inciso “*Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, el delito tendrá el nombre de feminicidio*”. Esta tipificación limita solo a las parejas actuales o ex parejas como posibles autores. ¿Es correcta la incorporación de las ex parejas en el artículo de parricidio? La definición que nos da la Real Academia de la palabra parricidio es que se trata de la muerte dada a un pariente próximo. Para la ley chilena, la ex pareja constituye un pariente próximo según esta redacción.

Otro punto interesante acerca de esta ley es la no inclusión de la expresión “por el hecho de ser mujer” como se ha dado en la mayoría de los países de América Latina.

► EL SALVADOR: TAMBIÉN SUICIDIO FEMINICIDA

La ley N° 520/2010, “*Especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres*” tipifica el feminicidio de la siguiente manera “*quien causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, será sancionado con pena de prisión de veinte a treinta y cinco años*”, posteriormente, cita las circunstancias taxa-



tivas que lo configuran.

En su artículo 46 tipifica la figura del feminicidio agravado, estableciendo una pena privativa de libertad de hasta cincuenta años.

En el artículo 48 se establece el suicidio feminicida por inducción o ayuda. En este caso, la pena de prisión es de cinco a siete años. El suicidio feminicida normalmente no es tipificado de manera autónoma, sino que es contemplado a lo sumo como un inciso dentro del feminicidio.

El Salvador es un país con una tasa muy alta de asesinatos de mujeres. A pesar de que la fiscalía general aplica un protocolo especial de actuación para la investigación del feminicidio, uno de los mayores obstáculos sigue siendo la identificación de estos crímenes como tales, ya que siguen siendo catalogados como homicidios, sin incluir la perspectiva de género.

#### ► MÉXICO: CIUDAD JUÁREZ

En los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, la mayoría de los casos no fueron investigados y las víctimas presentaban como patrón común el abuso sexual previo; por lo que desde la década de los 90 han muerto cientos de mujeres y sus casos han quedado sin resolverse.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Campo algodonerero vs México” encontró a México culpable de violar los derechos a la vida, la integridad personal, libertad, no discriminación, protección a la honra y dignidad de las víctimas. También se confirmó que el país incumplió su deber de investigar y sancionar a los culpables mediante un debido proceso y se le sentenció a sancionar a las instituciones públicas responsables y sus funcionarios acusados de irregularidades.

En el caso “Campo algodonerero vs México”, la demanda se relaciona con la responsabilidad del estado por la desaparición y ulterior muerte de las jóvenes Claudia Ivette Gonzalez, Esmeralda Herrera y Laura Berenice Ramos, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonerero de Ciudad Juárez el 6 de noviembre del 2001.

Desde el año 2007, México cuenta con una ley federal “General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia”. En el 2012



fue tipificado el feminicidio en el artículo N° 325 en el Código Penal Federal, en el que se establece que “*comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género*” y se enumeran las circunstancias consideradas como razones de género. La pena impuesta es de cuarenta a sesenta años y de quinientos a mil días de multa.

Si el acusado es encontrado culpable, perderá todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los sucesorios. Algo que probablemente nos resulte en extremo lógico, pero no siempre es establecido de manera específica en las legislaciones de los demás países.

También se incluyó, como agravante, que el servidor público retarde o entorpezca maliciosamente o por negligencia la administración de justicia. ¿Tiene esta reforma relación con la sentencia antes mencionada de la corte interamericana? Al parecer la respuesta es afirmativa.

A nivel estatal se tipificó el feminicidio en varios estados, aunque no existe una definición única para todos.

► PERÚ: CASTIGO EJEMPLAR = ¿CADENA PERPETUA?

En el año 2011 fue promulgada la ley N° 29.819, que modificó el artículo 107 del Código Penal peruano, incorporando la figura del feminicidio. La misma fue incluida en el artículo que configura el parricidio, incluyendo el siguiente texto “*Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a el por una relación análoga, el delito tendrá el nombre de feminicidio*”. De este modo, el feminicidio no constituía una figura autónoma en la legislación peruana.

Esta situación fue modificada en el año 2017, con la promulgación del decreto N° 1323. Dicho decreto tiene como finalidad fortalecer la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y de género en Perú.

El feminicidio es sancionado con una pena privativa de libertad no menor de quince años; también son establecidos los incisos que lo configuran. Cuando concurran dos o más circunstancias agravantes, la pena será de cadena perpetua. He aquí un punto controvertido. El gobierno de Pablo Kuczynski arguye que este crimen debe ser casti-



gado de manera ejemplar, pero ¿es esta una simple decisión social y políticamente correcta o es parte de una política criminal planeada detalladamente a largo plazo? Al cercenar toda posibilidad de reinserción social, se espera que la respuesta sea la segunda opción. Sobre todo porque existe ya jurisprudencia de julio del 2017 en la que una pareja fue sentenciada a cadena perpetua por el asesinato de una menor, hija biológica del hombre e hijastra de la mujer.

► URUGUAY: CAMINO A LA TIPIFICACIÓN

Actualmente existe un proyecto de ley para la inclusión del feminicidio, que ya cuenta con media sanción del Senado. El proyecto tipifica el feminicidio como agravante del homicidio, no como figura autónoma. Se pretende introducirlo como una modificación del artículo 312 del Código Penal uruguayo. También se propone crear un sistema de servicios gratuitos de asistencia a las mujeres.

El proyecto surge ante la necesidad de incluir el feminicidio en la legislación penal, para que los autores reciban una sanción específica.

En conclusión, Uruguay a la fecha no cuenta con una legislación que tipifique el feminicidio.

► NICARAGUA: EL HOMBRE COMO ÚNICO SUJETO ACTIVO.

La ley integral contra la violencia hacia las mujeres, N° 779, tipifica el feminicidio en su artículo 9, el cual establece que comete feminicidio “*el hombre que, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer en el ámbito público o privado*” y establece las circunstancias entre las cuales se encuentran la violencia reiterada, ritos grupales, de pandillas, por mutilación genital, entre otros.

El primer aspecto a resaltar de la ley es la diferenciación entre el ámbito público y privado. Para este último, la pena es mayor. El segundo es la redacción; establece como sujeto activo específica y únicamente al hombre.

► BOLIVIA: SIN INDULTO

El 9 de marzo del 2013 fue promulgada la ley N° 348 “Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia”. El fe-



minicidio es incorporado al Código Penal con el siguiente texto: “*Se sancionara con la pena de presidio de treinta años sin derecho a indulto, a quien mate a una mujer en cualquiera de las siguientes circunstancias...*” y enumera nueve circunstancias taxativas, entre las cuales se encuentra el embarazo de la víctima, situación no prevista en otras legislaciones de manera expresa.

La ley N° 348 fue creada luego del asesinato de la periodista Hernalí Huaycho a manos de su marido. ¿Los hechos siempre preceden al derecho en la tipificación del feminicidio?

► ARGENTINA: NI UNA MENOS

En el 2012 fue modificado el Código Penal argentino por ley N° 26.791. Se incorporó al artículo 80 el inciso N° 11, mediante el cual se impuso reclusión o prisión perpetua al que matare “*a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género*”. En Argentina el término utilizado es el feminicidio.

En este país funciona una ONG llamada “La casa del encuentro”, encargada de brindar asistencia a las víctimas y realizar estadísticas de los casos. Esta organización fue la encargada de elaborar el primer informe sobre feminicidios en Argentina.

También fue creado el movimiento Ni Una Menos, como una forma de protesta colectiva en contra de los asesinatos de mujeres y la violencia sexista, también para exigir dar cumplimiento a la ley N° 26.485 de protección integral para las mujeres y pedir la incorporación en fiscalías y comisarías de personal capacitado para recibir este tipo de denuncias y garantizar a las víctimas el acceso a la justicia.

Un caso muy conocido en el 2017 fue el asesinato de Micaela García, activista de Ni Una Menos. El autor, Sebastian Wagner, habría obtenido libertad condicional antes del cumplimiento total de su condena por abuso sexual. Fue este caso el que evidenció la necesidad de la creación de la ley N° 27.375, la cual limita la excarcelación de condenados por delitos graves. En dicha ley se establecen, entre otras modificaciones, un periodo de observación, en el cual se debe realizar obligatoriamente un estudio médico-psicológico-social del interno para la posterior formulación de un diagnóstico y pronóstico criminológicos. Al implementar la concesión de salidas transitorias y del régimen de semilibertad, se exigirá el acom-



pañamiento de un funcionario o la colocación de un dispositivo electrónico de control. La semilibertad es aquella que permite al condenado trabajar fuera del establecimiento en iguales condiciones a las de la vida libre, regresando al alojamiento asignado al término de cada jornada laboral.

En el año en curso, también fue promulgada una ley mediante la cual los condenados por feminicidio serán privados de la patria potestad de sus hijos. Todas estas medidas forman parte de los avances legislativos que implementa Argentina en su lucha contra el feminicidio.

► PARAGUAY: AÚN QUEDA MUCHO POR HACER

En diciembre del 2016 fue aprobada la ley N° 5777 de “Protección integral a las mujeres contra toda forma de violencia”. La misma entrará en vigencia desde diciembre del 2017, a excepción del artículo 50, que entró en vigencia al día siguiente de su publicación. Este artículo se encuentra en el capítulo de hechos punibles de violencia hacia las mujeres y tipifica el feminicidio como la muerte de una mujer por su condición de tal, estableciendo las circunstancias taxativas que lo configuran en seis incisos. Entre estos, destaca el inciso c, ya que en el mismo se habla de un ciclo de violencia anterior, hayan sido o no denunciados los hechos. En la hipótesis de no haber sido denunciados ¿Cuál sería el medio probatorio de los mismos? ¿La sola declaración de la víctima, la declaración de testigos? Los hechos precedentes de violencia deben tener necesariamente un medio de comprobación, el más completo es la denuncia de los mismos, junto con el informe médico o psicológico que los confirme o certifique. Si bien es cierto que una mujer maltratada sistemáticamente, probablemente no se atreva a denunciar por miedo a su agresor, se le deben otorgar las medidas necesarias para que su integridad no se vea amenazada. Estas medidas van desde la creación de un refugio para que la víctima no tenga que volver a casa cuando el agresor sea su pareja, el asesoramiento integral al momento de realizar la denuncia, en donde la víctima tenga contención psicológica y entienda las implicancias legales de su denuncia, como por ejemplo que no podrá retractarse de la misma, ya que desde la promulgación de la ley N° 5378 en el año 2014 la violencia familiar corresponde a la esfera de acción penal pública, lo que signi-



fica que el Ministerio Público actúa de oficio; hasta la solicitud de una orden de alejamiento. Con respecto a este último punto, ¿funcionan efectivamente en Paraguay las órdenes de alejamiento? Para hacerlas más eficaces podrían implementarse, por ejemplo, las pulseras electrónicas. Éstas permitirían un control preciso y rápido del cumplimiento o no de la medida y han demostrado prevenir efectivamente nuevas agresiones en otros países.

La inclusión del feminicidio en nuestro país todavía sigue siendo objeto de un amplio debate, ya que existen juristas que sostienen que la ley es inconstitucional por atentar contra el principio de igualdad; pero lo cierto es que Paraguay ha adoptado ya esta legislación con perspectiva de género siguiendo los pasos de los demás países de la región. Solo el tiempo nos demostrará su efectividad y deficiencias.

#### ► CONCLUSIÓN

La máxima expresión de la violencia de género es el feminicidio. Este constituye un problema estructural que comprende varias áreas; entre éstas se encuentra el campo jurídico. Es precisamente en este campo en donde es motivo de debate si el feminicidio debe o no ser incluido en las legislaciones, ya que con su inclusión se realiza una discriminación basada en el género, con la cual el único sujeto pasivo es la mujer.

En los diferentes países de América Latina analizados, la tipificación tiene como origen común una manifiesta desigualdad social de las cuales son víctimas las mujeres; una idea arraigada en la región de que la mujer es inferior al hombre, conducente a su cosificación. Las leyes tienen entonces, como objetivo, proteger a éstas y garantizarles un eficiente y eficaz acceso a la justicia.

Siguiendo las recomendaciones internacionales, Paraguay se ha unido a los países que han tipificado este crimen, definiéndolo como el asesinato de una mujer por su condición de tal. Con esta medida se busca, sobre todo, acabar con la impunidad. Pero, ¿es éste realmente el resultado obtenido? Conforme a esa redacción, el feminicidio se hace difícil de probar para los fiscales, con lo cual tenemos dos resultados concretos; el primero es que se excluye la perspectiva de género, catalogando a los feminicidios como otro tipo de crímenes y el segun-





## El estatuto de Roma (parte general, parte especial y parte procesal)

Abg. Carlos Alberto Jarolin<sup>1</sup>

### ► SUMARIO

*En este trabajo se realizará una sistematización de las normas del Estatuto de Roma agrupando sus artículos según regulen 1) Disposiciones generales de derecho penal, como: a) definiciones, b) principios generales, c) derechos y garantías. 2) Disposiciones procesales, divididas estas en a) competencia, b) procedimiento propiamente dicho; dividido a su vez en: b.1) Diligencias de investigación. b.2) etapa intermedia b.3) juicio oral y 3) Recursos a) procedimiento de apelación.*

*La Corte Penal Internacional como institución jurídica, interesa al mundo del Derecho Público, al menos, en tres de sus vertientes, a saber: Derecho Internacional Público, Derecho Penal y Derecho Procesal. En cuanto al primero, es obvio que al tratarse de un organismo supranacional, regulado por normas internacionales, constituye objeto claro del tratado jurídico de esta disciplina. Al Derecho Penal le afecta, en tanto la causa y fin de esta jurisdicción es, precisamente, la aplicación de estos tipos de delitos en una dimensión internacional. Por último, es fundamental para el Derecho Procesal, dada la importancia de éste en cualquier organismo que, para cumplir sus fines, precisa de un enjuiciamiento y, por tanto, de una norma procedimental. Más concretamente, afecta al Proceso Penal, en tanto se tratará del ejercicio del *Ius Puniendi*<sup>2</sup>.*

*La Corte Penal surge como aspiración de Naciones Unidas de crear un órgano con jurisdicción universal, competente para enjuiciar aquellos crímenes en la Comunidad Internacional.*

### ► ABSTRACT

*In this essay, I will make a systematization of the rules of the Rome Statute, putting together its articles depending on if they are regulating 1) General provisions of criminal law, such as: a) definitions, b) general principles, c) rights*

<sup>1</sup> Nacido en Asunción en fecha 12 de agosto de 1990. Abogado, egresado de la Universidad Nacional de Asunción. Docente Universitario de las cátedras de Sociología Jurídica, Derecho Penal Parte General en la Universidad Tecnológica Intercontinental. Maestrando el Segundo Año en Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Americana.

<sup>2</sup> PÉREZ ARIAS, J. El proceso ante la Corte Penal Internacional (instancia, apelación y facultad revisora). Universidad de Murcia, pág. 48.



and guarantees. 2) Procedural provisions, divided into a) competence, b) procedure itself; divided in turn into: b.1) Research investigations. b.2) intermediate stage b.3) oral judgement and 3) resources a) appeals procedure.

The International Criminal Court, as a legal institution, interests to the world of public law, in at least three aspects: Public International Law, Criminal Law and Procedural Law. About the first of them, is obvious that since we are talking about a supranational organization, regulated by international rules, it is a clear subject of the legal treaty of this discipline. It affects to Criminal Law, because the cause and purpose of this jurisdiction is, precisely, the application of these types of crimes in an international dimension. Finally, it is essential to procedural law, due the importance of this in any organization that, in order to accomplish its purposes, needs a prosecution and, therefore, a procedural regulation. More specifically, affects to the Criminal Procedure, while it will be attend about the exercise of *Ius Puniendi*.

The Criminal Court emerges as an aspiration of the United Nations to create an organization with universal jurisdiction, competent to prosecute those crimes in the International Community.

## ► DISPOSICIONES GENERALES. DERECHO DE FONDO

### **Principios generales**

El Estatuto de Roma, en su artículo 22 en adelante cita y define sus principios rectores en cuanto al derecho penal, estos son:

- **Artículo 22** Nullum crimen sine lege.
- **Artículo 23** Nulla poena sine lege.
- **Artículo 24** Irretroactividad *ratione personae*.
- **Artículo 25** Responsabilidad penal individual.
- **Artículo 26** Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte.
- **Artículo 27** Improcedencia del cargo oficial: “El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial”.
- **Artículo 28** Responsabilidad de los jefes y otros superiores.
- **Artículo 29** Imprescriptibilidad Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.
- **Artículo 30** Elemento de intencionalidad.



Así mismo, como lo hace nuestro Código Penal Paraguayo en su parte general contempla las circunstancias eximentes como ser:

Circunstancias eximentes de responsabilidad penal: a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta. c) Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero. d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y otros<sup>3</sup>.

Así también, nuestro ordenamiento jurídico nacional hace referencia al error de hecho y de derecho, con grandes semejanzas al error de tipo y el error de prohibición<sup>4</sup>.

► ERROR DE HECHO O ERROR DE DERECHO

1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.
2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto.

La Corte se ocupa de los crímenes más graves que cometen los individuos: genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Estos crímenes se especifican en el Estatuto y se definen cuidadosamente para evitar ambigüedad o vaguedad.

El Genocidio incluye la lista de actos concretamente prohibidos (ej. matar, causar grave daño) cometidos con el intento de destruir, total o parcialmente, un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Los crímenes contra la humanidad cubren una lista de actos

<sup>3</sup> Art. 31 Estatuto de Roma.

<sup>4</sup> Art. 32 Estatuto de Roma.



concretamente prohibidos cuando forman parte de un ataque sistemático o amplio dirigido contra cualquier población civil. Entre los actos están el asesinato, el exterminio, la violación, la esclavitud sexual, la desaparición de personas a la fuerza y el crimen de apartheid.

El genocidio y los crímenes contra la humanidad se castigan independientemente de que se realicen en tiempo de paz o en tiempo de guerra.

Los crímenes de guerra se aplican a violaciones graves de las Convenciones de Ginebra en 1949 y a otras violaciones graves que se enumeran en el Estatuto, cometidas a gran escala en conflictos armados internacionales.

Estas puntillosas definiciones se encuentran en los artículos extractados a continuación.

#### ► ARTÍCULO 6. GENOCIDIO

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

#### ► ARTÍCULO 7. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual,



prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. Definiciones tratados a continuación.

► ARTÍCULO 7 CONTINUACIÓN

- a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer es ataque o para promover esa política;
- b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;
- c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;
- d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;
- e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin



- embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;
- f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;
  - g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;
  - h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;
  - i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.

#### ► ARTÍCULO 8. CRÍMENES DE GUERRA

La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o polí-



tica o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:

- a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente.
- b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional.
- c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa.
- d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.
- e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional.
- f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.



Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

Norma parecida a la que podemos encontrar en nuestra Constitución Nacional sobre las Garantías de la detención y el arresto y así mismo de las Garantías procesales podemos encontrar en el artículo 55 del Estatuto.

► DERECHOS DE LAS PERSONAS DURANTE LA INVESTIGACIÓN<sup>5</sup>

En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto:

- a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;
- b) Nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes;
- c) Quien haya de ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente contará, sin cargo alguno, con los servicios de un intérprete.
- d) Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él.

Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio:

- a) A ser informada de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte;
- b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia;
- c) A ser asistida por un abogado defensor de su elección o, si

<sup>5</sup> Art. 55 Estatuto de Roma.



no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio.

- d) A ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada.

► **NORMAS PROCESALES**

**Cuestiones de Competencia**

Una de las características principales de la Corte Penal Internacional, a diferencia de otros Tribunales ad hoc conocidos, es su competencia para hechos ocurridos con posterioridad a su propia vigencia, de forma que nos encontramos con el primer órgano jurisdiccional internacional que no nace para dar respuesta judicial a violaciones humanitarias ya producidas sino para dotar a la población de un sistema legal de ejercicio de reproche, ajeno a cualquier interés que no sea la mera salvaguarda del derecho, a penar eficazmente a quien viole los Derechos humanitarios, y que permita dar a conocer de antemano tanto las violaciones que se considerarán crímenes internacionales (incluso, a título de sistema preventivo), el procedimiento que se seguirá contra quién cometa tales hechos, como, en fin, las consecuencias que habrá de soportar quien resulte culpable.<sup>6</sup>

Continuando con la explicación de Pérez<sup>7</sup> “En virtud del Estatuto de Roma, La Corte Penal Internacional será competente para conocer de aquellos delitos contemplados en su art. 5, siempre que, de un lado, se hubieran cometido en territorio de algún Estado adscrito al Estatuto (bien por pertenecer convencionalmente al mismo, bien por otorgar competencia para un enjuiciamiento aislado, de conformidad con el art. 12.2 ER21); o, de otro, el acusado del crimen fuera nacional de uno de estos Estados referidos.”

► **ARTÍCULO 1**

**La Corte**

Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la Corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer

<sup>6</sup> PÉREZ ARIAS, J. El proceso ante la Corte Penal Internacional (instancia, apelación y facultad revisora). Universidad de Murcia, pág. 90.

<sup>7</sup> Idem.



su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.

La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.

► **ARTÍCULO 3 SEDE DE LA CORTE**

La sede de la Corte estará en La Haya, Países Bajos (“el Estado anfitrión”).

► **ARTÍCULO 4**

**Condición jurídica y atribuciones de la Corte**

La Corte tendrá personalidad jurídica internacional. Tendrá también la capacidad jurídica que sea necesaria para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos.

La Corte podrá ejercer sus funciones y atribuciones de conformidad con lo dispuesto en el presente Estatuto en el territorio de cualquier Estado Parte y, por acuerdo especial, en el territorio de cualquier otro Estado.

**ARTÍCULO 5**

► **Crímenes de la competencia de la Corte**

La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123<sup>8</sup> en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

<sup>8</sup> Art. 121 y 123 Estatuto de Roma.



► ARTÍCULO 11

**Competencia temporal**

La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto.

Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad en conformidad a la norma pertinente del Estatuto de Roma.<sup>8</sup>

► ARTÍCULO 12

**Condiciones previas para el ejercicio de la competencia**

El Estado que pase a ser Parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5.

En el caso de los apartados a) o c) del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:

- a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;
- b) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.

Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate.

► PROCEDIMIENTO

El Estatuto de Roma prevé, para el enjuiciamiento de los crímenes, una primera instancia, cuya sentencia, como resolución definitiva,

<sup>9</sup> Art. 12, 3. Estatuto de Roma: Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX.



podrá atacarse, en busca de una segunda visión, mediante el procedimiento de apelación que, dado su carácter devolutivo, será conocida por un órgano distinto al que dictó la resolución que se impugna.

La primera instancia se encuentra dividida en dos fases: La primera que será la propiamente instructora, o de investigación de los hechos (en la que incluimos una fase intermedia de confirmación de cargos que, por razones sistemáticas, separaremos después), y la segunda, la del plenario, Juicio propiamente dicho o acto de la vista Oral. Cada una de estas fases, como sucede en cualquier ordenamiento democrático, son conocidas por distintos órganos judiciales, a los que se atribuye una de ellas. En este sentido, el Estatuto de Roma atribuye el conocimiento de la fase instructora a la Sala de Cuestiones preliminares<sup>11</sup> y la vista oral la encomienda a la Sala de Primera Instancia.<sup>12</sup> Todo ello, con independencia de la importantísima función instructora del Fiscal que, como sabemos, no pertenece a ninguno de estos dos segmentos judiciales.

#### EJERCICIO DE LA COMPETENCIA

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si:

- a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes;
- b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o
- c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.

#### ► PRIMERA ETAPA. INICIO DE UNA INVESTIGACIÓN **Parte V. De La Investigación y El Enjuiciamiento.**

#### ► ARTÍCULO 53

En esta etapa, como en la etapa investigativa de nuestro proce-

<sup>10</sup> Art 60 Estatuto de Roma.

<sup>11</sup> Art 64 Estatuto de Roma.



so ocurre lo siguiente:

El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si:

- a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte;
- b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17;<sup>12</sup>
- c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado;
- d) Lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares.

Si, tras la investigación, el Fiscal llega a la conclusión de que no hay fundamento suficiente para el enjuiciamiento, ya que:

- a) No existe una base suficiente de hecho o de derecho
- b) La causa es inadmisibles de conformidad con el artículo 17; o
- c) El enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia, notificará su conclusión motivada a la Sala de Cuestiones Preliminares y al Estado que haya remitido el asunto.

#### ► DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

La investigación, una vez autorizada por la Sala de Cuestiones Preliminares, será llevada a cabo por el Fiscal, a quien se le atribuye la función instructora. No obstante, aquellas medidas privativas de derechos (como, por ejemplo, es la privación de libertad)

<sup>12</sup> Art. 17 Estatuto de Roma: La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte.



deberán ser autorizadas por la Sala de Cuestiones Preliminares, por petición de aquel. Entre las medidas que puede llevar a cabo el instructor, a fin de averiguar la historia real de los hechos enjuiciados, destacan las siguientes: reunir prueba documental, solicitar la comparecencia, para su interrogatorio, a las víctimas y testigos, contando para ello, incluso, con el deber de colaboración internacional que los Estados parte han de prestarle en virtud de las disposiciones de la Parte IX del Estatuto.<sup>13</sup>

Iniciada la investigación, y tan pronto el Fiscal tenga motivos razonables para poder atribuir la autoría del crimen a un sujeto, procederá a solicitar, a la Sala de Cuestiones Preliminares, su detención, siempre que sea precisa para asegurar o impedir algunas de las siguientes tres circunstancias: 1. Asegurar que la persona comparezca, en su día, al juicio. 2. Asegurar que la persona no obstruya ni ponga en peligro la investigación ni las actuaciones de la Corte. 3. Impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias. En caso contrario, se solicitará tan solo su comparecencia.<sup>14</sup>

La orden de detención será canalizada, por medio del Estado en donde se encuentre el sujeto (llamado “Estado de detención”), que habrá de cumplirla, de conformidad con la parte IX del Estatuto de Roma, y ejecutarla, según su Derecho interno. En caso de urgencia, podrá solicitarse la detención provisional, en tanto se presente la solicitud de entrega y documentos que la justifiquen. Practicada la detención, el detenido podrá solicitar al Estado de detención la libertad provisional (o, ante la Corte, si ya ha sido puesto a disposición de ésta), debiendo éste valorar si está o no justificada y si, asimismo, y caso de acordarla, tiene garantías de poder entregar a la persona ante la Corte.

No obstante, tendrá que notificar a la Sala de Cuestiones Preliminares la solicitud formulada, pudiendo ésta hacer recomendaciones al respecto. En cualquier caso, acordada que fuera la libertad provisional, esta podrá ser con o sin condiciones. Una vez

<sup>13</sup> SALMON GARCETE, E. El procedimiento ante la Corte Penal Internacional Disponible en: <http://www.iccnw.org/documents/Salmon.pdf> Consultado el: 23/07/2017, pág. 102.

<sup>14</sup> Art. 58 Estatuto de Roma.



se procede a la detención del sujeto, y se pone a disposición de la Corte, el detenido será informado de los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten (incluido el de solicitar la libertad provisional<sup>15</sup>. No se establece un plazo de duración de la privación de Libertad, tan solo se hace mención a que la Sala de Cuestiones Preliminares se asegurará que ésta no se prolongue excesivamente a causa de una demora inexcusable del Fiscal, es decir, que la instrucción no se demorará más allá de lo imprescindible, y nunca por el retraso personal del instructor.

► ETAPA INTERMEDIA. CONFIRMACIÓN DE CARGOS

La presente fase se llevará a cabo ante la Sala de Cuestiones Preliminares y comenzará dándose traslado a la misma, y al acusado, del escrito de cargos formulado por el Fiscal, así como de la información relativa a las pruebas de las que, éste, pretenderá valerse para el enjuiciamiento. El fin fundamental de la fase que nos ocupa es precisamente la fiscalización de todo el material para acordar o no la existencia suficiente de elementos para poder abrir la fase de vista oral.<sup>16</sup>

Siguiendo a Gimeno Sendra “debido a que la función esencial de la fase instructora consiste en preparar el juicio oral, puede suceder, como en la práctica ocurre (en la que el 75% de las instrucciones se sobreesen), que no concurren los presupuestos de la pretensión penal”. El referido traslado de actuaciones deberá realizarse con un plazo de antelación razonable a la Audiencia, que habrá de celebrarse, en presencia del fiscal y el acusado así como de su defensor, en donde éste podrá hacer valer los argumentos y contrapruebas que entienda conveniente a su derecho, a fin de impugnar la acusación de la que es objeto. Se establece, expresamente, la posibilidad de modificación de cargos por el Fiscal, a condición de que éste lo comunique con una antelación mínima de 15

<sup>15</sup> Art. 55 Estatuto de Roma.

<sup>16</sup> Art. 61 Estatuto de Roma: Confirmación de los cargos antes del juicio 1. Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 y dentro de un plazo razonable tras la entrega de la persona a la Corte o su comparecencia voluntaria ante ésta, la Sala de Cuestiones Preliminares celebrará una audiencia para confirmar los cargos sobre la base de los cuales el Fiscal tiene la intención de pedir el procesamiento. La audiencia se celebrará en presencia del Fiscal y del imputado, así como de su defensor. 2. La Sala de Cuestiones Preliminares, a solicitud del Fiscal o de oficio, podrá celebrar una audiencia en ausencia del acusado para confirmar los cargos en los cuales el Fiscal se basa para pedir el enjuiciamiento cuando el imputado: a) Haya renunciado a su derecho a estar presente; o b) Haya huido o no sea posible encontrarlo.



días antes de la Audiencia.<sup>17</sup>

En esta fase, la Sala de Cuestiones Preliminares, a la vista de la suficiencia de las pruebas existentes, debe decidir, por mayoría de sus miembros<sup>18</sup>, sobre la confirmación o no de los cargos. Así las cosas, y como parece obvio, en el caso de no confirmación, la cuestión no será enjuiciada, (sin perjuicio de la posibilidad que tiene el fiscal de solicitarla de nuevo debiendo, para ello, presentar pruebas adicionales)<sup>19</sup>, o bien, caso de haber suficientes pruebas que hagan viable el enjuiciamiento, dará lugar a la apertura del Juicio Oral. En el supuesto de que se acordara la confirmación de cargos, se remitirán los autos, junto a la decisión, a la Presidencia de la Corte, quien constituirá una Sala de Primera Instancia, a fin de llevar a cabo la celebración del juicio oral.

#### ► FASE FINAL. EL JUICIO ORAL

Constituida la Sala de Primera Instancia, su Presidente procederá a convocar una reunión con las partes para que quede fijada la fecha del juicio, ordenando la comparecencia de testigos, presentación de documentos, asistencia de Estados, adoptando medidas para la protección de la información confidencial y, en general, cuántas cuestiones se estimen necesarias para el correcto desarrollo del juicio. Asimismo, será el momento procesal para dirimir las materias procesales o de fondo, que sean pertinentes.

Llegado el día señalado para el juicio, el mismo dará comienzo –en audiencia pública, debiendo consignarse, bajo la fe pública judicial del Secretario, las diligencias practicadas (transcripción y grabación de audio y video). La primera actuación que se llevará a cabo será la lectura al acusado de los cargos confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares, dándole la oportunidad de declararse culpable o inocente. Algo muy semejante a la obligación que tiene nuestra legislación penal de leer el Auto Interlocutorio de Elevación a Juicio Oral y Público antes de dar inicio al mismo.

Aún a pesar de haberse declarado culpable, el acusado no podrá

<sup>17</sup> Art. 61. Dentro de un plazo razonable antes de la audiencia: a) Se proporcionará al imputado un ejemplar del documento en que se formulen los cargos por los cuales el Fiscal se proponga enjuiciarlo.

<sup>18</sup> Art. 57, 2. Estatuto de Roma.

<sup>19</sup> Art. 61, 7. Estatuto de Roma.



ser condenado por los cargos aceptados pues, la Sala deberá cerciorarse no solo de la capacidad de entendimiento y la voluntariedad del reo acerca de la declaración y sus consecuencias, sino que habrá de buscarse el complemento del resto de pruebas que obren en el expediente.

Declarándose inocente, o no teniendo por formulada la asunción de culpabilidad del acusado, de conformidad con lo anterior, se recibirá el proceso a prueba pudiendo practicarse, entre otras, y previa admisión de pertinencia la prueba testifical o pericial. En cuanto a la prueba testifical, primero interrogará el Fiscal y, en último lugar, la defensa, no pudiendo estar presente en la Sala un testigo antes de su declaración, previéndose, si ocurriera lo contrario, la obligación de dejar constancia en las actas sobre este extremo, debiendo ser tenido en cuenta por la sala en el momento de evaluar las pruebas.

Practicadas todas las pruebas solicitadas y admitidas, se acordará, por el magistrado que presida la Sala, el cierre del periodo de prueba, dándose turno a las partes para que formulen, primero el fiscal y después la defensa, sus conclusiones o alegatos finales.

Tras la exposición de las mismas, la Sala de Primera Instancia se retirará, a puerta cerrada, para proceder a la deliberación secreta y fallo del proceso. Una vez hayan procedido los magistrados a la deliberación, dictarán, siempre de manera escrita, el fallo que corresponda, procurando hacerlo por unanimidad, fundamentando el mismo en la evaluación no solo de las pruebas sino, en su conjunto, la totalidad del juicio, y con estricta correlación a los cargos confirmados, es decir, ajustándose a la extensión de las pretensiones formuladas por las partes.

La condena que haya recaído en el proceso será cumplida en un Estado designado por la Corte, sobre la base de una lista de Estados que hayan manifestado su disposición a recibir a los condenados. En cuanto a la concreción de la misma, se establece la reclusión por un número de años que no podrá exceder de treinta, salvo que el crimen cometido sea de extrema gravedad, y atendiendo a las circunstancias personales del condenado, en el que puede acordarse la reclusión a perpetuidad.



► RECURSOS

**Apelación de la sentencia condenatoria o absolutoria, de la pena o de la decisión de otorgar reparación**

Tanto la Sentencia condenatoria o absolutoria, como la pena o la decisión de otorgar reparación, será recurrible en Apelación, dentro del plazo de 30 días (prorrogable, previa solicitud de parte y existiendo fundamento para ello), a contar desde la notificación de la resolución.

El recurso se llevará a cabo mediante presentación de escrito ante el Secretario, que será quien eleve el expediente ante la Sala de Apelaciones. Señala en el Estatuto los motivos<sup>20</sup> que deberán alegarse en orden de formular correctamente la apelación, siendo destacable la existencia de un motivo más cuando estemos ante un recurso promovido en beneficio del condenado. Por tanto, difiere también el Estatuto en las facultades argumentativas del recurrente, en función de si es el Fiscal, por si mismo, el que pretende impugnar la resolución, o es el condenado o al menos, aquel en beneficio de éste.

► ARTÍCULO 81

**Apelación del fallo condenatorio o absolutorio o de la pena**

Los fallos dictados serán apelables de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, según se dispone a continuación:<sup>21</sup>

- a) El Fiscal podrá apelar por alguno de los motivos siguientes:
  - i) Vicio de procedimiento;
  - ii) Error de hecho; o
  - iii) Error de derecho;
- b) El condenado, o el Fiscal en su nombre, podrá apelar por alguno de los motivos siguientes:
  - i) Vicio de procedimiento;
  - ii) Error de hecho;
  - iii) Error de derecho;
  - iv) Cualquier otro motivo que afecte a la justicia o a la regularidad del proceso o del fallo.
- a) El Fiscal o el condenado podrán apelar de una sentencia, de

<sup>20</sup> Art. 81 Estatuto de Roma.

<sup>21</sup> Art 74 Estatuto de Roma.



conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, en razón de una desproporción entre el crimen y la condena;

- b) La Corte, si al conocer de la apelación de una sentencia, considerase que hay fundamentos para revocar la condena en todo o parte, podrá invitar al Fiscal y al condenado a que presenten sus argumentos de conformidad con los apartados a) o b) del párrafo 1 del artículo 81 y podrá dictar una decisión respecto de la condena de conformidad con el artículo 83;
- c) Este procedimiento también será aplicable cuando la Corte, al conocer de una apelación contra la sentencia únicamente, considere que hay fundamentos para reducir la pena en virtud del párrafo 2 a).
  - a) Salvo que la Sala de Primera Instancia ordene otra cosa, el condenado permanecerá privado de libertad mientras se falla la apelación;
  - b) Cuando la duración de la detención fuese mayor que la de la pena de prisión impuesta, el condenado será puesto en libertad; sin embargo, si el Fiscal también apelase, esa libertad podrá quedar sujeta a las condiciones enunciadas en el apartado siguiente;
  - c) Si la sentencia fuere absolutoria, el acusado será puesto en libertad de inmediato, con sujeción a las normas siguientes:
    - i) En circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta entre otras cosas, el riesgo concreto de fuga, la gravedad del delito y las probabilidades de que se dé lugar a la apelación, la Sala de Primera Instancia, a solicitud del Fiscal, podrá decretar que siga privado de la libertad mientras dure la apelación;
    - ii) Las decisiones dictadas por la Sala de Primera Instancia en virtud del inciso precedente serán apelables de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Con sujeción a lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 3, la ejecución de la decisión o sentencia será suspendida durante el plazo fijado para la apelación y mientras dure el procedimiento de apelación.



► ARTÍCULO 82

**Apelación del fallo condenatorio o absolutorio o de la pena**

Los fallos dictados de conformidad con el artículo 74 serán apelables de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, según se dispone a continuación:

- a) El Fiscal podrá apelar por alguno de los motivos siguientes:
  - i) Vicio de procedimiento;
  - ii) Error de hecho; o
  - iii) Error de derecho;
- b) El condenado, o el Fiscal en su nombre, podrá apelar por alguno de los motivos siguientes:
  - i) Vicio de procedimiento;
  - ii) Error de hecho;
  - iii) Error de derecho;
  - iv) Cualquier otro motivo que afecte a la justicia o a la regularidad del proceso o del fallo.

Salvo que la Sala de Primera Instancia ordene otra cosa, el condenado permanecerá privado de libertad mientras se falla la apelación;

► ARTÍCULO 83

**Procedimiento de apelación**

A los efectos del procedimiento establecido en el artículo 81 y en el presente artículo, la Sala de Apelaciones tendrá todas las atribuciones de la Sala de Primera Instancia.

La Sala de Apelaciones, si decide que las actuaciones apeladas fueron injustas y que ello afecta a la regularidad del fallo o la pena o que el fallo o la pena apelados adolecen efectivamente de errores de hecho o de derecho o de vicios de procedimiento, podrá:

- a) Revocar o enmendar el fallo o la pena; o
- b) Decretar la celebración de un nuevo juicio en otra Sala de Primera Instancia. A estos efectos, la Sala de Apelaciones podrá devolver una cuestión de hecho a la Sala de Primera Instancia original para que la examine y le informe según corresponda, o podrá ella misma pedir pruebas para dirimirla. El fallo o la pena apelados únicamente por el conde-



nado, o por el Fiscal en nombre de éste, no podrán ser modificados en perjuicio suyo.

La Sala de Apelaciones, si al conocer de una apelación contra la pena, considera que hay una desproporción entre el crimen y la pena, podrá modificar ésta de conformidad con lo dispuesto en la Parte VII.

La sentencia de la Sala de Apelaciones será aprobada por mayoría de los magistrados que la componen y anunciada en audiencia pública. La sentencia enunciará las razones en que se funda. De no haber unanimidad, consignará las opiniones de la mayoría y de la minoría, si bien un magistrado podrá emitir una opinión separada o disidente sobre una cuestión de derecho.

5. La Sala de Apelaciones podrá dictar sentencia en ausencia de la persona absuelta o condenada.

#### CONCLUSIÓN

El preámbulo del Estatuto de Roma señala “Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes, Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”.

Esto es posible a través del proceso establecido en el Estatuto pero con amplias garantías y definiciones sumamente puntillosas, taxativas y escrupulosas. Según el Estatuto solo pueden ser juzgados los hechos más “terribles”, esto son: Crimen de genocidio, crimen de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, todos éstos definidos in extenso para evitar cualquier tipo de vaguedad en los artículos 6 al 8 del tratado.

De la misma forma en un capítulo especial para el efecto, el Es-



tatuto enuncia sus principios de derecho penal que son: Nullum crimen sine lege, Nulla poena sine lege, Irretroactividad *ratione personae*, Responsabilidad penal individual, Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte, Improcedencia del cargo oficial, Responsabilidad de los jefes y otros superiores, Imprescriptibilidad y, Elemento de intencionalidad.

El procedimiento concluye con una sentencia en primera instancia, la cual puede ser recurrida. La primera instancia se encuentra dividida en dos fases: La primera que será la propiamente instructora, o de investigación de los hechos (en la que incluimos una fase intermedia de confirmación de cargos que, por razones sistemáticas, separaremos después), y la segunda, la del plenario, Juicio propiamente dicho o acto de la vista Oral. Cada una de estas fases, como sucede en cualquier ordenamiento democrático, son conocidas por distintos órganos judiciales, a los que se atribuye una de ellas.

El Estatuto prevé la apelación de la sentencia de conformidad con sus artículos 81 en adelante.

#### BIBLIOGRAFIA

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Naciones Unidas, A/Conf. 183/9, 17 de julio de 1998.
- GÓMEZ COLOMER, J. Sobre la instrucción del proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional. Universidad Jaime I de Castellón (España).
- FERNÁNDEZ, F. Esquema de la Investigación y el Procedimiento ante la Corte Penal Internacional. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/21023.pdf>.
- SALMON GARCETE, E. El procedimiento ante la Corte Penal Internacional Disponible en: <http://www.iccnw.org/documents/Salmon.pdf> Consultado el: 23/07/2017.
- PÉREZ ARIAS, J. El Proceso ante la Corte Penal Internacional (instancia, apelación y facultad revisora). Universidad de Murcia.
- Introducción a la CPI: estructura y principios generales. Disponible en: [file:///5-manual\\_victimes\\_CH-II\\_ESP3.pdf](file:///5-manual_victimes_CH-II_ESP3.pdf) Consultado el: 25/07/2017.

#### ● ● ● ● ● PALABRAS CLAVE:

Corte, Procedimientos, Recursos, Crímenes, Juicio, Estatuto, Principios, Garantías, Derechos, Competencia.

#### ● ● ● ● ● KEYWORDS:

Court, Procedures, Resources, Crimes, Judgment, Statute, Principles, Guarantees, Rights, Competition.



## **Actio libera in causa y el principio de reprochabilidad:** su aplicación en la ley penal alemana y una breve comparación con el Código Penal Paraguayo

Juan Pablo Irrázabal Vera <sup>1</sup>

### ► **SUMARIO**

*Tanto la ley penal alemana como la paraguaya establecen que todos los elementos del tipo penal deben coexistir en el momento mismo de la comisión del hecho antijurídico. Un rol determinante desempeña el elemento de reprochabilidad o culpabilidad. Para el análisis jurídico del elemento indicado, se deben tener en consideración dos perspectivas: cuando en el momento del hecho y por causa de una grave perturbación de la conciencia, el actor no pueda comprender la antijuridicidad de su conducta o de comportarse conforme a la norma, el resultado no se le podría reprochar y con esto quedaría exento de pena conforme a lo dispuesto por la misma ley; distinto es el caso cuando el actor ha provocado por sí mismo una circunstancia excluyente de responsabilidad, sobre la cual él no podría ampararse en ella como causal de liberación. Es en este último caso donde la teoría del actio libera in causa encuentra su aplicación. Lo que se pretende en estas líneas es realizar un análisis exhaustivo de la teoría desde el punto de vista de la dogmática penal alemana tomando como base un caso práctico y utilizando las herramientas del silogismo jurídico.*

### ► **ABSTRACT**

*Both German and Paraguayan Criminal Law establish that all elements of a crime must coexist at the very moment of the commission of an unlawful act; culpability plays a determining role for that matter. To perform a legal analysis of the aforementioned element, two perspectives must be considered: when committing an unlawful act, and because of a serious disturbance of consciousness, the perpetrator cannot understand the unlawfulness of his behavior or he cannot act according to the law, the result cannot be attributed to the perpetrator, thus he would be exempt from prosecution according to the provisions of the law. Different is*

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" en el año 2012. Alumno del Programa de Master LLM "Deutsches Recht" - Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn- Deutschland con Especialización en Derecho Penal. Becario de Fundación Konrad Adenauer.

\* INDICACIÓN: las citas traducidas del idioma alemán al español fueron realizadas por el autor.



*the case when the perpetrator himself originates a circumstance that excludes him from responsibility, and which he relies on to avoid impeachment. In the latter, the theory of actio libera in causa finds its application. What is intended in these lines is to perform a comprehensive analysis of the theory from the point of view of German criminal dogmatic based on a case study and using the tools of legal syllogism.*

#### ► NOCIONES PRELIMINARES

Siguiendo el silogismo jurídico, el análisis de la reprochabilidad del autor es analizada estructuralmente luego de la confirmación de la tipicidad (elementos objetivos y subjetivos) y de la antijuridicidad de una conducta humana para luego establecer la posible reacción del Estado a través de la sanción penal.

En este sentido, penalmente responsable es aquel actor, que teniendo suficiente capacidad mental y libre de toda coacción física o psíquica, actúa en conocimiento efectivo del alcance y las consecuencias de su conducta.

Como principio general se establece que todos los elementos del tipo penal deben coexistir en el momento mismo de la realización del hecho antijurídico. Asimismo, cuando el actor ha reemplazado por sí mismo una circunstancia excluyente de responsabilidad, no puede ampararse en dicha circunstancia como causal de liberación. Significativos aparecen los artículos 25 y 22 del Código Penal paraguayo. El primero hace una diferenciación entre conducta inexigible y exigible; por su parte, en el error de prohibición, la diferenciación legal se erige en error evitable e inevitable. Consecuencia: solo para casos de conducta inexigible y de error inevitable se puede afirmar que la conducta es típica y antijurídica pero no es reprochable.

Ahora bien, dentro de la esfera del artículo 23 del CP es donde la teoría del *actio libera in causa* halla su correspondiente tratamiento en concomitancia con el elemento de reprochabilidad, cuando el actor ha provocado en sí mismo un estado defectuoso para luego cometer un hecho ilícito.

En la presente investigación me ocuparé exclusivamente del análisis de la teoría *actio libera in causa* (en adelante ALIC) y los criterios específicos seguidos por la dogmática penal alemana corres-

pondientemente para los delitos dolosos por una parte, teniendo como punto de partida el Principio de Coincidencia, seguidamente de las teorías que intentan justificar la no exclusión de la responsabilidad penal -Teoría de la Excepción y Teoría del Modelo de Tipicidad-, y por otra parte el estudio de la misma en lo que refiere a delitos culposos, para finalmente proceder a la resolución de un caso de acuerdo a las reglas del silogismo jurídico en materia penal.

Esta investigación pretende ser una pequeña contribución de una de las lecciones aprendidas a profundidad en mi estadía como estudiante de Máster en la Universidad de Bonn – Alemania, la cual espero sea de utilidad tanto para estudiantes como abogados paraguayos.

“A, un estudiante -no muy dedicado- de Derecho, se encuentra muy feliz porque ha aprobado el examen de Derecho Penal con nota 2. Semejante acontecimiento decide festejarlo con sus amigos en un bar del centro de Asunción. Cuando estaba en camino, ve a su novia B (de quien está profundamente enamorado) de una manera “muy cariñosa” con su brillante compañero C. En ese mismo instante, A siente mucha ira contra C, porque no puede aceptar que además de ser un muchacho muy bien parecido, inteligente y con un futuro muy prometedor, también sea el conquistador de su novia. A piensa que esta situación ya es intolerable y decide matarlo con la escopeta que usa para ir a cazar al chaco. Es así que en el bar con sus amigos empieza ingiriendo tequila, luego vodka y finalmente varias copas de cerveza. Una vez que A cree tener la valentía necesaria, se dirige a la casa de C y lo apunta con la escopeta jalando el gatillo directo a la cabeza. C muere.”

Punibilidad de A según el artículo 105 del CP?

I. Tipicidad

1. Tipo Objetivo (+)

1.1. Resultado, Acción, Causalidad (+)

1.2. Imputación objetiva del resultado (+)

2. Tipo Subjetivo: Dolo (+)

1. Antijuridicidad (+)

II. Causas de justificación (-)

III. Reprochabilidad (¿?)

ALIC (¿?)



### ► PRINCIPIO DE COINCIDENCIA

El primer problema es la posibilidad de conexión del ALIC con el principio de coincidencia. Este último establece que todos los elementos del tipo penal deben necesariamente coexistir en el momento mismo de la comisión del hecho punible. Así lo estipulan el artículo 23 del CP, inciso 1º: “*No es reprochable el que en el momento de la acción u omisión...*” como también el § 20 del Strafgesetzbuch (en adelante StGB). Hemos alcanzado el primer punto de discusión y es en esta instancia donde es formulada la pregunta: ¿Cuál sería el argumento para sancionar la conducta de A si él, en el momento mismo del disparo contra C, estaba alcoholizado y por ende, no era capaz de comprender el alcance de su conducta y tampoco sus consecuencias?

En la literatura penal alemana se explica lo siguiente: El Profesor Urs Kindhäuser de la Universidad de Bonn señala: “*para la correlación del principio del ALIC con el principio de coincidencia, existen dos teorías: las llamadas “Teorías del modelo de Excepción” y “Teorías del modelo de Tipicidad”. Ambas variantes suponen un mínimo requisito, el cual consiste en que el actor, en el momento mismo en que él produce su estado de irreprochabilidad (a través de la ingesta de alcohol), pudo haber mínimamente previsto la realización posterior del hecho punible en ese mismo estado*”<sup>2</sup>.

Por otro lado, el Profesor Bernhard Hardtung es aún más específico y apunta: “*a través de un pensamiento anterior, es decir, en una conducta anterior se podría posiblemente encontrar el requisito necesario para la punibilidad de una conducta, el cual falta en el momento mismo en que se ha cometido el hecho punible*”<sup>3</sup>.

### ► MODELO DE EXCEPCIÓN (AUSNAHMEMODELL)

En líneas generales, el modelo de excepción busca justificar la punibilidad de una conducta, no desde el punto de vista de la incapa-

<sup>2</sup> Kindhäuser, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2005, Bonn, Nomos, Seite 194. “Zur Vereinbarkeit der actio libera in causa mit dem Koinzidenzprinzip werden zwei erheblich voneinander abweichende Modell vertreten: das sog. „Ausnahmemodell“ und das sog. „Tatbestandsmodell. Beide Varianten haben jedoch die gemeinsame Mindestvoraussetzung, dass der Täter zu dem Zeitpunkt, zu dem er seine Schuldunfähigkeit herbeigeführt, die spätere Tatbestandsverwirklichung im schuldunfähigen Zustand zumindest vorhersehen konnte”.

<sup>3</sup> Hardtung, Bernhard, Putzke, Holm, *Examinatorium Strafrecht AT*, 2016, München, Beck, Seite 162. “Wieder kommen wir auf den Gedanken zurück, dass eine Strafbarkeitsvoraussetzung, die bei der unmittelbaren Tatbestandsverwirklichung fehlt, möglicherweise in einem früheren Verhalten gefunden werden kann”.

cidad en el momento de la ejecución de la acción, sino en el momento mismo en que el actor ha causado un defecto en su estado. Los partidarios de este modelo pretenden una **excepción** al principio de coincidencia entre acción y capacidad, a raíz del defecto causado por el mismo actor en sí mismo; se habla entonces de *culpa praecedens*.

Kindhäuser escribe: “En la interpretación del modelo de excepción, decide la ALIC que el actor no se puede amparar en su irreprochabilidad en el momento de la comisión del hecho cuando él mismo ha causado ese defecto. Este es el caso, en el cual el actor produce el defecto, aunque él pudo y debió haber podido prever, que luego y en ese mismo defecto, iba a cometer el ilícito”<sup>4</sup>.

En el caso específico, A actúa en principio sin reprochabilidad (no hay coincidencia). Pero el hecho de que A ha producido un defecto a través de una conducta anterior (alcoholizarse – *actio praecedens*) con la intención de llevar a cabo posteriormente el hecho (homicidio), justificaría la reprochabilidad del resultado de su conducta.

**Crítica:** Falta de una base legal. Por un lado, se tiene que efectivamente se trata de una excepción que habilita la punibilidad de una conducta a pesar de que en el momento exacto de su comisión, no se hallan reunidos todos los elementos del tipo penal. En otras palabras, se trata de una excepción al principio de coincidencia, como ya se ha manifestado al principio. Pero por otro lado, es loable recordar que absolutamente todas las reglas y excepciones deben estar dispuestas y garantizadas por la misma ley para su aplicación efectiva.

La aplicación del modelo de excepción es considerada por algunos doctrinarios alemanes como inconstitucional porque viola el principio *nullum crimen sine lege certa*. Y es que una excepción no contemplada explícitamente en la ley dentro de una sociedad democrática regida por el estado de derecho no puede bajo ningún sentido, eruirse como criterio para una imputación de un hecho. “Es por lo tanto, una violación del Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz”<sup>5</sup> (Constitución Alemana).

<sup>4</sup> Kindhäuser, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2005, Bonn, Nomos, Seite 194. “In der Interpretation des Ausnahmemodells besagt die actio libera in causa, dass sich der Täter auf seine mangelnde Schuldfähigkeit zum Zeitpunkt der Tatbegehung nicht berufen kann, wenn er den Defekt zu vertreten hat: Dies ist der Fall, wenn der Täter den Defekt herbeiführt, obwohl er vorhergesehen hat oder hätte vorhersehen können und müssen, dass er in diesem Zustand die spätere Tat begeht”.

<sup>5</sup> BGHSt 42, 235 (241).



► MODELO DE LA TIPICIDAD (TATBESTANDSMODELL)

“Según el modelo de tipicidad, la producción del estado de defecto ya pertenece a la comisión del hecho”<sup>6</sup>. En nuestro caso en particular, comenzaría la ejecución del hecho de homicidio por parte de A en el mismo momento en que él se alcoholiza para ganar valor y así luego llevar a cabo la acción.

Resulta entonces aparentemente que este modelo no contradice el principio de coincidencia, porque ya la producción del estado defectuoso, es considerada como el inicio de la comisión del hecho. Pero el problema surge cuando se pregunta acerca de la existencia o no de los límites de la tentativa.

Para explicar esta circunstancia, la dogmática alemana reconoce tres constelaciones:

- **Modelo de Extensión (Ausdehnungsmodell)**: esta constelación también toma como base a la *actio praecedens* y la considera como una conducta penalmente relevante. Pero en realidad, se trata de una extensión del concepto jurídico de HECHO afirmando que el momento de la realización del hecho, no debe entenderse necesariamente como un mero espacio temporal limitado por los presupuestos de la tentativa, sino más bien como el transcurso del tiempo que incluye a todos los actos que van relacionados con el delito, convirtiéndose un simple “acto preparativo” en una conducta punible.
- **Aplicación de la figura de autoría mediata (mittelbaren Täterschaft)**: “Con la producción del estado defectuoso, el actor se hace como instrumento de sí mismo, para luego y de manera irrefragable, cometer el hecho punible”<sup>7</sup>. Dicho de una forma más clara; las figuras del hombre-instrumento y del hombre de atrás, característicos para la configuración de la autoría mediata, se reúnen en una sola persona – según este modelo-. En el caso particular, A se hace instrumento de sí mismo reuniendo ambas calidades a partir de la producción del defecto (a través del alcohol). Conviene recordar el con-

<sup>6</sup> Kindhäuser, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2005, Bonn, Nomos, Pág. 195. “Nach dem Tatbestandsmodell gehört die Herbeiführung des Defektzustands bereits zur Deliktsbegehung”.

<sup>7</sup> Ídem. Pág. 196. “Mit der Herbeiführung des Defektzustands mache sich der Täter selbst zu seinem schuldlosen Werkzeug...”

cepto de *hombre-instrumento*: “Se lo denomina *hombre instrumento justamente porque el aspecto subjetivo de su conducta está viciado, aun cuando sepa que está realizando objetivamente una conducta; lo fundamental es que no tenga voluntad de realizar la misma*”<sup>8</sup>.

**Crítica:** tanto el § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB y el artículo 29, inc. 1º del CP coinciden expresamente en que para la configuración de la autoría mediata se necesitan **DOS** personas: *el hombre de atrás y el hombre instrumento*.

- **Teoría del desplazamiento (Vorverlagerungstheorie):** se desplaza el comienzo de la realización del tipo penal al momento mismo en el que se produce el estado de defecto. Todos los actos realizados deben ser considerados como esenciales; por ejemplo, emborracharse y luego ir a abonar las bebidas consumidas.

Esta teoría pasaría por alto los límites de la tentativa, dejando sin efecto a ésta; dicho de otro modo, el artículo 26 del CP y el § 22 StGB no tendrían razón de ser si se aplicase dicha teoría. De hecho el Profesor Kindhäuser anota: “*La teoría del desplazamiento fulmina el límite entre los actos preparativos (no punibles) y la tentativa*”<sup>9</sup>.

► CONSIDERACIÓN DIFERENCIADA  
(DIFFERENZIERENDE BETRACHTUNG)

Corriente seguida por la nueva jurisprudencia alemana<sup>10</sup>, la cual descarta el modelo de excepción en virtud a su inconstitucionalidad. Ella decide en principio a favor de la aplicación del modelo de tipicidad, exceptuando para los casos de delitos en el tránsito.

Tomemos como el ejemplo el § 315c StGB, que es equiparable al delito de exposición al peligro en el tránsito terrestre contemplado también en el CP. Según la jurisprudencia alemana, “*los hechos punibles en el tránsito requieren en primer lugar que el autor conduzca. Pero conducir un vehículo no posee igual*

<sup>8</sup> Casañas Levi, José F., Manual de Derecho Penal – Parte General, 2016, Asunción, Intercontinental, Pág. 215.

<sup>9</sup> Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2005, Bonn, Nomos, Pág. 195. “Die Vorverlagerungstheorie verwischt also die Grenze zwischen (strafloser) Vorbereitung und Versuch”.

<sup>10</sup> BGHSt 42, 235 ff.



*significado que causar su movimiento*<sup>11</sup>. En otras palabras, dicha consideración radica en que no es suficiente que el actor ingrese al vehículo y encienda el motor y las luces; en suma, *el emborracharse* con la voluntad de conducir todavía no configura el inicio del hecho de conducción de un vehículo en estado de ebriedad. En consecuencia, no se puede tener en cuenta “la conducta anterior” para proceder a la aplicación del modelo de tipicidad.

- **Doble Dolo:** Tanto la teoría como la jurisprudencia alemana consideran que es necesario tener en cuenta la existencia de un denominado “doble dolo” (***doppelter Vorsatz***). Esto significa que el actor debe poseer el dolo con respecto al hecho mismo como también el dolo con respecto al estado defectuoso que causa en sí mismo. En nuestro caso específico: A posee dolo con respecto al homicidio y dolo con respecto a la producción de embriaguez.

► VOLLRAUSCH § 323A STGB

La ley penal alemana concibe una norma bastante interesante cuya traducción próxima sería “**embriaguez total**”. Esta prescripción penal no sanciona el hecho cometido en estado de ebriedad, sino la misma producción de este estado. A esta norma se recurre en dos casos, en los cuales la ALIC no puede aplicarse:

- Se trata de un grupo de delitos de carácter especial (delitos en el tránsito) o
- En el momento mismo de la producción del defecto, el actor no puede prevenir la posterior comisión del hecho punible.

Si bien en principio, el actor no puede ser sancionado penalmente, se recurre a la aplicación del § 323a StGB cuya lectura se hace propicia, a raíz de que la misma no se halla contemplada en la ley paraguaya:

*“(1) Quien se embriague con dolosamente o culposamente por medio de bebidas alcohólicas u otros medios embriagantes será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa, si él en éste*

<sup>11</sup> BGH JR 1997, 391. “Das Führen eines Fahrzeugs etwa sei nicht gleichbedeutend mit dem Verursachen einer Bewegung, sondern beginne erst mit dem Anfahren”.

*estado comete un hecho antijurídico y por causa de ello no puede ser castigado porque él como consecuencia de la embriaguez era incapaz de culpabilidad o porque esto no se excluya.*

*(2) El castigo no puede ser mayor que el que amenace para el hecho cometido en estado de embriaguez.*

*(3) El hecho sólo será perseguido con base en una solicitud, con autorización o por querrela, cuando el hecho de la embriaguez solo pueda ser perseguido por solicitud, con autorización o con querrela”<sup>12</sup>.*

► ALIC EN DELITOS CULPOSOS

La jurisprudencia alemana considera la construcción de al ALIC en delitos culposos y bajo los presupuestos del modelo de tipicidad como *superflua*<sup>13</sup>. De todas maneras el Profesor Urs Kindhäuser menciona que: *“La ALIC culposa sólo es posible en principio, cuando el delito en cuestión puede ser cometido culposamente. Bajo éste presupuesto se considera una ALIC culposa, cuando el actor comete el delito de forma culposa independientemente de que él se haya situado dolosa o culposamente en un estado de embriaguez”<sup>14</sup>.*

► ESQUEMA DE CONSTRUCCIÓN DEL DELITO (GUTACHTENSTIL)

Desde la misma formación jurídica del estudiante hasta en el ejercicio de la profesión, es importante el dominio del silogismo jurídico al momento de comprender y resolver un caso. Si la sentencia dictada por un Juez posee una estructura diseñada por la misma ley y basada en premisas, la propuesta de solución de un caso por parte de un abogado y sus correspondientes argumentos, deben también demostrar solidez y estructura sistemática.

En ese sentido, en este último apartado se procederá al empleo de todo lo estudiado anteriormente para adecuar el hecho determinado a la descripción abstracta de la norma.

*Aquí se muestra cómo un caso determinado es resuelto en la Universidades alemanas.*

<sup>12</sup> López Díaz, Claudia, Código Penal Alemán traducido al español, Universidad Externado de Colombia, 1999, Colombia.

<sup>13</sup> BHGSt 42, 235.

<sup>14</sup> Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2005, Bonn, Nomos, Pág. 200. “Eine fahrlässige actio libera in causa ist grds nur möglich, wenn das betreffende Delikt überhaupt fahrlässig begangen werden kann. Unter dieser Voraussetzungen kommt eine fahrlässige actio libera in causa in Betracht, wenn der Täter die betreffende Straftat fahrlässig begeht, unabhängig davon, ob er sich vorsätzlich oder fahrlässig in den Rauschzustand versetzt hat und hierbei die spätere Tatbestandsverwirklichung hätte vorhersehen können”.



- I. Tipicidad
  1. Tipo Objetivo (+)
    - 1.1. Resultado, Acción, Causalidad (+)
    - 1.2. Imputación objetiva del resultado (+)
  2. Tipo Subjetivo: Dolo (+)
- II. Antijuridicidad (+)
  1. Causas de justificación (-)
- III. Reprochabilidad: En el momento de la comisión del hecho punible (disparo – homicidio de C) A se encontraba en estado de embriaguez y con esto en principio es irreprochable. ¿Pero podría imputársele el hecho al actor a pesar de su irreprochabilidad? Modelo de excepción: El actor ha causado su propio estado de irreprochabilidad, a pesar de que él pudo y debió haber prevenido, que en ese mismo estado y posteriormente iba a cometer el hecho punible.

*Si usted sigue este modelo, entonces responderá la pregunta de manera afirmativa y la resolución del caso finaliza. En caso de que la considere como violatoria del principio constitucional “nullum crimen sine lege certa” por la ausencia de disposición legal específica, la resolución del caso vuelve a comenzar de la siguiente manera:*

- I. Tipicidad
  1. **Tipo Objetivo:** la punibilidad objetiva de la conducta del actor se debe probar nuevamente desde la perspectiva del modelo de tipicidad, según el cual, el comienzo mismo del hecho se presenta cuando el actor produce su estado de defecto. Esto significa que la ingesta de alcohol se interpreta según las reglas previstas para la tentativa.

*Usted considera que el modelo de tipicidad no es aplicable porque el mismo no puede equipararse ni confundirse con las reglas de la tentativa o porque se trata de un delito especial como los de tránsito delitos de propia mano, entonces se recurre al criterio seguido por la jurisprudencia alemana: Consideración diferenciada (Differenzierende Betrachtung) probando los elementos objetivos y subjetivos del Vollrausch § 323a StGB – sanción de la embriaguez total.*

*Por el contrario, podría considerarse al modelo de tipicidad como apli-*

*cable, entonces continuaría la resolución del caso de la siguiente manera:*

2. Tipo Subjetivo:

- Para delitos dolosos: doble dolo es necesario. El dolo se debe referir a la producción del estado de defecto como también a la comisión del hecho punible.
- Falta el dolo con respecto a la producción del estado de defecto, entonces se debe recurrir a los presupuestos previstos para los delitos culposos.

*Caso de que el doble dolo es afirmado:*

II. Antijuridicidad (+)

1. Causas de justificación (-)

III. **Reprochabilidad:** se debe determinar la no intervención de causas de exculpación y la producción del estado de defecto por parte del actor en sí mismo para la comisión posterior del hecho punible.

► RESULTADO:

1. Según el modelo de excepción, A es irreprochable en el momento en que él dispara hacia C y lo mata. Recurrir a “una excepción” no dispuesta por la ley es considerada inconstitucional. En derecho penal rigen solo las reglas escritas y la analogía está prohibida, salvo que sea en beneficio del encausado.
2. Según el modelo de tipicidad, A es reprochable desde el momento mismo en que él produce el estado de defecto en sí mismo para luego cometer el hecho punible.
  - 2.1. Según las reglas de autoría mediata: más arriba ya he declarado mi postura al respecto, sosteniendo que según las disposiciones de autoría mediata (tanto para la ley alemana como para la paraguaya) se necesitan dos personas: *el hombre de atrás* y *el hombre-instrumento*. Ambas no pueden estar reunidas analógicamente en una sola persona.
  - 2.2. Según el modelo de extensión: el hecho comienza en el momento en que A se embriaga. Por lo tanto su conducta es reprochable porque en el momento de la embria-



guez él era consciente de su conducta.

- 2.3. Según el modelo de desplazamiento: A sería irreprochable en base a la necesidad de un desplazamiento hacia las conductas anteriores a la comisión del hecho. En este sentido, desde un punto de vista estricto, se colige que los actos anteriores de A no se pueden limitar al mero hecho de embriaguez, porque él posteriormente tuvo que levantarse, ir a la caja, pagar el importe de sus bebidas y recién luego dirigirse a la casa de C para llevar a cabo el acto. La crítica contra esta teoría es que esfuma los límites de la tentativa, condenando incluso los actos meramente preparativos de un hecho. Claro está que el último acto dotado de voluntad de A fue producir en sí mismo la embriaguez con el objetivo de cometer posteriormente el hecho. Los actos sucesivos que aparecen en el medio (por ejemplo abonar sus bebidas) ya no pueden ser considerados como dotados de voluntad.

Por lo tanto, considero que el hecho punible comienza desde el momento en que A ha producido en sí mismo el estado de defecto (*Defektzustand*), no habiendo prescripciones especiales que impidan la interpretación del modelo de tipicidad para tal caso. La conducta de A es entonces penalmente reprochable.

*Por supuesto es factible la propuesta de otra solución siempre y cuando contenga sólidos argumentos. No se debe olvidar que en derecho penal todo puede ser discutido.*

#### ► CONCLUSIONES

En varios países del mundo y de acuerdo al comportamiento de algunos miembros de la sociedad, es común escuchar que se ha cometido un hecho punible en estado de embriaguez o luego de haber consumido una sustancia ilícita. Al momento en que el Estado deba de intervenir a través de la persecución penal, no se puede recurrir a sustentos extremistas; vale decir, sanción a toda costa o impunidad.

Como se puede inferir, si en los tribunales paraguayos aplicasen las mismas teorías alemanas, se tendría el mismo problema: la san-

ción de conductas como punibles, frente a una estrecha línea de posible declaración de inconstitucionalidad.

Si bien la doctrina alemana ha tratado la ALIC de manera exhaustiva con las distintas teorías y correspondientes fundamentos, también es cierto que la disposición contenida en la norma no está clara, por lo que se hace imperiosa la necesidad de que el legislador realice una modificación de la misma estableciendo claramente la tipicidad de la *actio praecedens* para estos casos. Esta declaración resulta evidentemente difícil en virtud a la dificultad de determinación que posee dentro de la teoría del delito y la consecuente división entre actos meramente preparatorios.

Más aún necesaria se presentaría la modificación legal en países donde lamentablemente no se puede hablar de una garantía absoluta de seguridad jurídica como es el caso de Paraguay, donde en más de una oportunidad la presión social y de los medios de comunicación como también diferentes grupos de poder (político y económico) han influenciado catastróficamente en el dictado de sentencias penales.

Por otro lado, si bien la ley penal alemana contiene una norma que sanciona el estado de embriaguez total como ya se ha visto (*Vollrausch § 323a StGB*), la cual no está contemplada en el Código Penal paraguayo, tampoco se halla exenta de críticas. Desde el punto de vista de las teorías que justifican la imposición de una pena, refiriéndome específicamente a la teoría de prevención general, no se podría afirmar que se ha restablecido la paz social cuando el actor solo fue castigado con una pena privativa de libertad mínima.

Finalmente espero que esta pequeña investigación sea de utilidad para aquellos estudiantes y profesionales del derecho paraguayo que se caractericen por su alto interés en el tratamiento y legislación penal de otros países.



**BIBLIOGRAFIA**

- CASAÑAS LEVI, José Fernando, Manual de Derecho Penal – Parte General, 2016, Asunción, Intercontinental Editora.
- HARDTUNG, Bernhard, PUTZKE, Holm, Examinatorium Strafrecht AT, 2016, München, Beck.
- KINDHÄUSER, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2015, Bonn, Nomos.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia, Código Penal alemán traducido al español, 1999, Colombia, Universidad Externado de Colombia.

**LIBROS DE CONSULTA**

- WESSELS, BEULKE, SATZGER, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg, 2015, C.F. Müller.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, Manual de Derecho Penal Parte General, Buenos Aires, 2006, EDIAR.

**JURISPRUDENCIA ALEMANA**

- BGHSt 42, 235 (<http://www.bundesgerichtshof.de>).

**LEYES PENALES**

- Strafgesetzbuch (StGB).
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.
- Código Penal Paraguayo.
- Constitución Nacional de la República del Paraguay.

●●●●●●●● **PALABRAS CLAVE:**

Actio libera in causa, reprochabilidad, principio de coincidencia, teoría de excepción, teoría de tipicidad, inconstitucionalidad, autoría mediata, doble dolo.

●●●●●●●● **KEYWORDS:**

Actio libera in causa, culpability, concurrence, exception theory, punishable conducts, unconstitutionality, principal perpetrator, intention.

# DERECHO COMPARADO

---



- 
- ▶ LA DELACIÓN (COLABORACIÓN) PREMIADA Y LOS DERECHOS HUMANOS UN INSTITUTO JURÍDICO QUE CONTIENE: IMPUTACIONES GENÉRICAS, TORTURAS LEGALIZADAS, CONDENAS ANUNCIADAS Y PENAS ANTICIPADAS.





## La delación (colaboración) premiada y los derechos humanos

Un Instituto Jurídico que contiene: imputaciones genéricas,  
torturas legalizadas, condenas anunciadas y penas anticipadas

Prof. Pós-Dr. Cândido Furtado Maia Neto <sup>1</sup>

Prof. Magister LLM José Ignacio González Macchi, traductor y  
autor de las notas, comentarios y referencias al derecho paraguayo <sup>2</sup>

### ► SUMARIO

*Se trata de un ensayo jurídico que analiza un instituto legal que se está aplicando en la praxis jurídica brasileña. La práctica de la delación o de la colaboración, como también se la llama, tiene como objetivo obtener evidencia a través de la confesión del indiciado o investigado por la comisión de delitos, en especial, en casos de corrupción y blanqueo de capitales; y que, según opiniones doctrinarias importantes, a las cuales también adscribimos, serían violatorias de los principios de Derechos Humanos y contrarios al Estado Democrático. Se han agregado opiniones y comentarios relativos a la aplicación del instituto en normas vigentes en Paraguay. Atendiendo igualmente, si su práctica, así como está diseñada normativamente, es compatible o no con normas del debido proceso penal en un estado de derecho democrático y respetuoso de los Derechos Humanos, y de las reglas internacionales vigentes en nuestro país al respecto.*

### ► ABSTRACT

*This is a legal essay that analyzes a legal institute that is being applied in the Brazilian legal praxis. The practice of “delación” or collaboration, as it is also called, aims to obtain evidence through the confession of the indicted or investigated by the commission of crimes, especially in cases of corruption and money laundering; and which, according to important doctrinal opinions, to which we also ascribe, would be in violation of the principles of Human Rights and contrary to the Democratic State. Opinions and comments on the application of the institute and current norms*

<sup>1</sup> Procurador de Justicia del Ministério Público de Brasil. Doctor en Derecho. Experto en Derechos Humanos (Consultor Internacional de la ONU – Misión MINUGUA 1995-96). Profesor de Pós-Grado. Miembro de la Sociedad Europea de Criminología. Autor de obras jurídicas en Brasil y en el exterior.

<sup>2</sup> Abogado. Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal. Ex Magistrado Judicial. Master en Ciencias Penales y Criminológicas, por la Universidad de Zulia, Venezuela. LL.M. por la California Western School of Law, USA. Anteproyectista del Código de Proceso Penal (1998). Profesor Derecho Penal y Procesal Penal. Autor de numerosas obras jurídicas.



*in Paraguay have been added. In the same way, we look if its practice, as it is normatively designed, is compatible or not with rules of due process in a democratic state that is also respectful of Human Rights and the international rules in force in our country.*

## ► INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, el profesor brasileño Dr. Candido Furtao Maia Neto nos ilumina con un magnífico y detallado opúsculo sobre uno de los modernos institutos jurídicos de investigación criminal, aunque visiblemente criticado en los últimos tiempos: la delación, o colaboración premiada.

Al hacerlo, nos instruye sobre la normativa aplicable al respecto desde la Ley ordinaria brasilera, atendiendo normativas sobre Derechos Humanos, analizando la legitimidad del instrumento desde la óptica de los pactos internacionales que regulan la materia.

La “delación premiada” consiste en un acuerdo alcanzado por el investigado (acusado o condenado) por la comisión de un delito y el Estado, titular del *ius puniendi*, a través del Ministerio Fiscal, en el que, a cambio de la confesión o la prestación de información relevante, se ofrecen al presunto delincuente determinados beneficios, que pueden consistir en la rebaja de la pena, o incluso su remisión total en los casos de colaboración especialmente importante, y también en la retirada de la acusación, con el consiguiente sobreseimiento de la causa, o, previamente, en la decisión de no acusar al delator. Así entendida, es un instrumento más al servicio de la justicia (penal), por cuanto puede ayudar en la obtención de pruebas, facilitando la investigación -y, en general, la persecución- de delitos de especial gravedad, en especial de los cometidos en el ámbito de la delincuencia organizada. Basta con recordar algunos casos recientes que están en la mente de todos o centrar la mirada en Brasil donde está siendo cuestionada al respecto de la llamada “Operación Lava Jato”<sup>3</sup>.

El instituto de la delación premiada en Brasil viene del ordenamiento jurídico desde el tiempo de la colonia, constando en las

<sup>3</sup> Saiz Díaz, Carlos. “La delación premiada: peligros y limitaciones”. Ver en <http://www.expansion.com/juridico/2016/03/06/56d9c38d268e3e3c768b45b2.html>.

Ordenaciones Filipinas de 1603, (Título VI del Libro III “*Del que se obligó a responder en otro juicio*”; y en el ítem 12 del Título CXVI del Libro V “*Como se perdonará a los malhechores que lleven a prisión a otro*”).

A partir de ahí, las leyes coloniales e imperialistas mantuvieron el criterio de premiar a quien se acercara a la Corte a deponer contra sus compinches de fechorías.

Las leyes post imperio, formateadas a partir del sistema procesal mixto, mantuvieron tales criterios, aunque sin expresarlos normativamente; es decir, la jurisprudencia se encargó de premiar al delator con mengua de la pena, u otro beneficio.

Es incuestionable que los sistemas de investigación criminal deben ir actualizándose y ampliándose en la medida que van apareciendo formas delictivas complejas y solapadas difíciles de descubrir; pero también debe advertirse que una investigación penal no puede desarrollarse sin límites ni garantías. La búsqueda de la verdad a ultranza, de manera absoluta, se ha visto, desde época anteriores como un instrumento coactivo de los poderosos en contra de los súbditos; y por tanto, debe ser tratado con bemoles.

En los tiempos políticos que se vive actualmente en Latinoamérica, podemos constatar que existen procesos criminales abiertos a autoridades públicas, gobernantes y ex presidentes en diferentes países (Argentina, Brasil, Paraguay, etc.) como derivación de informaciones surgidas de declaraciones de arrepentidos colaboradores o delatores. Siendo así, es imprescindible comprender la legalidad del instrumento, no sólo desde el derecho positivo interno, sino también desde el ámbito de aplicación del derecho internacional, sobre todo desde el respeto a las convenciones de Derechos Humanos.

Entender las fuentes normativas, su ámbito de aplicación y el fundamento de la ley especial que los contiene es esencial para admitir o no su legalidad. Por ello, éste trabajo se ha enriquecido con “notas al pie” que exponen dichas fuentes normativas y traducciones que agilizan la interpretación, y con comentarios que, desde el derecho positivo paraguayo, intentan dar una interpretación más amplia de estos institutos desde el derecho comparado.



► LA PROHIBICIÓN DE LA AUTOINCRIMINACIÓN.

Debemos partir por aceptar que para todos rige el Derecho al Silencio (art. 198 CPP Br)<sup>4</sup>, desde que nadie es obligado a producir pruebas en su contra (“*nemo tenetur se detegere*”<sup>5</sup> – prohibición de la autoincriminación), como aseguran la Constitución Federal Brasileira (art.5º, LXIII)<sup>6</sup>, como también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP - ONU/1966, art. 14.2.“g”)<sup>7</sup>, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH - OEA/1969, art.8º.2.“g”)<sup>8</sup>.

Vale acotar que ambos instrumentos normativos internacionales fueron ratificados y adheridos, en 1992, por el gobierno de la República Federativa del Brasil, a través de los Decretos Nº 592 y Nº 678, respectivamente; y también por Paraguay<sup>9</sup>.

Si bien es cierto que la prohibición de la autoincriminación ya era admisible tanto en el derecho positivo brasileiro como en el paraguayo; en ambos casos, fueron los Pactos Internacionales de la ONU (1966) y de la OEA (1969) los que efectivamente marcaron el camino legislativo que prácticamente obligó a estos países a reformar sus leyes adecuándolas a tales normativas.

Así, antes de la Constitución Brasileira de 1988, según la regla expuesta en el Código del Proceso Penal Brasileiro de 1941, el silencio del deponente o su abstención a declarar no debía ser considerada una confesión, pero podía servir al Juez para formarse una convicción condenatoria. Por su parte en Paraguay, antes de la Constitución de 1992, el Código de Procedimientos Penales de 1890 regulaba que la abstención a declarar servía al Juez de Instrucción del Sumario como fundamento para imponer la prisión preventiva<sup>10</sup>,

<sup>4</sup> El citado artículo textualmente expone: “El silencio del acusado no importará una confesión, pero podrá constituir un elemento para la formación del convencimiento del Juez”.

<sup>5</sup> El aforismo latino *nemo tenetur se detegere* (también conocida como *nemo tenetur se ipsum accusare*) expone el principio de derecho procesal penal por el cual nadie puede ser obligado a afirmar su propia responsabilidad penal.

<sup>6</sup> Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: ... LXIII: “el detenido será informado de sus derechos, entre ellos el de permanecer callado, asegurándose la asistencia de la familia y de abogado” (C.F.B. de 1988).

<sup>7</sup> Art. 14. 3. “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable” (Pacto de la ONU de 1966).

<sup>8</sup> Artículo 8. Garantías Judiciales. 2. “Toda persona inculpada de delito tiene derecho que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... g) derecho de no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable” (Pacto de san José de 1969).

<sup>9</sup> En Paraguay, el PIDCP fue ratificado por Ley Nº 5/92; y la CADH fue ratificada por Ley Nº 1/89.

<sup>10</sup> El Art. 333 del C.P.P. Pyo de 1890 en su numeral 3º regulaba: “La detención podrá decretarse: ... cuando la averiguación del delito exija la concurrencia de una persona para prestar informe o declaración, y se negare a hacerlo”.

es decir, comportaba una suerte de presunción de culpabilidad.

Por otra parte, las reformas constitucionales tanto en Brasil (1988), como en Paraguay (1992), son posteriores a los pactos de 1966 y 1969; por tanto, podemos afirmar con toda autoridad que las normativas internacionales sobre Derechos Humanos fueron las reglas que han promovido las reformas sobre derechos y garantías fundamentales de las personas, entre las cuales se hallan la regla LXIII del Art. 5º de la Constitución Federal Brasileña, así como la dispuesta en el Art. 18 de la Constitución Paraguaya.

En la legislación positiva paraguaya, este derecho a guardar silencio se encuentra regulado en la propia Constitución Nacional, según el Art. 18: *“Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unida ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive”*; mientras que en el Código Procesal Penal sancionado en el año 1998, la cuestión es regulada por el Art. 84. Libertad de Declarar, Oportunidades y Autoridad Competente: *“El imputado tendrá derecho a declarar y a abstenerse de declarar”*.

#### ► LAS FUENTES DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA.

En segundo término, destacamos el principio de la **Presunción de Inocencia** contenido en la Constitución Federal Brasileña<sup>11</sup> (en adelante CFB), en el art. 5º, LVII; también en el PIDCP art.14.2, y en la CADH el art. 8º.2), que rige desde el inicio del proceso penal hasta que prueba en contrario introducida en juicio, permita al Estado declarar la culpabilidad del reo a través de un debido proceso penal, hasta sentencia firme y ejecutoriada, aquella que no permite modificación, ni recurso judicial, con respeto a las garantías individuales fundamentales.

Según **Ferrajoli**<sup>12</sup>, si bien podemos encontrar antecedentes del principio de presunción de inocencia en el Derecho Romano, especialmente influido por el Cristianismo, éste se vio invertido por las prácticas inquisitivas de la baja Edad Media. Así, es solo en la Edad Moderna que autores como **Hobbes, Montesquieu y Beccaria**,

<sup>11</sup> LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (“nadie será considerado culpable hasta que una sentencia penal condenatoria quede firme”).

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi. “Diritto e Ragione”, Teoría del Garantismo Penal, Editorial Trota S.A., Pág. 550, Madrid, 1995.



por nombrar algunos, reafirman este principio.

Así pues, **Beccaria**, en su obra capital *De los Delitos y de las Penas* establece que la presunción de inocencia es un principio necesario, manifestando que: “*un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida*”. Debemos recordar que el mentado marqués recién afirmó haber publicado su obra un año después de su edición anónima (1763)<sup>13</sup>, justamente por temor a las represalias de los gobernantes.

Del iluminismo al constitucionalismo moderno, la presunción de inocencia aparece como una idea extraída de la interpretación de los fallos jurisprudenciales que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos han dictado luego de que se hayan aprobado la Quinta y Sexta Enmiendas a la Constitución de los EE.UU. (entre 1789 y 1791). Por la 5ta Enmienda, los asambleístas aprobaron reglas del *due process of law* (debido proceso legal) y entre ellas, la prohibición de la autoincriminación; mientras que en la 6ta Enmienda, se regularon derechos del acusado.

Fueron ideas liberales y democráticas que se plasmaron normativamente como regla internacional con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 11 dispone: “*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa*”; y de aquella Declaración Universal se llega a los Pactos Internacionales de 1966 y 1969, y a las constituciones modernas de los países democráticos.

#### ► EL PROBLEMA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

En tercer lugar, afirmamos que incumbe al Estado (Ministerio Público) el *onus probandi*<sup>14</sup>, probar la acusación atendiendo a la am-

<sup>13</sup> Beccaria, César. “De los Delitos y de las Penas”, 2da Edición, Ediciones Jurídicas Europa-América, Pág. 119, Buenos Aires – Argentina, 1974.

<sup>14</sup> El *onus probandi* (“carga de la prueba”) es una expresión latina que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales. El fundamento del *onus probandi* radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que “lo normal se entiende que está probado, lo anormal se prueba”. Por tanto, quien invoca algo que modifica el estado de normalidad, debe probarlo («affirmanti incumbit probatio»: “a quien afirma, incumbe la prueba”). Básicamente, lo que se quiere decir con este aforismo es que la carga o tarea de probar un enunciado debe recaer en aquel que afirma un nuevo estado de cosas (el que afirma poseer una nueva verdad sobre un tema).

plia defensa y al contradictorio (art. 5º, LV CFB)<sup>15</sup>. Históricamente, quien afirmaba alguna posición a favor de su pretensión, estaba obligado a probarlo. En el derecho procesal moderno, ésta carga es exclusiva del Ministerio Público. En Paraguay, el justiciable tiene el derecho procesal de carácter constitucional a: “*ofrecer, practicar, controlar, e impugnar pruebas*”.

La acusación precisa ser cierta e individualizada con todas las circunstancias fácticas del crimen (art. 41 CPP Br)<sup>16</sup>, es decir, se requiere una acusación correcta, técnicamente precisa, al momento de la presentación de la denuncia ante el Ministerio Público, cuando el Poder Judicial da inicio a la acción penal, sin perjuicio de adición suplementaria posterior (art. 569 CPP Br)<sup>17</sup> y de la propia improcedencia de la acción (art. 386 CPP Br)<sup>18</sup> que puede resultar en la absolución, por falta de pruebas, etc. De estos conceptos, deriva la expresión de **Maia Neto**: “*Una Delación no es prueba, ni medio de prueba, es apenas un medio de obtención de la prueba*”.

En Paraguay, la carga de la prueba también recae en el Ministerio Público. El artículo 53 del CPP así lo declara expresamente; y su fundamento también se relaciona con el derecho del imputado a la amplitud de la defensa técnica y eficaz, y al respeto del Principio de Bilateralidad o Contradictoriedad; pero con mayor razón con base al Derecho a la Presunción de Inocencia. Al justiciable se le presume inocente hasta que se demuestre lo contrario en un juicio, no se le puede exigir ni obligar a comprobar su inocencia. En el derecho positivo paraguayo, el Principio de Inocencia se halla plasmado en la C.N. y en el CPP.

Por otra parte, dentro del derecho a la amplia defensa se encuentra la garantía constitucional de contenido procesal que le permite *ofrecer, producir, refutar e impugnar* pruebas de cargo; y por la bilateralidad se entiende el derecho de la defensa de contrastar

<sup>15</sup> LV: “A los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general les son asegurados el contradictorio y la amplia defensa, con los medios y recursos inherentes a ellos”.

<sup>16</sup> “La denuncia o queja contendrá la exposición del hecho criminal, con todas sus circunstancias, la calificación del acusado o los datos por los cuales se lo pueda identificar, la clasificación del crimen y, si es necesario, el relato de los testimonios”.

<sup>17</sup> “Las omisiones de la denuncia o de la queja, sobre la representación, o en los procesos por contravenciones penales, de portación o del auto de prisión en flagrancia, podrán ser completadas en todo tiempo, antes de la sentencia definitiva”.

<sup>18</sup> “El Juez absolverá al reo, mencionando la causa en la parte dispositiva, cuando reconozca que: I.- está probada la inexistencia del hecho; II.- no hay prueba de la existencia del hecho; III.- el hecho no constituye una infracción penal; IV.- no existe prueba de la participación del reo en la infracción penal; V.- existe circunstancia que excluye el crimen o exima al reo de la pena; VI.- no existe prueba suficiente para condenar...”.



las pruebas de cargo en todas las instancias procesales que sean admisibles; y con mayor razón, en el juicio oral.

Cuando **Maia Neto** hace referencia a una acusación en el derecho procesal penal brasileiro, nosotros debemos entenderla como la imputación del fiscal, o como la denuncia presentada por el particular ofendido, en el régimen procesal paraguayo. La acusación en tal sentido debe entenderse como el relato de hechos y circunstancias que han afectado a una víctima, por al menos, un victimario. Tal relato debe contener todo lo que sirva para individualizar al malhechor y su conducta (¿quién lo hizo, cuándo, cómo y dónde lo hizo?); y tal relato debería poder ser refutado por el supuesto autor y su abogado, con todos los medios de defensa admisibles.

**Maia Neto** afirma que la delación no es prueba, sino un medio para obtener una prueba; y en tal sentido, nosotros coincidimos advirtiendo que una “delación” no es otra cosa que una declaración de un coimputado, relatando su propia intervención y exponiendo la de otros con relación al hecho investigado. En tal sentido, la declaración del imputado no es un medio de prueba, ni puede ser considerado como tal; y con mayor razón si se trata de exponer a otra u otras personas como participantes en un hecho. Por tanto, una delación no podría constituir prueba en contra de persona alguna. En el moderno Derecho Procesal Penal, la declaración del imputado es un Derecho, y por tanto, los dichos relatados en esa declaración, no pueden ser usados en su contra, y por extensión, tampoco puede ser usado en contra de otros.

#### ► REFERENCIAS AL DEBIDO PROCESO PENAL

Respecto al **debido proceso legal**, si el acusado confiesa la práctica del o los crímenes cometidos por él y otras personas, en un momento procesal irregular (diverso al momento procesal en el cual debe o puede declarar), o sea, fuera del interrogatorio judicial (art. 199 CPP Br)<sup>19</sup>, sería en desacuerdo con el procedimiento procesal previsto en el Código ritual, introduciéndose irregularmente la producción de pruebas concretas contra la persona de un reo, quien tiene derechos procesales a confrontar y refutar tales pue-

<sup>19</sup> Art. 199 del CPP Br: “La confesión, realizada fuera del interrogatorio, será tomada por escrito y agregadas a los autos, observando lo dispuesto por el Art. 195 (del CPP Br)”.

bas (testimoniales, técnicas-periciales, etc.), conforme a la fase de la instrucción criminal en el procedimiento penal brasileiro.

Para nosotros en Paraguay, las reglas del procedimiento ordinario que afectan a la investigación fiscal dentro de la Etapa Preparatoria serían equivalentes. En otras palabras, aunque se admita la posibilidad de alguna confesión fuera del momento del interrogatorio, en realidad dicha declaración no puede realizarse desprovista de las formalidades, garantías y derechos que le asisten al imputado en una causa penal. Si además de ello, la confesión –entendida como el reconocimiento de la participación en un hecho criminal– se convierte en una delación, tales exigencias formales, son aún más rígidas, o por lo menos deberían serlo.

Al respecto, en el derecho positivo paraguayo, no cabría la posibilidad de que una declaración del imputado, aunque sea una confesión, sea desarrollada sin las garantías procesales debidamente reguladas en el Código Procesal Penal. Entre ellas, las más importantes para el tema del presente estudio son:

- La Policía no está facultada para recibir la declaración de imputados (Art. 90 del CPP Pyo);
- Declarar es un derecho del imputado, y puede abstenerse de hacerlo sin ningún perjuicio (Art. 84 del CPP Pyo);
- Solamente el Tribunal de Sentencia en el juicio oral, el Juez Penal en la audiencia preliminar, o el agente fiscal durante la investigación, tienen competencia para recibir declaración de imputados (Art. 84 CPP Pyo);
- No se exigirá al imputado juramento o promesa de decir la verdad, ni podrá ser sometido a coacción. Se prohíbe toda medida que afecte la libertad de decisión del imputado, su voluntad, su memoria o su capacidad de comprensión y dirección de su propia declaración (Art. 88 del CPP Pyo).

Volviendo al sistema brasileiro, para que exista una confesión espontánea y preliminar (incluso una delación) a la luz de los Derechos Humanos, es preciso observar a los cuatro aspectos anteriormente citados; a saber:

1. Derecho al silencio o a permanecer callado;
2. Presunción de inocencia, hasta que no se compruebe legíti-



- mamente la culpabilidad;
3. Carga probatoria (*onus probandi*) a la acusación;
  4. Debido proceso legal, que establezca el momento y la forma procesal adecuada para que se produzca la confesión (interrogatorio judicial), de acuerdo al momento de la producción probatoria, con base a la amplitud de la defensa y al contradictorio.

En el sistema procesal penal paraguayo también se dan estas garantías procesales. Algunas incluso constituyen derechos constitucionales inalienables, como la prohibición de la autoincriminación (Art. 18 de la CN) y el Principio de Inocencia (Art. 17 inc. 1º de la CN), con sus respectivas normas procesales que las regulan. La carga probatoria es exclusiva del Ministerio Público en los hechos punibles de acción penal pública; pero al mismo tiempo, el “Criterio de Objetividad” le impone al fiscal interviniente a cargo de la investigación, la obligación de buscar y presentar elementos de convicción de descargo para el imputado. Mientras que son varias las normativas que en conjunto constituyen el “debido proceso legal”, contenidas tanto en la Constitución Nacional (Arts. 5º, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19), como en las leyes procesales vigentes en el país (el Código Procesal Penal, y sus leyes modificatorias; la Ley del Ministerio Público, entre otras); además de los Pactos o Convenios Internacionales ratificados por el Paraguay (entre los más importantes, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA).

Para **Maia Neto**, la “delación premiada”, aunque es un instituto antidemocrático, “especial” o “*sui generis*”, también denominado “colaboración premiada”, se encuentra presente en diversas leyes penales brasileras: en la Ley Nº 9.613/98 de Lavado de Dinero<sup>20</sup>; en la Ley Nº 11.343/2006 de Drogas<sup>21</sup>; en la Ley Nº 8.072/90 sobre Crímenes

<sup>20</sup> LEY Br. Nº 9.613, del 3 DE MARZO de 1998. Dispone sobre los crímenes de lavado u ocultación de bienes, derechos y valores; etc. Art. 1º § 5º “La pena será reducida de uno a dos tercios y comenzará a ser cumplida en régimen abierto, pudiendo el juez dejar de aplicarla o sustituirla por pena restrictiva de derechos, si el autor, coautor o partícipe colabora espontáneamente con las autoridades, prestando esclarecimientos que conduzcan a la investigación de las infracciones penales y de su autoría o la localización de los bienes, derechos o valores objeto del crimen”.

<sup>21</sup> LEY Br. Nº 11.343, del 23 de AGOSTO de 2006: Que instituye el Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas; establece normas para la represión a la producción no autorizada y al tráfico ilícito de drogas; define crímenes y da otras providencias. Art. 41. “El indiciado o acusado que colabora voluntariamente con la investigación policial y en el proceso criminal en la identificación de los demás coautores o partícipes del crimen y en la recuperación total o parcial del producto del crimen, en caso de condena, tendrá pena reducida de un tercio a dos tercios” (de la pena principal al autor).

Hediondos (atroces)<sup>22</sup>; entre otras.

Luego de la fundamentación previa, el jurista curitibano toma expresa postura antagónica a la figura procesal cuestionada. Al hacerlo, nos ilustra sobre la aparición del instituto en la normativa brasileña. Primero, aparece como circunstancia atenuante en los denominados crímenes “hediondos” (que nosotros llamaríamos, crueles o atroces), el hecho de que cualquiera de los participantes en el hecho específico, denuncie el hecho a las autoridades (policiales, fiscales o judiciales), de tal manera que con ello se alcance alguna finalidad positiva (la liberación del secuestrado, o el desmantelamiento de la banda).

Al respecto, debemos acotar que la Constitución Federal Brasileña de 1988<sup>23</sup> en su Art. 5º numeral XLIII estableció reglas de fondo y de forma para ser aplicadas a hechos punibles específicos, entre ellos, se hace mención a los “crímenes hediondos”, en general. Debido a ello, durante el gobierno del Presidente Fernando Collor de Mello en 1990 se sancionó la ley que –sin mucha técnica legislativa– introdujo modificaciones al código penal y al de procedimientos penales de Brasil, para intentar acomodar las vetustas leyes (de 1940 y 1941, respectivamente) a los mandatos constitucionales.

En el artículo 1º de dicha ley se precisaron las figuras criminales y sus diferentes modalidades, que a partir de entonces serían considerados “hediondos”<sup>24</sup>, y como tal, agravados. Entendemos que tal denominación idiomática surgió en el vecino país en referencia a la reacción societaria en ese momento, a consecuencia de la proliferación de hechos punibles cometidos con especiales características de atrocidad, crueldad, ensañamiento, maldad, brutalidad, casi propios de un salvajismo atávico.

No obstante, para nosotros, la figura plasmada en dicha ley respecto a lo que **Maia Neto** considera como “delación”, en realidad se trataría de casos en los que la doctrina procesal denomina a estos

<sup>22</sup> LEY Br. Nº 8.072, del 25 de JULIO de 1990: Que dispone sobre los crímenes hediondos: Art. 7º, ... § 4º “Si el crimen es cometido en grupo o banda, el coautor que lo denuncie a las autoridades, facilitando la liberación del secuestrado, tendrá su pena reducida de uno a dos tercios.”. Art. 8º, Parágrafo único. “El participante o el asociado que denunciara a la autoridad a la banda o grupo, posibilitando su desmantelamiento, tendrá la pena reducida de uno a dos tercios” (de la pena principal).

<sup>23</sup> Art. 5º LXIII C.F.BR.: “La ley considerará inafiançáveis (que no admiten fianza) e insustituíveis de graça (indulto) o amnistia a la práctica de la tortura, al tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, al terrorismo y a los definidos como crímenes hediondos, y por ellos responderán los mandantes, los ejecutores y los que, pudiendo evitarlos, omitieran hacerlo”.

<sup>24</sup> La traducción más acorde sería: crímenes atroces o crueles.



sujetos como “arrepentidos”, entiéndase por aquellos casos donde el participante (coautor o partícipe) se arrepiente de continuar con la conducta desplegada por los demás, sea por la modalidad, la forma, por el alcance o consecuencias del hecho, o por cualquier otra circunstancia, por lo que “arrepentido” se presenta ante las autoridades a denunciar el hecho, y con ello se logra un objetivo positivo respecto al caso, según sea, por ejemplo en el secuestro, la liberación de la persona retenida, o en los crímenes cometidos en banda, el desmantelamiento de la misma.

Nótese que en las otras leyes referidas, la circunstancia registrada como “delación” es la colaboración espontánea o voluntaria de alguno de los participantes con las autoridades (sea la policía, el fiscal o el juez) de la investigación. En todos los casos, la ley permite la reducción de la pena a imponer.

De cualquier forma, lo que se pretende con éste ensayo es descalificar que estas prácticas se realicen coactivamente por las autoridades (policiales, fiscales o judiciales), y que lo hagan mediante la figura de la delación que no respete garantías y derechos procesales constitucionales, convencionales, o incluso contrariando reglas legales del proceso ordinario; con lo cual coincidimos por todo lo anteriormente apuntado.

Se debe acotar, no obstante, que vemos con buenos ojos que el participante que colabora efectivamente con el esclarecimiento del hecho investigado, impidiendo ulteriores consecuencias negativas o facilitando las positivas, sea beneficiado con alguna figura eximente, o al menos atenuante de la pena; aplicándosele incluso procedimientos especiales de resolución anticipada del proceso, sin necesidad de ir a juicio oral y público.

En el régimen jurídico penal paraguayo, con la modificación del Código Penal en 1998 se introdujeron las figuras del DESISTIMIENTO y del ARREPENTIMIENTO (Art. 28), como fórmulas que permiten la eximición de pena al autor que cesa su conducta delictiva antes de producir el resultado lesivo; o que a pesar de haber concluido la conducta punible (tentativa acabada), impide la producción del resultado final con una conducta posterior. Sería el caso de quien deja los objetos a ser sustraídos en el interior de la casa,

por algún motivo altruista; o quien luego de haber disparado a matar a otro, al verle desangrándose, se arrepiente y lo lleva al hospital, posibilitando que la atención médica pronta, evite la muerte. En estos casos, la misma ley penal admite que ante varios involucrados (participantes) en un hecho, alguno de éstos, desista o se arrepienta activamente de su intervención, y con ello, frustre el resultado prohibido. Se entiende que para tal efecto debe realizar propiamente actos positivos (desistir del acto consumativo o evitar la consumación), o ir ante autoridades pertinentes a declarar lo que está ocurriendo, o lo que va pasar, o la que acaba de suceder, y con ello, efectivamente evite la consumación del hecho punible, directa o indirectamente. En estos casos, se les exime de sanción penal por el hecho tentado, pudiendo subsistir responsabilidad penal por los hechos ya consumados, entiéndase según los ejemplos: por la violación de domicilio (en la tentativa inacabada del hurto); o las lesiones corporales causadas (en la tentativa de homicidio).

Así mismo, el Código Penal de 1998 también introduce el hecho punible de Lavado de Dinero en su artículo 196; y en él se regulan condiciones objetivas de punibilidad (inciso 8º), y causales atenuantes (inciso 9º), para casos de colaboración voluntaria esencial de parte del autor (o coautor). Dicha colaboración esencial debe constituir una información voluntaria ante autoridades competentes, y en tal sentido, no vemos otra fórmula procesal que no sea mediante una declaración formal dentro de una investigación fiscal abierta, en la cual el deponente “delata” el hecho, “colaborando” con los investigadores.

Como condición objetiva de punibilidad, el inciso octavo estatuye un elemento esencial para condenar, o en el sentido contrario, no considera punible al hecho antijurídico reprochable, si se dan las circunstancias allí registradas; mientras que en el inciso noveno regula la colaboración voluntaria como condición de atenuación de la sanción impuesta por el hecho, permitiendo incluso prescindir de la pena, según las circunstancias objetivas palpables.

En una ley más reciente, el parlamento nacional sancionó la Ley Nº 4.788/2012 “Integral contra la Trata de personas”, y entre los “Medios de Investigación Especial” incorpora la figura del “Arre-



**pentido**”, otorgándole menguantes punitivas: “Las penas previstas en esta Ley serán disminuidas de la mitad a la cuarta parte si el procesado diere información que permita el descubrimiento de organizaciones de tratables, el rescate de víctimas del hecho punible o la condena de los responsables principales de estas organizaciones” (Art. 29).

Aunque, por otra parte, distingue perfectamente a los “**Informantes**”, definiéndolos como: “las personas que con o sin el incentivo de una remuneración, suministren información sobre la preparación, ejecución o consumación de los hechos punibles castigados por disposiciones de esta Ley y sobre personas, organizaciones, y entidades que de una u otra forma participen en ellos” (Art. 28).

La figura del Informante ya era reconocida legislativamente en Paraguay desde la incorporación en la Ley N° 1881/2012 (que modificó y amplió la Ley N° 1340/1988) “Que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines”. Cabe acotar que por ésta ley, se introducen como medios de investigación a los informantes (Art. 97), a la par de las “Entregas Vigiladas” y “Agentes Encubiertos”.

A los efectos de una mejor comprensión de los efectos jurídicos de la cuestionada figura que estamos comentando, debemos recordar que en el 2005, se sancionó la Ley N° 2849 (modificatoria del Código Penal en cuanto a la tipicidad y pena del secuestro en su redacción original), ante el recrudecimiento de fatalidades ocurridas a raíz de la comisión de secuestros extorsivos que culminaron con la muerte de la víctima<sup>25</sup>.

En dicha ley, se estableció por primera vez en forma expresa la figura de la colaboración premiada. En el Art. 6° del “**Beneficio por la Colaboración Eficaz**” regulaba: “El participante que suministre información eficaz a la autoridad sobre el lugar donde se encuentra el secuestrado o suministre prueba que permita deducir responsabilidad penal de los participantes de un hecho de secuestro, podrá ser beneficiado con una reducción de hasta la mitad de la pena prevista en los Arts. 1° y 2° de la presente ley, con excepción de la pena prevista en el último párrafo del Art. 2°”. Explicando sus alcances, tenemos que la sanción por el secuestro simple (sin agravantes), así como también aquella con

<sup>25</sup> Casos: “Vargas” (28/08/2003); “Schaerer” (en Argentina –con repercusión en Paraguay–, 21/09/2003); “Alliana” (09/10/2003); “Cubas” (21/09/2004); “Amin” (11/10/2004).

agravantes, podía ser disminuida hasta la mitad de la pena privativa de libertad; con excepción del caso que el resultado del secuestro sea la muerte de la víctima.

Cabe acotar que dicha ley fue posteriormente modificada por la Ley N° 3440/2008, modificatoria del Código Penal (y de leyes especiales anteriores), que al reformar el Art. 126 introduce el inciso 6°. Nótese que se vuelve a utilizar el término “colaboración eficaz”. En tal sentido, traemos a colación lo referido en la Exposición de Motivos de dicha ley: *“En el secuestro, la privación de libertad tiene por objetivo la obtención de una ventaja. El fin no es solo el lucro, como es el que persigue la ola de secuestros desatada por bandas criminales en varios países americanos. Pueden tenerse también con miras otras ‘ventajas’, palabra que puede englobar otras concesiones no precisamente materiales. Entre ellas, las que frecuentemente suelen reclamarse en los secuestros políticos: liberación de presos, publicación de documentos a través de medios de comunicación masiva, etc. En el secuestro, el tipo se configura con la privación de la libertad y la búsqueda de una ventaja”*.

Por otra parte, en nuestro régimen procesal, el reconocimiento expreso de los hechos por parte del participante de un hecho punible cometido por varios, permitiría la aplicación de institutos procesales que permiten la resolución anticipada del proceso, sea mediante la suspensión condicional del proceso, o mediante el procedimiento abreviado.

Demás está decir, que en cualquiera de los casos citados, podría darse el caso de una declaración del imputado que importa una confesión, y con ella, la delación respecto a otros participantes en el hecho; y es en estos casos, donde deberán ser considerados los derechos y garantías que se describen en el presente ensayo.

Seguidamente, se nos introduce a otra figura similar establecida específicamente en la Ley N° 12.850/2013 sobre las “Organizaciones Criminales”, que entre sus apartados dispone: *“DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA”* (De la investigación y los medios de prueba) y en el articulado se observa que en el **Art. 3** Se hace referencia a la “colaboración premiada”; en el **Art. 4** Se permite el *“perdón judicial, reducir hasta en 2/3 (dos tercios) la pena privativa de libertad o sustituirla por otras restrictivas de derechos de*



*aquel que haya colaborado efectiva y voluntariamente con la investigación*”; y en el **Art. 5** Se establecen “derechos del colaborador”. En Brasil, para la concesión del beneficio siempre se tomará en cuenta la personalidad del colaborador, la naturaleza, las circunstancias, la gravedad y la repercusión social del hecho criminal y la eficacia de la colaboración.

En nuestra opinión, delatar significa confesar, demostrar su propio comportamiento, transmitir informaciones personales a la autoridad; así como revelar la conducta ilícita de terceros (coautores). Quien confiesa el propio acto criminal y al mismo tiempo también indica a otro como coautor o partícipe de tal hecho punible, es un delator. Cuestión bien diferente es colaborar con la justicia, como quien presta testimonio o brinda informaciones de prácticas delictivas, sin tener ningún vínculo con los delincuentes, ni con los hechos punibles cometidos por estos.

Razones supuestamente imbuidas de justicia o de política criminal de un estado, no pueden modificar una delación por colaboración, como si ella no tuviese condiciones procesales específicas para ser utilizada legalmente en la comprobación de un hecho ilícito, transfiriendo al reo la tarea de probar el crimen, y al mismo tiempo beneficiándolo, por ejemplo, con la reducción de la pena. A quien confiesa ya le corresponde una sanción atenuada, y a quien delata se le amplía tal atenuante, en desmedro de derechos procesales de otros (aunque sean delincuentes).

Si bien se dice que en el derecho procesal penal moderno una delación válida debe ser personal y espontánea; en la práctica no está libre de presión psicológica, puesto que el reo se encuentra presionado por los términos de la investigación, sea por la eventual prisión preventiva, o por la imputación generalizada o exacerbada, y hasta por una condena anticipada, en base a la severidad de las penas conminadas a los crímenes que le son imputados.

Aunque pueda llegar a ser absuelto, el reo imagina el tiempo que puede pasar en prisión, en el encarcelamiento al que estará sometido, aceptando de manera forzada o coaccionada “colaborar” con la autoridad policial o con el Ministerio Público, buscando disminuir la pena declarada incluso de manera anticipada (por ejem-

plo, en un procedimiento abreviado).

La “delación o colaboración premiada” es una especie de confesión que no es espontánea, no puede ser considerada voluntaria, pues, insistimos, es realizada sobre presión psíquica, sin garantías ciertas para el acusado, ya que en ese preciso momento (de la declaración) nadie le puede adelantar o asegurar si el Estado, es decir, si el Juez va aceptar o no el acuerdo, o si considerará las informaciones prestadas, a los fines del descuento de la pena anunciada, convirtiéndose los efectos de su declaración en una forma de condena en perspectiva, o mejor, una “extorsión oficializada” o “extorsión legalizada”.

Cabe acotar que en Brasil, de acuerdo con el derecho concreto aplicado, en términos de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores y precedentes del máximo tribunal (Supremo Tribunal Federal), la delación no posee valor probatorio único para condenar.

Esta es la parte medular del presente ensayo. Cuando la confesión (entendida como la declaración del imputado por la cual admite su participación en el hecho acusado) se convierte además en delación contra los demás participantes en el hecho, ella no puede servir por sí sola como elemento de convicción que fundamente una condena contra aquellos.

Por otra parte, se critica ácidamente la ilegítima práctica de parte de las autoridades oficiales, sean policiales, fiscales o judiciales, de coaccionar al imputado –aunque sea indirecta o tácitamente– a declarar contra sí mismo, y contra otros participantes en el hecho, aunque ello se realice con el objetivo de menguar la responsabilidad penal del mismo, atenuar la pena, o eximirle de su cumplimiento; o de beneficiarle con resoluciones anticipadas del proceso penal, con lo cual evitarían ir a juicio oral y público.

#### ► LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA Y LA DELACIÓN

La confesión debe ser confrontada y confirmada por las demás pruebas (art. 197 CPP Br)<sup>26</sup>. Aisladamente es insuficiente para condenar: “*la confesión sólo ha de menguar la sanción penal cuando quedó*

<sup>26</sup> Art. 197 CPP Br: “El valor de la confesión se registrará por los criterios adoptados para los otros elementos de prueba, y para su apreciación el juez deberá confrontarla con las otras pruebas del proceso, verificando si entre ella y estas existe compatibilidad o concordancia”.



*evidenciado que el agente asumió la responsabilidad sobre el delito que le fue imputado, lo que no ocurre en las situaciones en que el reo se retracta de la admisión de la autoría delictiva”.* (MAIA NETO, Cândido Furtado, in “*Promotor de Justiça e Direitos Humanos*”, 3ª ed. Juruá, Curitiba, 2012).

En tal sentido, la confesión que sea delatoria (de hechos punibles de otros), a lo sumo, posibilitaría compensar la pena atenuándola en la condena, pero no sirve para condenar por sí sola. Siempre en nombre del principio del libre convencimiento del juez.

Por ello, es importante explicar estos términos. En el moderno derecho procesal penal, por **el Principio de la libre valoración de la prueba**, el Juez es libre para obtener su convencimiento, porque no está vinculado a reglas legales sobre la evidencia; es decir, puede convencerse por lo que le diga un único testigo frente a lo que digan varios. Ahora bien, el principio de libre valoración de la prueba no significa que el Tribunal tenga una facultad libérrima y omnímoda sin limitaciones. El principio de libre valoración de la prueba significa que el Juez debe apreciar las percepciones durante el juicio según las reglas del criterio de la sana crítica racional, es decir, según las reglas de la lógica, y, dentro de ellas, el principio de no contradicción, así como según los principios generales de la experiencia.

Por otra parte, la **Sana Crítica** es la operación intelectual realizada por el Tribunal o el Juez de Sentencia y destinada a la correcta apreciación y valoración de las pruebas producidas, realizada con confianza y buena fe. Ha sido definida como “*la lógica interpretativa y el común sentir de las gentes*”, y que combina criterios lógicos y relativos a la experiencia que debe aplicar el juez o Tribunal al sentenciar<sup>27</sup>.

En otras palabras, la sana crítica es un método de valoración de la prueba, donde el juez la estimará de acuerdo a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente consolidados. Estas reglas no constituyen un sistema probatorio distinto de los que tradicionalmente se han venido admitiendo en el moderno derecho procesal; sino que más bien se trata de una herramienta que el juez de mérito está obligado a utilizar para la va-

<sup>27</sup> Montero Aroca, Juan. La prueba en el proceso civil. Ed. Civitas. Madrid, (2002), pp. 278–279.

loración lógica de las pruebas en las únicas circunstancias en que se encuentra en condiciones de hacerlo, esto es, cuando la legislación no lo sujeta a un criterio predeterminado (pruebas tasadas).

El principio exige que el juez motive y argumente sus decisiones. Dado que se aplica exclusivamente en aquellos casos en los que el legislador ha entregado al juez sentenciador el poder de valorizar libremente dicho resultado, se opone, en este sentido, al concepto de prueba legal o tasada, donde la Ley es la que fija el valor de la prueba.

► EFECTOS DE FONDO Y FORMA DE LA DELACIÓN

Por otra parte, en Brasil, procesalmente la confesión anticipada o la “delación premiada” del investigado o acusado, no limita los fundamentos que autorizan decretar o a revocar la prisión preventiva en un caso genérico (art. 312 CPP Br); pero para que el reo pueda usufructuar de la regla general de someterse al proceso penal en libertad, se le obliga a la delación, en perjuicio al principio de la excepcionalidad de la prisión cautelar.

En tal sentido, las normativas que exigen ciertas condiciones procesales para la adopción de la delación premiada, violentan normas dispuestas en instrumentos internacionales de protección a los DD.HH de justiciables, según consta:

- En las Directrices de la ONU para los Representantes del Ministerio Público<sup>28</sup>;
- En las Medidas No Privativas de Libertad, o Reglas de Tokio<sup>29</sup>.

La confesión –entendida como la declaración espontánea y voluntaria del procesado – es una de las atenuantes más importantes previstas en el Código Penal Brasileiro (art. 65, II, “d”), que así como en el régimen penal paraguayo, debe ser apreciada al momento

<sup>28</sup> 8vo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27/08 al 7/09 de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1 p. 189. Alternativas del enjuiciamiento: 18. “De conformidad con la legislación nacional, los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. A estos efectos, los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan la vía judicial no solamente para aliviar la carga excesiva de los tribunales, sino también para evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión”.

<sup>29</sup> Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.



del cómputo de la sanción, o el cálculo de la dosimetría de la pena (art. 59 CP Br). En estas condiciones, ante la delación, el instituto de la confesión como circunstancia prevista en el art. 65 del CP Br, así como el desistimiento o el arrepentimiento (arts. 15/16 CP Br) quedan mitigados o perjudicados en la praxis procesal penal.

En Brasil, la confesión<sup>30</sup>, y los institutos del desistimiento y el arrepentimiento, son considerados al momento procesal de la medición de la sanción<sup>31</sup>, pues su valoración y consecuencias en cuanto a la pena aplicable, debe ser analizada conforme al cúmulo probatorio producido en juicio, y a las consecuencias de tales circunstancias respecto a sus efectos con relación al hecho punible.

Por otra parte, en el derecho comparado encontramos la figura de la “delación premiada” que rige en el sistema de justicia norteamericano (USA) como una propuesta elaborada por el órgano acusador (*prosecutor*) representado por el Ministerio Público, a través de “transacciones penales” para la disminución de la imputación y de la pena. Tal práctica viene siendo contestada vehementemente por la *American Bar Association* (ABA), equivalente a la *Ordem dos Advogados do Brasil* (OAB). Vale acotar que ésta figura de la transacción mediante un “**Plea Bargain**” en el sistema judicial americano, es lo que para nosotros sería un procedimiento abreviado sobre un acuerdo de culpabilidad, con negociación sobre la pena.

Al respecto, **Andrade Moreira**, otro jurista brasileiro, que también critica la regulación normativa de la figura de la delación en el vecino país<sup>32</sup>, refiere: “Fuera de las cuestiones de carácter práctico -como por ejemplo la inutilidad de dicha institución en Brasil, principalmente por el hecho de que nuestro Estado no tiene posibilidades de garantizar la integridad física del **delator criminis**, ni la de su familia, lo cual serviría como elemento desalentador de la delación-, hay otros aspectos, de naturaleza ético-moral, que indican el profundo e irremediable infortunio cometido, una vez más, por el legislador brasileño, demagogo y poco cuidadoso cuando

<sup>30</sup> CP Br. Art. 65. Circunstancias atenuantes: “Son circunstancias que siempre atenúan la pena: - Si el agente: d) ha confesado espontáneamente, ante la autoridad, la autoría del crimen”.

<sup>31</sup> CP Br. Art. 59. Fijación de la pena: “El juez, atendiendo a la culpabilidad, a los antecedentes, a la conducta social, a la personalidad del agente, a los motivos, las circunstancias y consecuencias del crimen, así como al comportamiento de la víctima, establecerá, conforme sea necesario y suficiente para la reprobación y prevención del crimen: I - las penas aplicables entre las conminadas; II - la cantidad de pena aplicable, dentro de los límites previstos; III - el régimen inicial de cumplimiento de la pena privativa de libertad; IV - la sustitución de la pena privativa da libertad aplicada, por otra especie de pena, si cabe”.

<sup>32</sup> De Andrade Moreira, Rômulo. “La Delación En El Derecho Brasileño”. En <http://www.revistapersona.com.ar/Persona14/14moreira.htm>.

*se trata de los aspectos jurídicos de sus respectivos proyectos de ley... Es en extremo peligroso, nos parece, que el Derecho Positivo de un país permita y, aún más, incentive a los individuos que en él viven, a practicar la traición como medio de obtener un premio o un favor jurídico”.*

Al respecto, siempre siguiendo con atención lo que expone Andrade Moreira, al comentar que: “Es cierto que en otras legislaciones, inclusive en países desarrollados económicamente -aun cuando poseedores de una sociedad desilusionada, como, por ej., la estadounidense-, la figura de la **delatio** ya existe hace tiempo (dicho sea de paso, asegurando incuestionablemente la vida del denunciante), como sucede en los Estados Unidos (*plea bargain*) y en Italia (*pattergiamento*), entre otros países. Sin embargo, éstos son ejemplos que no deberían ser emulados, puesto que están desprovistos de cualquier carácter moral o ético, como hemos subrayado”.

Hoy en día, casi no existe jurista que no coincida en la evidente influencia de la tradición jurídica anglosajona en la incorporación a nuestros ordenamientos procesales de varios modelos de terminación anticipada del proceso; y en realidad, puede afirmarse que pocos son los sistemas jurídicos que no lo han instaurado de alguna forma, en legislaciones procesales de la región (Así, se ha instalado en Argentina, Brasil, Colombia, Paraguay, entre otros).

Son instituciones procesales similares a lo que, en el sistema procesal de EUA se conoce con el nombre de “**plea bargaining**” y en Italia como “*patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*” concebidas con la posibilidad de concluir, y en algunos casos evitar, el proceso (o el juicio oral) tras la negociación entre el fiscal y la defensa, homologada posteriormente por el órgano judicial. En Paraguay, estas instituciones son similares al Procedimiento Abreviado, regulado por el Art. 420 y siguientes del CPP.

Esta influencia no ha supuesto una reproducción del modelo criminal americano –por el contrario, presentan sustanciales diferencias con éste– sino su modulación, dirigida a conseguir que se adapte a los sistemas jurídicos continentales, en los que tiene plena vigencia el principio de legalidad. No obstante, un importante sector doctrinal ha alertado de los riesgos de la generalización de un modelo de justicia negociada, a propósito del debate en torno al futuro de la justicia penal. Las críticas ponen el acento en



la necesidad de tomar conciencia del riesgo que supone una administración de justicia penal en extremo dependiente de la solución de los conflictos de manera negociada, que podría llegar a eludir los costes humanos y materiales que exige la sustanciación de un proceso con todas las garantías<sup>33</sup>.

Las transacciones penales en el derecho brasilero solamente son posibles en casos de infracciones de pequeño potencial ofensivo o crímenes de “bagatela” (Ley Nº 9.099/95)<sup>34</sup>, que conminan penas no superiores a 2 (dos) años; donde el reo se libra de la posible condena, además de los casos en que se permite el beneficio al ofensor primario. Por otra parte, en la “delación premiada” no se extingue la punibilidad, el reo confiesa, delata, transa y continúa con responsabilidad criminal para efectos de la reincidencia (art. 64 CP Br).

Puede observarse que los códigos o leyes penales son instrumentos políticos de control social, según las ideologías establecidas en tiempo y espacio. Al respecto, hoy, ya no se permite la “tortura física” para fines de confesión o delación, siendo regulado como un crimen de lesa humanidad, y que no es admisible en el sistema acusatorio democrático, con base a los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos.

Aunque, en la cuestión que estamos analizando, la “tortura psíquica” aún persiste en la praxis procesal penal de manera velada, en forma de la “delación premiada”, en algunas legislaciones, como en la brasilera.

En Brasil, el abuso de autoridad (Ley Nº 4.898/1965)<sup>35</sup> configura violación a los Derechos Humanos, así como la tortura (Ley Nº 9.455/1997)<sup>36</sup>; conforme a lo previsto en el sistema legislativo brasilero, e internacional por vía de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (ONU / 1984 – ratificada en Brasil por el Decreto Nº 40 del 15/2/1991)<sup>37</sup>, y la Convención Ameri-

<sup>33</sup> Ver más en <http://documents.mx/documents/terminacion-anticipada>.

<sup>34</sup> LEY Nº 9.099, del 26 de Setiembre de 1995: “Que dispone sobre los Juzgados Especiales Civiles y Criminales y otras providencias”.

<sup>35</sup> LEY Nº 4.898, del 9 de Diciembre de 1965: “Que Regula el derecho de representación y el proceso de responsabilidad administrativa civil y penal, en casos de abuso de autoridad”.

<sup>36</sup> LEY Nº 9.455, del 7 de Abril de 1997: “Que Define a los crímenes de tortura y de otras providencias”.

<sup>37</sup> Ratificado por Paraguay por Ley Nº 69/1990.

cana para Prevenir y Sancionar la Tortura (OEA / 1985 – promulgada en Brasil por el Decreto N° 98.386 de 9/11/1989)<sup>38</sup>. Cabe acotar que en la legislación positiva en Paraguay existen normas similares, tanto en la Constitución Nacional (Art. 5º), como en las leyes locales.

Ahora bien, existiendo una delación por parte del autor confeso, es deber del Estado brasilero en ejercicio de la actividad jurisdiccional del *ius perseguendi* y del *ius puniendi*, asegurar la integridad física y moral del delator (art. 5º XLIX CFB<sup>39</sup> c.c art. 38 CP Br<sup>40</sup> y el art. 40 LEP Br), y de sus familiares, siempre que corran serio riesgo de atentado personal (art. 5º CFB – inviolabilidad de la vida), en respeto a la dignidad da persona humana (art. 1º, III CFB). La Ley N° 9.807/99<sup>41</sup> busca la protección de testigos, víctimas y de acusados o condenados que voluntariamente hayan prestado efectiva colaboración a la investigación policial y al proceso criminal.

Al respecto, en Paraguay se ha legislado una ley especial **“Que crea el programa de acompañamiento y protección a testigos y víctimas en procesos penales”** (Ley N° 4083/2011). En tal cuerpo legal, se dispone que sobre los “Destinatarios de la protección”, por la cual: *“Las medidas de asistencia, protección y seguridad previstas en la presente Ley serán destinadas a testigos y víctimas, así como para los imputados o cualquier otra persona que se encuentre en situación de riesgo o peligro cierto para su vida, libertad o integridad, tanto física como psíquica, la de sus bienes o de las demás personas vinculadas por su intervención o colaboración en la investigación de un delito o su participación en un proceso penal”*.

Claramente, vemos que por un lado se pretende la seguridad integral de las víctimas de los delitos, y a la par, se les asimila con los testigos; pero de manera extensiva, ésta particular garantía también se extiende a los imputados –en situación de peligros-, que claramente debe entenderse que incluye a aquellos que podrían ser delatores o colaboradores.

<sup>38</sup> Ratificado por Paraguay por Ley N° 56/1990.

<sup>39</sup> Art. 5º XLIX: “Se les asegurará a los presos el respeto a la integridad física y moral”.

<sup>40</sup> Art. 38. Derechos del preso: “El preso conservará todos los derechos no constreñidos por la pérdida de la libertad, imponiéndose a todas las autoridades el respeto a su integridad física y moral”.

<sup>41</sup> LEY N° 9.807, DE 13 DE JULHO DE 1999: “Que establece normas para la organización y el mantenimiento de programas especiales de protección a las víctimas y testigos amenazados, instituye el Programa Federal de Asistencia a Víctimas y a Testigos Amenazados y dispone sobre la protección de acusados o condenados que hayan voluntariamente prestado efectiva colaboración a la investigación policial y al proceso criminal”.



Por esta razón, el instituto de la delación necesita para la seguridad personal del delator, que el procedimiento de diligencias sea en riguroso secreto de justicia (art. 93, IX CFB<sup>42</sup>, cc. art. 20 CPP Br y el art. 155 CPC Br). Desde tal punto de vista, no concordamos con lo dispuesto en el VII del art. 3º de la Ley N° 12.850/2013<sup>43</sup>, porque toda acción penal principal e inclusive la ejecución de la pena (Ley N° 7.210/84)<sup>44</sup> debe tramitarse en estricto sigilo, con los autos del proceso conservados en poder del juez (de instrucción, sentenciador, o de ejecución), en lugar seguro, sin intervención de registro o funcionarios.

Nuevamente coincidimos al reconocer expresamente una antinomia entre las reglas del debido proceso penal que rige en Brasil, cuando estas regulan expresamente la reserva de los procedimientos de investigación, y otros; mientras que la ley especial cuestionada permite la “infiltración” de funcionarios policiales en diligencias de investigación penal. La misma crítica se puede plantear en Paraguay, cuando se permite intromisiones de agentes policiales o investigadores fiscales en carácter de “agentes encubiertos”, o en situaciones de “entregas vigiladas”, en casos donde la Ley Penal no lo permite expresamente.

Para la Organización de las Naciones Unidas, debe ser considerada víctima, toda persona individual o colectiva, que haya sufrido un perjuicio entendido como un atentado a su integridad física o mental, algún sufrimiento de orden moral, alguna pérdida material, o grave afectación a sus derechos fundamentales. (Declaración de Principios de Justicia para las Víctimas del Crimen de la ONU/1985). En tal orden, en la hipótesis en que el acusado sufriera algún daño contra su integridad física o moral, después de la “de-

<sup>42</sup> Art. 93, IX CBF: “La ley complementaria, a iniciativa Del Supremo Tribunal Federal, dispondrá sobre El estatuto de la Magistratura, observando los siguientes principios: ... Todos los juzgamientos de los órganos Del Poder Judicial serán públicos, y las decisiones serán fundamentadas, bajo pena de nulidad, pudiendo la ley, si existe interés público, limitar la presencia, en determinados actos, a las propias partes y a sus abogados, o solamente a estos”.

<sup>43</sup> Ley N° 12.850 del 2 de Agosto de 2013, “Que define a la organización criminal y dispone sobre la investigación criminal, los medios de obtención de la prueba, infracciones penales correlatorias y el procedimiento criminal; altera al Decreto-Ley No 2.848, del 7 de diciembre de 1940 (Código Penal)”. DE LA INVESTIGACIÓN Y DE LOS MEDIOS DE OBTENCIÓN DE LA PRUEBA. Art. 3o En cualquier fase de la persecución penal, serán permitidos, sin perjuicio de otros ya previstos en la ley, los siguientes medios de obtención de la prueba: ... VII: la infiltración, por policiales, en actividad de investigación, en la forma del art. 11 (Art. 11. El requerimiento del Ministerio Público o de la representación del delegado de policía para la infiltración de agentes contendrá la demostración de la necesidad de la medida, el alcance de las tareas de los agentes y, cuando sea posible, los nombres o apellidos de las personas investigadas y el local de la infiltración).

<sup>44</sup> Ley N° 7.210 del 11 de Julio de 1984, “Que instituye la Ley de Ejecución Penal”.

lación”, se convertirá en víctima del sistema de administración de justicia criminal, e incluso podrá ser indemnizado por el Estado (art. 5º LXXV CFB)<sup>45</sup>, por la vía de un proceso civil propio (Maia Neto, Cândido Furtado, en *“Direitos Humanos das Vítimas de Crimes”*, ed. Juruá, Curitiba, 2014).

Resta afirmar que la “premiación a criminales” configuraría un tratamiento diferenciado o desigual entre justiciables ante juzgados y tribunales, pues cuando en el sistema brasileiro no se consigue producir pruebas, se pasa a ofrecer descuentos de pena, cumplimiento de penas en régimen semi-abierto, substitución de la prisión por sanciones restrictivas de derecho, e inclusive el archivamiento del caso vía perdón judicial, como un medio de incorporar elementos de convicción mediante la delación.

La práctica o la aplicación de la “delación premiada” no condice con los postulados de seguridad jurídica de un Estado de Derecho, ni con el sistema procesal penal acusatorio democrático, afectando flagrantemente a los principios de obligatoriedad de represión estatal de los crímenes de gravísimas proporciones (acción penal pública), en el contexto de la igualdad ante la ley, y de la legalidad.

Todo Tratado (léase, Pactos, Convenciones, etc.) obliga y debe ser ejecutado de buena fe, no se puede invocar disposiciones del derecho interno como justificativo para suprimir, excluir, limitar o reconocer en menor grado los Derechos Humanos, adheridos o de aceptación universal tácita (ver la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados – ONU/1969 – Ratificado en Brasil en el 2002)<sup>46</sup>. Este Tratado fue aprobado en Paraguay por Ley Nº 289 del 28/02/1971, entrando en vigencia efectiva el 27 de enero de 1980. Por tanto, toda legislación local o interna, no puede disponer antinomias respecto a lo que disponen Pactos o Tratados que por su ratificación pasan a constituir derecho positivo interno dentro de ese estado.

Como vimos a lo largo del presente ensayo, la propuesta de establecer instrumentos jurídicos a espaldas o contrariando reglas del debido proceso plasmadas constitucionalmente, como también contrariando Acuerdos, Convenciones, Pactos o Tratados Internacionales que pro-

<sup>45</sup> Art. 5º LXXV CFB: “El Estado indemnizará al condenado por error judicial, así como a aquel que haya sido privado de su libertad por más tiempo que el fijado en la sentencia”.

<sup>46</sup> Firmado en Viena, el 23 de Mayo de 1969.



claman o garantizan la indemnidad de los DD.HH., no debe prevalecer. Así, la instauración de figuras o instrumentos jurídicos, por más eficacia que profesen, no deberían ser aplicables en desmedro de garantías constitucionales y legales constitutivas de derechos procesales y respetuosos de los Derechos Humanos.

El derecho al silencio regulado en la Carta Magna de Brasil como garantía fundamental de la ciudadanía, no se traduce en cláusula pétreas; porque el descubrimiento de la Verdad busca la consecución del prestigio de la Justicia, como deber del Ministerio Público (Ley Nº 8.625/1993, art. 43, II)<sup>47</sup>; donde es libertad del reo exteriorizar la realidad por vía de su propia confesión, que representa su arrepentimiento y voluntad de reformación y recuperación moral individual.

Similares limitaciones encontramos en la Constitución Nacional Paraguaya, no sólo a partir de las Garantías Procesales del justiciable, como también por la expresa prohibición de la autoincriminación, no solo personal, sino también familiar, y por la misión funcional encomendada al Ministerio Público (y sus agentes) de velar estrictamente por la aplicación de la Constitución en el Art. 268 y siguientes; en concordancia con reglas que estatuyen del debido proceso penal, convencional y legalmente.

## ► CONCLUSIONES

Resulta entendible que el premio a la delación o colaboración sea asequible como una herramienta procesal frente al delito que, en determinados casos (crimen organizado, corrupción gubernamental, tráfico de armas o drogas, lavado de activos, terrorismo, etc), ha surgido de una necesidad práctica, ya que, sin el “arrepentido” difícilmente se hubiera podido acceder a los medios de prueba suficientes para una acusación. No obstante, lo discutible es la legitimidad del trámite para facilitar éste “premio” que se concede al imputado delator, sobre todo cuando de la delación se hace depender la eximición de la pena, o permitir la oportunidad de hacer

<sup>47</sup> LEY Nº 8.625, del 12 de Febrero de 1993: “Que Instituye la Ley Orgánica Nacional del Ministerio Público, dispone sobre normas generales para la organización del Ministerio Público de los Estados y de otras providencias”. Art. 43: “Son deberes de los miembros del Ministerio Público, además de otros previstos en la ley: ... II - celar por el prestigio de la Justicia, por sus prerrogativas y por la dignidad de sus funciones”.

caer la acción penal contra él, a pesar de que el sujeto ocupe una posición relevante en el hecho punible.

La admisión de este instituto importa altos riesgos conforme al margen discrecional que se daría –aunque se actúe dentro de los límites de una legalidad procesal reglada – al poder de disposición de la imputación y acusación por parte del Agente Fiscal del Ministerio Público. Pensemos por ejemplo, en la conversión de “pena anticipada” en la que se podría convertir la petición de prisión preventiva para “provocar” la delación; con lo cual, la prevención pierde su carácter meramente cautelar.

Desde España, **Saiz Díaz** enseña (en su obra ya citada) que “... no puede perderse de vista que las manifestaciones del delator tienen como límite los derechos y garantías del imputado o investigado y, en especial, su derecho a la presunción de inocencia, que solo puede ser desvirtuada mediante pruebas de cargo practicadas en el acto del juicio (o anticipadamente con todas las garantías). Al respecto, habrá que tener presente que, conforme a una jurisprudencia reiterada, estas manifestaciones del coimputado realizadas mediante la promesa de un “**premio**” constituyen un medio de prueba sospechoso (como “**intrínsecamente sospechoso**” lo ha calificado alguna vez el TS),<sup>48</sup> lo que comporta un mayor rigor en la valoración de su credibilidad, en especial cuando se trata de prueba única. La STC 233/2002, de 9 de diciembre ha resumido en los siguientes rasgos la incidencia en la presunción de inocencia de la declaración inculpativa de los coimputados: a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y d) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso”.

Desde nuestro margen, no debe tolerarse, en nombre de la seguridad pública, que a causa de la ineficacia de órganos gubernamentales de prevención e investigación, a pesar incluso de leyes

<sup>48</sup> N.T.: TS: Tribunal Supremo; STC: Supremo Tribunal Constitucional.



que sancionan graves hechos punibles, el Estado – y sus órganos – se comporte como un delincuente más, o al menos inmoralmente, o de manera éticamente incorrecta. Que los representantes estatales practiquen actos procesalmente incorrectos o indebidos, incluso rozando la ilegalidad, aunque sea para permitir acceder a la –supuesta– verdad de lo ocurrido, es inaceptable en un Estado de Derecho, social y democrático.

Por ello, coincidimos con **Andrade Moreira** (en su obra ya citada), en que el Estado se convierte en instigador; y también aplaudimos y acompañamos a **Maia Neto** cuando alecciona correctamente que: “*A prática ou a aplicação da “delação premiada” não condiz com os postulados da segurança jurídica do Estado de Direito, nem com o sistema acusatório democrático, afetando flagrantemente o princípio da obrigatoriedade da repressão estatal dos crimes de gravíssimas proporções (ação penal pública), no contexto da isonomia e da legalidade*”. Por la claridad y elegancia del portugués del autor, omitimos su traducción, en la seguridad que nuestros lectores lo entenderán fácilmente.

●●●●●●●● PALABRAS CLAVE:

Colaboración premiada, Derechos Humanos, Estado de Derecho, Confesión forzada, Condena anunciada, Pena anticipada.

●●●●●●●● KEYWORDS:

Awarded Betrayal, Compensation for Information, Human Rights, Rule of Law, Democracy, Forced Confessions, Judgment Foretold, Foresight Punishment.

# DERECHO AERONÁUTICO

---



- 
- ▶ LA PROBLEMÁTICA DE LA PRIVACIDAD Y LAS AERONAVES NO TRIPULADAS.





## La problemática de la privacidad y las aeronaves no tripuladas

Mario Paz Baal Urbietta Morínigo <sup>1</sup>

### ► SUMARIO

*Las aeronaves no tripuladas existen ya desde principios de siglo<sup>2</sup>, utilizadas primeramente con fines militares hoy se han expandido a ramas civiles que van desde la vigilancia hasta el envío de objetos y la realización de filmaciones. La utilización de estos aparatos ha representado un gran avance en las comunicaciones, la logística y una inmensidad de actividades, pero también representa un enorme desafío para el derecho, que aspira a regular la conducta humana en cierta manera y por consiguiente, requiere comprender los avances técnicos para armonizarlos con su correcto uso en la sociedad. Los Estados han legislado ciertas cuestiones sobre el uso de estos aparatos, pero existen aún grandes cuestiones legales pendientes a la fecha, que deben ser resueltas a nivel nacional e internacional, a través de organismos como la OACI para evitar graves problemas como la confrontación con la privacidad de las personas, la circulación aérea y la soberanía de los Estados. La privacidad y la seguridad pueden ser potencialmente amenazadas con el uso de estos aparatos, pero es el Estado -en el caso paraguayo y en otros como se verá- en última instancia el capacitado legalmente para regular dichas situaciones e incluso proceder al derribo de estas aeronaves en caso de necesidad.*

*El método de investigación utilizado fue el cualitativo del tipo descriptivo, a través de un análisis doctrinario de la legislación internacional con rescato a esta problemática y su comparación con la legislación nacional, utilizando las entrevista semi - estructurada para la obtención de información directa.*

### ► ABSTRACT

*Unmanned aircrafts already exist since the beginning of the century, used primarily for military purposes today have expanded to civilian*

<sup>1</sup> Secretario General de MUNDER. 5to año Derecho UNA. Ha elaborado material académico sobre conflictos armados, migración y terrorismo. Ha disertado en el Centro de Información de NU en Paraguay. Exdirector, columnista y encargado de Internacionales de El Independiente periódico universitario. El presente trabajo es un resumen del trabajo presentado en las Jornadas de Jóvenes Investigadores de la UNA. [urbietamario1@gmail.com](mailto:urbietamario1@gmail.com) / 0984 531 662.

<sup>2</sup> La Fuerza Aérea de los Estados Unidos financió el desarrollo del 'torpedo aéreo Kettering' ya en 1917.



branches ranging from surveillance to shipment of objects and filming. The use of these devices has represented a great advance in communications, logistics and a great amount of activities, but it also represents a huge challenge for law, which aspires to regulate the human behavior in a certain form and therefore, requires understanding the technical development to harmonize them with their correct use in society. The states have legislated certain issues regarding the use of these devices, but there are still major legal issues pending to date, which must be resolved at national and international level, through organisms such as ICAO to avoid serious problems such as confrontation with privacy of persons, air traffic and the sovereignty of States. Privacy and security can be potentially threatened with the use of these devices, but it is the State - in the Paraguayan case and in others as will be seen - ultimately the legally capable to regulate this kind of situations and even proceed to the shooting down of these aircrafts in case of need.

The research method used was the qualitative one of the descriptive type, through a doctrinal analysis of the international legislation with rescue to this problematic and its comparison with the national legislation, using the semi - structured interview for the obtainment of direct information.

#### ► CUESTIONES HISTÓRICAS

Según comunicaciones oficiales de la OACI<sup>3</sup>, se ha identificado una mayor demanda de estos aparatos en el espacio aéreo no segregado y aeródromos debido al rápido avance de las aeronaves no tripuladas, por lo cual, tanto los Estados, las industrias, como los explotadores requieren normas y métodos recomendados, así como orientaciones conexas, para integrar estas aeronaves al sistema de navegación aérea existente de manera segura y eficiente.

Ya durante la Primera y Segunda Guerras Mundial y sobre todo durante la Guerra Fría se le imprimiría una impronta particular al desarrollo y expansión de estos aparatos. Los Estados desarrollaron aeronaves pequeñas y con capacidad de vuelo a gran altura para el espionaje. Las aeronaves no tripuladas eran más difíciles de detectar y derribar, pero fundamentalmente no daban lugar a

<sup>3</sup> Comunicación AN 12/1.1.22-17/53 del año 2017 anexa a la Resolución N 722/2017, dirigida al Instituto de Derecho Aeronáutico, Espacial y de la Aviación Comercial y la Aviación General.



incidentes diplomáticos relacionados con la captura de un piloto humano<sup>4</sup>, teniendo en cuenta la enorme tensión política existente durante ese periodo de la historia, entre la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas y los Estados Unidos.

Cuerno (2015) afirma que a finales de los años 90, los avances en los sistemas de navegación y equipamiento de las aeronaves no tripuladas, dieron pie a las actuales funciones de uso civil; como el sistema de navegación con el Sistema de Posicionamiento Global<sup>5</sup>. En las últimas décadas, las aeronaves no tripuladas han pasado de una finalidad militar a una infinidad de utilidades civiles. Uno de los factores principales que han facilitado esta implementación, es la reducción de los costos, por lo que hoy estos aparatos pueden ofrecerse a precios relativamente accesibles en el mercado.

#### ► LA DISCUSIÓN DE LA PRIVACIDAD

Desde que existen aeronaves no tripuladas con ciertos requisitos técnicos como poseer una cámara fotográfica en pequeño tamaño y ser accesibles económicamente, éstas pueden representar potencialmente un peligro para la privacidad por la facilidad de adquisición y las capacidades que poseen. Lo único claro en torno a la legislación sobre aeronaves no tripuladas es que no es clara, al menos, existen cuestiones que aún no han sido reguladas y la realidad es que la demanda de estos aparatos aumenta, así como la necesidad de proteger la privacidad y otros derechos de los particulares.

Cuando se habla de que una aeronave no tripulada “invade” una propiedad privada sin autorización, una de las primeras preguntas es si el propietario o cualquier persona que sea vulnerada en su privacidad pueden derribarlo. La legislación mundial a este respecto es aún provisoria como se verá.

#### ► LA SITUACIÓN PARAGUAYA DE MANERA PRELIMINAR

Al respecto de la protección de la privacidad, en el Paraguay la Constitución Nacional vigente (1992) es clara al respecto, según

<sup>4</sup> Como el caso de Gary Powers, un piloto estadounidense derribado por la Unión Soviética mientras realizaba un vuelo de espionaje en el espacio aéreo de dicho país, lo que ocasionó un intercambio por un espía.

<sup>5</sup> GPS, por sus siglas en inglés.



afirma el artículo 34 “*Del Derecho de la inviolabilidad de los recintos privados*”:

*“Todo recinto privado es inviolable. Sólo podrá ser allanado o clausurado por orden judicial y con sujeción a la ley. Excepcionalmente podrá serlo, además, en caso de flagrante delito o para impedir su inminente perpetración, para evitar daños a la persona o a la propiedad”.*

Queda claro que la privacidad está garantizada por la Constitución Nacional y por otras normas como el Código Penal (1997), que en su artículo 144 de la “*Lesión del derecho a la comunicación y a la imagen*” que en su inciso 2º afirma que:

*“La misma pena<sup>6</sup> se aplicará a quien, sin consentimiento del afectado, produjera o transmitiera imágenes: 1. de otra persona dentro de su recinto privado; 2. del recinto privado ajeno”*

La privacidad y la inviolabilidad del recinto privado se encuentran protegidos normativamente, la cuestión a ser analizada de inmediato sería la manera en que pueden ser utilizadas las aeronaves no tripuladas sin avasallar estos derechos garantizados por las leyes.

► CHILE: EL PRIMER PAÍS EN LEGISLAR LA CUESTIÓN EN LA REGIÓN

El primer país latinoamericano en regular el uso de aeronaves no tripuladas fue Chile a través de la norma técnica DAN 151 de “*Operaciones de aeronaves pilotadas a distancia (rpas) en asuntos de interés público, que se efectúen sobre áreas pobladas*”, dictada por la Dirección General de Aeronáutica Civil (2015). La norma mencionada es provisoria, dado que se ha elaborado a la espera de una normativa general de la mano de la Organización de la Aeronáutica Civil (OACI)<sup>7</sup>. Se centra principalmente en la cuestión de la seguridad, pero haciendo hincapié en la privacidad según se expone en la Regla 151.103 letra g), número 3:

*(...) (g) Un operador durante la operación de un RPAS no podrá:  
(1) poner en riesgo la vida de las personas; (2) poner en riesgo la propiedad pública o privada; (3) violar los derechos de otras per-*

<sup>6</sup> Una pena de dos años o multa, establecido en el inciso 1, numeral 3, del Artículo 144 del Código Penal (1997)

<sup>7</sup> La Resolución de la DGAC de Chile (2015) que emite el DAN 151, en el considerando C, sostiene que: “La conveniencia de contar con una normativa de carácter transitorio, en tanto OACI y/o el SRVSOP establezcan reglas definitivas en esta materia”



*sonas en su privacidad y su intimidad; (...)* (DAN 151 de la DGAC).

Puede verse que la normativa parte de un órgano encargado de la cuestión aeronáutica y es literalmente reglamentaria, en espera de una legislación general a ser elaborada por la OACI.

► LA SITUACIÓN EN ARGENTINA

En el caso de la República Argentina, la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales estableció mediante la Disposición<sup>8</sup> 20/2015, que aquellas fotografías que sean tomadas desde aeronaves no tripuladas deben ser tratadas en la misma manera que las bases de datos con información personal y por ende, con las consecuencias penales que podría acarrear. Esta disposición posee una excepción para los lugares públicos, como sitios deportivos o eventos sociales, regular lo último probablemente sería imposible. El uso recreativo ha sido excluido de las prohibiciones mencionadas. En la primera parte de la norma, se exponen algunos de sus fundamentos:

*“(…) Que debe considerarse que el avance de la tecnología permite realizar dichas actividades de tratamiento de datos personales a través de nuevos dispositivos y sistemas, que por sus particularidades y eventual peligrosidad en cuanto a la preservación de los derechos de las personas requieren una reglamentación particular.*

Que lo VANTs o drones realizan una peculiar recolección de datos fotográficos, filmicos y sonoros de personas —en visión aérea y en algunos casos normalmente no detectables— que podrían implicar un importante riesgo para los derechos a la privacidad y a la autodeterminación informativa (...).” (Disposición 20/2015 de la DNPDP).

La normativa argentina nuevamente es una reglamentación y realiza un reenvío al Derecho Penal a fin de determinar las consecuencias para el infractor por la violación de la privacidad. Se limita a los recintos privados, excluyendo los públicos como se ha mencionado.

► ESTADOS UNIDOS, EL REEQUILIBRIO ENTRE LA SEGURIDAD Y LA PRIVACIDAD

Estados Unidos, uno de los países donde la producción y comer-

<sup>8</sup> La Dirección Nacional de Protección de Datos Personales -PDP- es el Órgano de Control, creado en el ámbito Nacional, para la efectiva protección de los datos personales. Ministerio de Justicia y DDHH dependiente de la presidencia de la Nación.



cialización de estas aeronaves es una de las mayores<sup>9</sup>, la autoridad aeronáutica es la Administración Federal de Aviación<sup>10</sup> que ha emitido normativas (2016) para el uso de estos aparatos, como las de manejo, registro obligatorio y cuidado a personas en tierra, además de exhortar a los pilotos a revisar sus leyes locales<sup>11</sup> para el manejo de la información recopilada a través de estas aeronaves, como fotografías o filmaciones con relación a la privacidad.

La reglamentación parte de una autoridad administrativa de nivel federal y realiza un reenvío a las normas penales federales para el caso de derribos, dado que ello es ilegal<sup>12</sup>, dicha atribución pertenece al Estado para lo cual se han desarrollado nuevas tecnologías de derribo<sup>13</sup>. Al respecto, de la discusión de la atribución de derribar de una aeronave no tripulada, el profesor estadounidense Michael Froomkin (2015) sostiene que la defensa contra aeronaves no tripuladas es legítima y debería ser legal derribarlos, dado que podría ser imposible conocer la capacidad que poseen, por ejemplo: podrían portar armamento o sustancias peligrosas y representar un peligro para la privacidad y la seguridad. Esta interpretación no ha sido implementada en tribunales y no existe jurisprudencia al respecto.

#### ► SITUACIÓN REGLAMENTARIA EN LA ORGANIZACIÓN AERONÁUTICA CIVIL INTERNACIONAL

En su 169ª Sesión (2005), la Comisión de Aeronavegación pidió al Secretario General que consulte a los Estados sobre las actividades civiles internacionales presentes y previstas con vehículos aéreos no tripulados. En Montreal (2006) se celebró la primera reunión de la OACI y la segunda en Florida (2007). La OACI es la entidad más idónea para la coordinación de la reglamentación de aeronaves no tripuladas y la cuestión de la privacidad a nivel internacional, que hasta la fecha no existe, por lo que los Estados se encuentran elaborando normas provisorias hasta que ello ocurra, se estima que

<sup>9</sup> En el 2017 las ventas se duplicaron con respecto al 2016, llegando a los 1 millón de ventas.

<sup>10</sup> FAA, por sus siglas en inglés.

<sup>11</sup> Las del Estado en el cual se encuentran.

<sup>12</sup> Reputada como "Sabotaje aéreo", penado como delito federal en el 18 USC 32 del Departamento de Justicia de Estados Unidos.

<sup>13</sup> Las empresas estadounidenses como Lockheed Martin y Boeing venden armas láser anti-drone al gobierno de los Estados Unidos.



esto se dará en el 2018.

► ANTECEDENTES DE DERRIBOS

En el Paraguay no se han registrado casos de derribos de aeronaves no tripuladas, aunque el Estado se encuentra autorizado legalmente a realizarlo en caso de infracción. Otros Estados como el francés y holandés, se encuentran entrenando Águilas para derribar<sup>14</sup> aeronaves no tripuladas que resulten peligrosas, sobre todo para el tráfico aéreo. Un caso que ilustra perfectamente la importancia de la cuestión, es el derribo de una aeronave no tripulada de escaso costo con sistema antiaéreo militar en los Estados Unidos.<sup>15</sup>

► RESULTADOS

**Tendencia internacional.**

Existe una tendencia al aumento de la venta y producción de aeronaves no tripuladas para usos civiles<sup>16</sup>. Los Estados, como el Paraguay, se encuentran realizando regulaciones a fin de armonizar el uso de estos aparatos con la privacidad y derechos de los particulares, al menos hasta que la OACI realice una regulación más o menos general, lo que se espera ocurra en el año 2018.

Como se ha dicho, una de las preguntas más inmediatas – y de inminente aplicación práctica – tiene que ver con la capacidad de un particular de derribar una aeronave no tripulada en caso de que sobrevuele su propiedad o se encuentre violando su privacidad de alguna manera. La tendencia mundial es que no.

Según el Dr. Oscar Bogado (2017), brindar a los particulares de la capacidad de derribar estas aeronaves colisionaría directamente con una serie de normas de jerarquía superior, en discordancia con el ordenamiento jurídico nacional, criterio que han seguido la mayoría de los Estados hasta ahora. El Artículo 15 de la Constitución Nacional “De la prohibición de hacerse justicia por sí mismo” que expone que: *“Nadie podrá hacerse justicia por sí mismo ni reclamar sus*

<sup>14</sup> El ejército francés ha entrenado cuatro águilas reales para garantizar la seguridad en aeródromos con respecto a las aeronaves no tripuladas.

<sup>15</sup> Una aeronave no tripulada de aproximadamente 200 dólares fue derribado el sistema antiaéreo Patriot, que costó aproximadamente 3 millones de dólares.

<sup>16</sup> Según fuentes de Amazon España, las ventas de las aeronaves no tripuladas durante la última campaña de Navidad de 2016 se incrementaron en un 45% con respecto al último trimestre de 2015.



*derechos con violencia. Pero, se garantiza la legítima defensa.*” Según la interpretación doctrinaria, derribar la aeronave equivaldría a hacer justicia por mano propia, en el caso supuesto de violación de la propiedad o privacidad.

El Estado es la única persona (jurídica) autorizada a derribar aeronaves no tripuladas en el espacio aéreo sobre el cuál ejerce soberanía, según afirma la Convención de Chicago de 1944 en su Artículo 1° “Soberanía. Los Estados contratantes reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio” Así también, la misma Convención ya previó el uso de aeronaves no tripuladas y su régimen:

(...) Artículo 8° Aeronaves sin piloto.

Ninguna aeronave capaz de volar sin piloto volará sin él sobre el territorio de un Estado contratante, a menos que se cuente con autorización especial de tal Estado y de conformidad con los términos de dicha autorización.

Cada Estado contratante se compromete a asegurar que los vuelos de tales aeronaves sin piloto en las regiones abiertas a la navegación de las aeronaves civiles sean controlados de forma que se evite todo peligro a las aeronaves civiles (...) (Convención de Chicago, 1994).

Una aclaración vital tiene que ver con la prohibición de dañar a aeronaves civiles<sup>17</sup>, derivada del Protocolo de Montreal (1984), en su Art. 3 bis, que modificó la Convención de Chicago (1944), esta prohibición no recaería sobre aeronaves no tripuladas, dado que a pesar de ser de uso civil, no llevan tripulación y por consiguiente, no hay vidas humanas en riesgo.

#### ► REGLAMENTACIÓN EN PARAGUAY

La reglamentación para el uso de las aeronaves no tripuladas en el Paraguay es inminentemente necesaria, porque, como se ha dicho, podría representar potencialmente riesgos para la privacidad y seguridad de los particulares. En la actualidad, en el Paraguay, se encuentra en estudio un proyecto de reglamentación impulsado

<sup>17</sup> Los Estados se encuentran plenamente autorizados a interceptar, escoltar y obligar a que las aeronaves civiles tripuladas abandonen el espacio aéreo del Estado, pero no a derribarlas.



por la Comisión para la reglamentación de aeronaves no tripuladas, integrada por diversos sectores<sup>18</sup>, que pretende “*integrar a las aeronaves no tripuladas en el espacio aéreo no segregado*”, para armonizar el uso de estas aeronaves al uso civil de manera legal.

La reglamentación ya introduce nociones para la protección de la privacidad. Sostiene que los operadores de estas aeronaves deberán de contar con autorización expedida por la DINAC, en especial aquellas destinadas a: “*1) Fotografía o filmación no consentida de terceros o de sus bienes y pertenencias*”, como expresa el artículo 10.

La mencionada reglamentación pretende brindar a la autoridad aeronáutica civil (DINAC) de atribuciones de fiscalización, control y requisitos. El Art. 42 sostiene que la autoridad podrá realizar las verificaciones que estime convenientes y el Art. 43 la responsabilidad del piloto, así como la capacidad de utilizar “*todos los medios admitidos*” a la Fuerza Aérea para garantizar la seguridad, en su Art. 46, incluso en el caso de uso para fines terroristas, Art. 47. También se contempla la autorización para el manejo en el Art. 10 y la prohibición de pilotaje por parte de menores de edad, contenido en el Art. 11. La identificación de la propiedad de estas aeronaves es vital para determinar la responsabilidad de los hechos y garantizar las consecuencias para los infractores, esa es la manera de prevenir y proteger la privacidad de las personas y no reprimiendo el hecho a través del derribo de manera particular.

#### ► LINEAMIENTOS LEGALES DESEABLES

Se han analizado los procesos de regulación de aeronaves no tripuladas en distintos países, así como las características propias del Derecho Aeronáutico a fin de poseer una visión global de lo que caracterizamos como una problemática.

Un adagio popular en el Derecho reza que: “*El hecho siempre antecede al derecho*”, esperamos ir contra dicho refrán y determinar los lineamientos legales necesarios a fin de que el Estado paraguayo se encuentre al ritmo de la realidad técnica y posea las herramientas legales necesarias para cumplir su rol de garante de la privacidad

<sup>18</sup> Integrado por la Universidad Nacional de Asunción (Facultades Politécnica, Facultad de Ingeniería, y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales), la Fuerza Aérea, la Dirección Nacional de Aeronáutica Civil y Asociación de dronistas y aeromodelistas del Paraguay.



y seguridad de los particulares. De esa manera, evitar que ocurran hechos que lamentar en el país, en torno a una cuestión que ya ha suscitado accidentes y atropellos a derechos en otros Estados.

Como se ha mencionado en palabras del entrevistado, Prof. Oscar Idilio Bogado (2017) y la doctrina de los otros países analizados, la tendencia actual es la del monopolio del Estado en garantizar la soberanía aérea<sup>19</sup> y la privacidad de los recintos privados y de los particulares.

En resumidas cuentas, brindar la capacidad de derribar aeronaves no tripuladas a particulares por presuntas violaciones a la propiedad o privacidad, iría en contra de una serie de disposiciones legales, como la Constitución Nacional. El Estado Paraguayo es el único autorizado legalmente para tales derribos, por lo que las atribuciones de fiscalización, control y sobre todo identificación en manos de este deberían encontrarse perfectamente estructuradas para dotarle de la capacidad legal y operativa de proteger el derecho a la privacidad y seguridad de los particulares.

Por otro lado, también es de vital importancia que las novedades técnicas en el área se encuentren en constante estudio a través de los diversos sectores interesados en el tópico, como la Academia, los explotadores comerciales y el Estado, a fin de mantener la dinamicidad de la reglamentación. Esta capacidad de innovación sólo será posible con un cuerpo reglamentario en constante estudio con sectores involucrados.

Otro lineamiento necesario –tal como se encuentra proyectado– que sea implementada una reglamentación de la Autoridad Aeronáutica paraguaya, y no un proyecto de Ley, considerando que la Organización de la Aviación Civil y Comercial (OACI) aún no ha emitido una reglamentación definitiva al respecto de las moderas aeronaves no tripuladas y la cuestión de la privacidad, y las realidades técnicas se encuentran en constante cambio, lo que sería imposible de comprender de manera dinámica si todo el proceso de regulación se desarrollase mediante leyes del Poder Legislativo, dada la mayor lentitud de éste y otras características que pudieran resultar negativas. Es característico del Derecho Aeronáutico que éste sea reglamentario, dado el dinamismo del medio aéreo.

<sup>19</sup> Ya presente en el Artículo 1 y 8 de la Convención de Chicago de 1944.



**BIBLIOGRAFIA**

- Bogado, D. O. (mayo de 2017). Entrevista sobre la reglamentación de las aeronaves no tripuladas. (M. Urbieta, Entrevistador)
- Domaninzky, H. (11 de junio de 2017). Entrevista al presidente de la Asociación de dronistas y aeromodelistas del paraguay ADAP. (M. Urbieta, Entrevistador)
- Maurer, P. (2013). CICR. Obtenido de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/interview/2013/05-10-drone-weapons-ihl.htm>
- United Nations. (1986). Obtenido de: <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r031.htm>
- OACI. (1984). Obtenido de <http://www.sct.gob.mx/JURE/doc/183-protol-aviacion-civil-art-3bis.pdf>
- Cuerno, C. (2015, July 09). Origen y desarrollo de los drones.
- Recuperado de: <http://drones.uv.es/origen-y-desarrollo-de-los-drones/>
- Drones: Nuevas normas para garantizar la seguridad y la privacidad en la UE. (2017) Recuperado de: <http://www.europarl.europa.eu/news/es/news-room/20161107ST050307/drones-nuevas-normas-para-garantizar-la-seguridad-y-la-privacidad-en-la-ue>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. (2017) Recuperado de: <http://www.jus.gob.ar/>
- El Tiempo. (2016) Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16510626>
- Pérez, L. G. (2015, May 31). Reglamentan el uso de drones para evitar que invadan la privacidad. Recuperado de: (Bogado, 2017) [https://www.clarin.com/sociedad/reglamentan-uso-drones-privacidad\\_0\\_B1wKc0Fv7l.html](https://www.clarin.com/sociedad/reglamentan-uso-drones-privacidad_0_B1wKc0Fv7l.html)
- BBC Mundo. (2017) Recuperado de: [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160418\\_drone\\_choca\\_avion\\_heathrow\\_egn](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160418_drone_choca_avion_heathrow_egn)
- Sánchez, J. (2017) Recuperado de: [http://www.abc.es/tecnologia/informatica/hardware/abci-drones-mas-tres-millones-unidades-nuevas-surcaran-vuelo-2017-201702141339\\_noticia.html](http://www.abc.es/tecnologia/informatica/hardware/abci-drones-mas-tres-millones-unidades-nuevas-surcaran-vuelo-2017-201702141339_noticia.html)
- ¿Está bien derribar un dron que sobrevuela tu casa? (2015). Obtenido de: <http://cnnespanol.cnn.com/2015/09/09/esta-bien-derribar-un-drone-que-sobrevuela-sobre-tu-casa/>

**ABREVIATURAS**

- DINAC - Dirección Nacional de Aeronáutica Civil.
- OACI – Organización Internacional de Aeronáutica Civil Internacional.
- VANT – Vehículo aéreo no tripulado.

●●●●●●●●●● **PALABRAS CLAVE:**

Aeronaves no tripuladas, drones, legislación, privacidad, reglamentación.

●●●●●●●●●● **KEYWORDS:**

Unmanned aircrafts, drones, legislation, privacy, regulation.



# ANEXOS

---



- 
- ▶ 25 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1992: LA NECESIDAD DE UN NUEVO CONTRATO SOCIAL.
  - ▶ LA PARTICIPACIÓN FEMENINA EN CARGOS PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL.
  - ▶ FEUCCA.





## 25 años de la Constitución de 1992: La necesidad de un nuevo contrato social

Rafael Filizzola Serra <sup>1</sup>

### ► **SUMARIO**

*La Constitución de 1992 significa un avance importante en el fortalecimiento del Estado de derecho en Paraguay. Estableció un régimen democrático con un sistema de separación de poderes que permitió superar la supremacía del Poder Ejecutivo sobre los demás y cambió el modelo de Estado del Paraguay definiéndolo como un Estado social de derecho.*

*Estas reformas establecieron el marco institucional para transformaciones sin precedentes que permitieron la reforma de la justicia, del sistema electoral, el sometimiento de las Fuerzas Armadas a la autoridad civil, la implementación de nuevos mecanismos de control para enfrentar a la corrupción, el desarrollo de programas orientados a combatir la pobreza y las inequidades y la promoción de los derechos de la mujer.*

*Sin embargo, los cambios no fueron suficientes para superar el esquema de poder heredado de la dictadura ni permitieron evolucionar hacia un sistema electoral competitivo y de partidos plurales. Esto generó un proceso de involución en todos los órdenes, donde las normas constitucionales fueron perdiendo vigencia.*

*Estos factores, al igual que la crisis política, social y de representatividad que se vive en el país, hace necesario un debate sobre el estado de la democracia y una eventual reforma constitucional, en el marco de un nuevo contrato social, que permita transformaciones profundas en nuestro sistema político.*

### ► **ABSTRACT**

*The Constitution of 1992 signifies an important step forward in strengthening the rule of law in Paraguay. It established a democratic system with a regime of checks and balances that replaced the supremacy of the President over the other branches of the government, and changed the model of the state by transforming Paraguay into a welfare state.*

*These reformations have set an institutional framework which allowed*

<sup>1</sup> Abogado y Profesor de Derecho Político de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica. Ex Diputado Nacional (1998 – 2003 y 2003 – 2008), Senador electo (2008) y Ministro del Interior (2008-2011).



*never seen before changes on the judicial and electoral systems, the subordination of the military to civilian power, the development of programs in the fight against poverty, inequalities and corruption, and promoting women's rights.*

*However, these changes haven't been enough to break the political scheme inherited from the dictatorship. It hasn't been able to develop a truly competitive electoral and multi-party system. This has generated a process of general regression, many constitutional norms have even been losing legal enforcement.*

*Those factors, plus others like the crises which involve both the political and social areas, make necessary a debate about the state of our democracy and even a constitutional reform, in the context of a new social contract that allows for an in-depth transformation in our political system.*

#### ► INTRODUCCIÓN

El 25 aniversario de la promulgación de la Constitución de 1992 coincide con un intenso debate acerca de la necesidad de su reforma. De hecho, ha sido un tema recurrente durante los años de su vigencia, que han estado marcados por la controversia sobre sus errores y aciertos.

Sin embargo, poco se ha escrito acerca de las reformas que son necesarias. Con frecuencia, ante una crisis política puntual, es frecuente que se le culpe a la Constitución de todos los males y se demande una consecuente modificación, que luego no es planteada formalmente. De hecho, aparte de la enmienda que concedió el derecho al voto a los paraguayos que residen en el extranjero, las reformas concretas que se han propuesto, en cada periodo constitucional, se limitan a la reelección presidencial.

En este trabajo se evalúa el significado de la Constitución de 1992 en el contexto de la historia constitucional del Paraguay, los avances e innovaciones normativas establecidos en el nuevo texto de la Ley fundamental, y el impacto que tuvo como marco legal para un proceso de reformas sin precedentes, coincidente con los primeros años de la transición a la democracia. De hecho, se enfatiza que el rol de la nueva Constitución fue mucho más allá del que habitualmente corresponde a un texto legal, inclusive a una Ley



suprema. Esto es así porque el inicio de la democracia en el Paraguay se caracterizó por la ausencia de un debate plural e incluyente sobre el modelo de país que tenía que reemplazar a la dictadura. Como consecuencia, tuvimos una transición impuesta desde los factores de poder sin la participación de la gente, lo que produjo un modelo de democracia limitada, de baja calidad, con la presencia de muchos elementos propios del régimen anterior. La Constitución de 1992, fue consecuentemente el intento más importante orientado a acordar un *Contrato Social* que tuvo nuestra transición.

En ese sentido, se analiza además si la ausencia de los resultados esperados en materia de desarrollo político, económico y social se debe a falencias de la Constitución o a otros factores, y en todo caso si es o no necesaria una reforma de la misma. Como consecuencia de lo anterior y en base a los resultados de la evaluación de los elementos positivos y negativos del texto constitucional, se proponen una serie de materias que deberían ser parte de un debate riguroso sobre eventuales reformas.

Finalmente, se enfatiza en que el estudio de la Constitución de 1992 es relevante en el contexto de una discusión más profunda sobre la consolidación de una democracia plena en Paraguay. En ese sentido, una eventual reforma constitucional debe ser considerada como una parte de un proceso mucho más amplio, en el que resulta más relevante la necesidad de superar esa falta de acuerdos políticos básicos, que constituye una suerte de *pecado original* de nuestra transición, y en consecuencia establecer los fundamentos para un *nuevo contrato social* que nos permita avanzar en la construcción de un Estado democrático en Paraguay en el marco de la plena vigencia del Estado social de derecho.

► EL LARGO PROCESO PARA ALCANZAR LA PRIMERA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA

La *Constitución de 1992* es particularmente significativa en la historia política de nuestro país por múltiples razones.

En primer lugar, es la primera Constitución paraguaya que no tiene cuestionamientos en cuanto a su legitimidad.

En ese contexto, se puede afirmar que la historia constitucio-



nal del Paraguay se inicia con la *Constitución de 1870*. Con anterioridad se habían aprobado otros instrumentos normativos con carácter de leyes supremas pero que, en general, no son considerados constituciones, por lo menos en el sentido contemporáneo del concepto<sup>2</sup>.

El *Reglamento de Gobierno de 1813*, si bien define al Paraguay como una república, no es más que eso: un reglamento muy básico que establece la organización de la administración pública y las funciones de sus responsables.

La llamada *Constitución de 1844* no puede ser reconocida como tal, ya que, en primer lugar, no fue el producto de una decisión soberana del pueblo, y, en segundo lugar, no establece los principios básicos que definen a una constitución, como ser la división de poderes o un Poder Judicial independiente.

Igualmente, se ha discutido con frecuencia la legitimidad de la *Constitución de 1870* por haber sido elaborada mientras el país se encontraba bajo ocupación militar brasileña y argentina. En efecto, hay que asumir que los convencionales constituyentes no eran suficientemente autónomos en su accionar y el ejemplo más elocuente es que el primer Presidente provisorio elegido por la Convención Constituyente fue removido al día siguiente en el marco de un contragolpe que contaba con el apoyo de los comandantes de las tropas extranjeras. Con independencia de los cuestionamientos que se puedan hacer, *es indudable su valor ya que significa una ruptura radical con los valores sostenidos por los gobiernos anteriores. Por primera vez se garantizaba, en el ordenamiento legal, libertades y derechos en el Paraguay. La Constitución del 70 además establecía el sistema de equilibrio de poderes, consagraba la independencia del Poder Judicial, garantizaba el principio de alternancia en el ejercicio de los cargos públicos y regulaba la responsabilidad de los funcionarios*

<sup>2</sup> El concepto y el origen de las constituciones contemporáneas está muy vinculado con la limitación del poder absoluto de las monarquías europeas, por eso se relaciona el concepto de Constitución con el principio de división de poderes y el reconocimiento de derechos y garantías que eviten los abusos de quienes detentan el poder político, cfr. G. DE VERGOTTINI, *Constitución*, en N. Bobbio, N. Mateucci, y G. Pasquino, *Diccionario de Política*, 1991, pp. 323 – 335. Al respecto, Sartori advierte sobre la utilización del término Constitución “con dos significados totalmente diferentes: un significado específico y sustantivo (el significado garantista) y un significado universal y formal” en el que se atribuye el concepto a “cualquier forma que se da a sí mismo un Estado”. En ese contexto, reafirma su criterio “que el término Constitución propio del constitucionalismo es exclusivamente moderno: que ha sido comprendido al menos durante un siglo y medio con un significado concreto garantista”, a pesar de lo que él llama “deformaciones de su significado”, G. SARTORI, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pp. 13 y ss.



públicos, entre otros puntos<sup>3</sup>.

Justo Prieto sostiene al respecto que “la Constitución de 1870 significa para el Paraguay la incorporación jurídica de las ideas liberales vigentes en el Río de la Plata, así como su adhesión a los principios del constitucionalismo<sup>4</sup>”. En sentido similar, Mendonca afirma que ésta “adopta una forma republicana de Gobierno y, en consecuencia, sí constituye una república, por primera vez en nuestro país<sup>5</sup>”.

Con la Constitución de 1940 se produce una importante involución con relación al texto vigente en ese entonces. Fue, sin lugar a dudas, una respuesta a una crisis política y social que cuestionaba fuertemente el Estado liberal imperante y que había llevado al país a una situación de inestabilidad permanente. Tras la Guerra del Chaco, la Revolución de Febrero había asestado un duro golpe a la vigencia de la Constitución de 1870. El regreso de los liberales al poder, tras año y medio del gobierno *febrerista* de Rafael Franco, no logró las condiciones de gobernabilidad necesarias para responder a las expectativas ciudadanas.

En ese contexto, el Partido Liberal llevó a la presidencia al líder militar de la reciente guerra. El Mariscal Estigarribia y la mayoría de sus colaboradores, consideraron que era necesaria una nueva Constitución, que permita mayor autoridad al Poder Ejecutivo, como una forma de enfrentar las tensiones sociales. Los congresistas resolvieron disolver el Poder Legislativo, a los efectos de facilitar el proceso de reforma constitucional, “en pocas palabras, el Partido Liberal había entendido que era necesario un gobierno fuerte y abdicaba de toda posibilidad de control parlamentario para permitir a Estigarribia constitucionalizar los poderes absolutos que ya había asumido<sup>6</sup>”.

Aprobada por un plebiscito el 4 de agosto de 1940, la nueva Constitución fue jurada el 15 del mismo mes y año. A partir de ese momento, se institucionalizó un modelo autoritario que recién habría de ser desmontando con la Constitución de 1992, al menos en forma parcial.

Mucho se ha escrito sobre el daño que causó esta carta política,

<sup>3</sup> FILIZZOLASERRA, Rafael, Una década de democracia, en Revista Paraguaya de Sociología, Asunción, Centro de Estudios Sociológicos, 2003, p. 118.

<sup>4</sup> PRIETO J., Justo José, Constitución y régimen político en el Paraguay, Asunción, El Lector, 1987, p. 37.

<sup>5</sup> MENDONÇA, Juan Carlos, Estudio preliminar, en Daniel Mendonca, Estado social de derecho, Asunción, Cidsep, 2000, p. 21.

<sup>6</sup> FILIZZOLA, Rafael, ob. cit., 2003, pág. 121.



la controversia continúa y sin dudas queda mucho por debatir, en parte porque su legado aún forma parte del presente. Las posiciones al respecto son extremas, van desde quienes afirman que era una constitución de corte “nazi-fascista” hasta los que sostienen que solo respondía a la necesidad de superar las deficiencias de la anterior y restablecer la estabilidad. Más allá de todo debate, resulta evidente que “*la Constitución del 40 fue elaborada bajo el influjo de las críticas al Estado liberal provenientes de las doctrinas fascistas, sobre todo en lo que se refiere al orden como fin superior*”<sup>7</sup>. Sin embargo, resulta difícil sostener que su texto se sustente en esos principios ideológicos.

Camacho afirma al respecto:

*No puede asegurarse que la carta de 1940 sea “fascista”, en cuanto mantiene, bastante restringido, pero mantiene al fin, los principios de elegibilidad de la democracia representativa en función a los ciudadanos y no en cuanto pertenecientes a tal o cual colectivo económico, profesional, de la sociedad, etc. ... Nosotros la consideramos como una elaboración jurídica de acentuada inspiración autoritaria, pasada por el tamiz de la democracia republicana representativa*<sup>8</sup>.

Juan Carlos y Daniel Mendonça resaltan al respecto que con esta “*mal llamada Constitución*” se interrumpe el constitucionalismo en Paraguay, señalan que ni siquiera se siguió el procedimiento establecido en la Constitución de 1870 para la reforma, que entró en vigencia antes de ser plebiscitada y que estaba claramente influenciada por ideas totalitarias<sup>9</sup>.

Con independencia de toda esta controversia y de las consideraciones históricas, políticas, sociales e ideológicas y de la justa valoración de su texto, coincidiendo con Mendonça y Mendonça, la Constitución de 1940, jurada un mes antes de la muerte de Estigarribia, sirvió eficientemente como marco constitucional para los gobiernos autoritarios y totalitarios de las décadas posteriores<sup>10</sup>. Inició un camino que hasta el presente no podemos superar.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> CAMACHO, Emilio, Constitución y estado de excepción, Asunción, La Ley Paraguaya S.A., 1990, pp. 181 y 182.

<sup>9</sup> MENDONÇA, Juan Carlos y MENDONÇA, Daniel, Breve historia del constitucionalismo paraguayo, Asunción, Intercontinental Editora, 2011, pp. 28 -29.

<sup>10</sup> Idem.



La *Constitución de 1967* es la consecuencia de una hábil maniobra del dictador Stroessner, quien logra convencer a la oposición que con la reforma de la *Constitución de 1940* se iniciaba un proceso de transformaciones políticas y apertura democrática. La realidad era otra, la Carta del 40 ya no le daba margen al dictador para justificar una nueva reelección, por lo que le resultaba necesario un nuevo texto constitucional para seguir en el poder con algún argumento que fundamente su legitimidad. Con esa ilusión, los principales partidos de oposición participaron en la Convención Constituyente que terminó aprobando la constitución *stronista*, que, con la reforma del 77, le daría un marco legal a una de las dictaduras más largas y crueles del mundo.

En términos teóricos, se puede destacar como aspecto positivo que en su texto se consagran los principios básicos del constitucionalismo. Sostienen Mendonça y Mendonça que: “*la nueva constitución corrigió defectos de la Carta de 1940 y formalmente significó un retorno a importantes ideas liberales, si bien mantuvo la preeminencia del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes del Estado, conservando el dejo totalitario de la Carta de 1940*”<sup>11</sup>.

En coincidencia con lo anterior, Camacho afirma que “*la Constitución de 1967 representa... una recuperación de cara a la más autoritaria del 40, pero aún así es claramente partidaria del Ejecutivo fuerte..., que prima de manera ostensible por encima de los demás poderes*”<sup>12</sup>.

Sin embargo, toda valoración jurídica que se pueda hacer de su texto se torna irrelevante porque no fue respetado durante toda su vigencia, salvo probablemente en los primeros años de la transición, anteriores a la Constitución de 1992<sup>13</sup>. Al igual que la Carta del 40, la Ley fundamental de 1967 nos deja como único legado el haber dado una cobertura legal a un régimen totalitario.

Con la caída de la dictadura, tras el golpe militar de 1989, se inicia un proceso de apertura política y libertades civiles inédito en la historia que ha permitido el período más largo de vida democrática en Paraguay. Una democracia frágil y sumamente imperfecta, pero que con avances y retrocesos nos permite continuar un pro-

<sup>11</sup> Ob. cit., 2011, p. 34.

<sup>12</sup> Ob. cit., 1990: pág. 196.

<sup>13</sup> FILIZZOLA, Rafael, ob. cit. 2003, p.127.



ceso hacia una democracia plena.

En este contexto, la Constitución de 1992 fue un paso importante en el camino de la consolidación de las instituciones democráticas. La misma sentó las bases para las transformaciones que se produjeron en los años siguientes y que tuvieron como consecuencia el afianzamiento del Estado de derecho y la vigencia de las libertades públicas<sup>14</sup>. Como sostiene Mendonça:

*Muchas e importantes fueron las modificaciones e innovaciones que trajo la Constitución, que redujo sustancialmente la fuerza del Poder Ejecutivo y aumentó considerablemente la de los poderes Legislativo y Judicial; especialmente del primero de ellos. Posiblemente como consecuencia de la larga experiencia totalitaria de la cual se quería salir<sup>15</sup>.*

En pocas palabras, más allá de la valoración de todas las Leyes supremas vigentes en la historia de nuestro país, de sus aportes positivos y negativos, lo que es indudable es que la Constitución vigente es la única que no tiene objeciones en cuanto a su legitimidad y contenido.

En segundo lugar, es fundamental el carácter democrático y plural del debate que se generó en la Convención Nacional Constituyente. Si bien es cierto, el Partido Colorado había alcanzado una clara preeminencia de convencionales, en la mayoría de los temas centrales las decisiones tuvieron un amplio consenso. La Constitución fue consecuencia del acuerdo mayoritario entre convencionales de diferentes extracciones políticas e ideológicas que aprobaron el nuevo texto.

En este punto es necesario destacar además la composición plural de la Convención. A los partidos tradicionales, Colorado y Liberal Radical Auténtico, se sumaron representantes de la Democracia Cristiana, del Partido Febrerista, y de un movimiento independiente, *Constitución Para Todos*, que aglutinó diversas vertientes políticas de centro izquierda y a representantes de movimientos sociales, con lo cual se sumaron al debate políticos progresistas, académicos, líderes sindicales, dirigentes campesinos y cooperativistas.

<sup>14</sup> FILIZZOLA, Rafael, ob. cit. 2003, p. 130.

<sup>15</sup> MENDONÇA, Juan Carlos, Estudio preliminar, en D. Mendonça, Estado social de derecho, Asunción, Cidsep, 2000, p. 28.



Finalmente, en cuanto a su contenido, la *Constitución del 92* revolucionó las concepciones e instituciones constitucionales hasta entonces vigentes en nuestro país. Desde la definición misma de nuestra república, que pasa a ser un Estado social de derecho, el esquema de división de poderes y la creación de instituciones y garantías constitucionales que no tenían antecedentes en nuestra historia constitucional, se puede decir que los cambios han sido radicales.

► EL MEJOR INTENTO POR ALCANZAR  
UN NUEVO CONTRATO SOCIAL

La caída de una dictadura no significa necesariamente el establecimiento de una democracia. La Constitución de 1992 es la iniciativa más importante orientada a establecer un *Contrato Social* en una sociedad que tenía que superar un régimen totalitario. Es igualmente el instrumento normativo que más impacto ha tenido en las reformas políticas y sociales en estos 28 años de vida democrática.

En este contexto, la Ley Fundamental vigente ha pretendido además paliar un factor que considero el *pecado original* de nuestra transición a la democracia. Efectivamente, a diferencia de otros procesos democratizadores, en el caso paraguayo no hubo debates ni consensos tras la caída de la dictadura, no hubo un proyecto país para impulsar la transición y consolidar una democracia basada en la plena vigencia del Estado de derecho. Esto es así porque cayó el dictador pero permanecieron muchos de los líderes militares y políticos que lo habían acompañado en su gobierno. El mismo partido que lo sostuvo durante décadas permaneció en el poder. La transición paraguaya se hizo desde el poder, desde la exclusión, sin la participación de la ciudadanía. La lógica propia de un partido hegemónico se tradujo en el manejo de un proceso que prometía democracia, pero que en la práctica significó el paso de una dictadura, a una democracia de baja calidad, limitada a una apertura política y a la vigencia de libertades básicas.

A pesar de esto, la *Constitución de 1992* fue lo más parecido que tuvo el país a ese *Contrato Social*, ausente, pero necesario para superar el legado de la dictadura. Las innovaciones introducidas en el constitucionalismo paraguayo tuvieron un impacto importante,



que generó un proceso de transformaciones sin precedentes orientado a la vigencia plena de una nueva institucionalidad propia del Estado de derecho.

► AVANCES, INNOVACIONES Y REFORMAS, EL INICIO DE UN CAMINO HACIA UNA DEMOCRACIA PLENA

En este contexto, la definición de Paraguay como un Estado social de derecho (art. 1 de la Constitución) y la incorporación de nuevos derechos sociales y económicos, marca el inicio de una concepción completamente nueva de las obligaciones estatales con relación a las personas<sup>16</sup>. En las décadas siguientes, se tradujeron en programas orientados a combatir la pobreza y proteger a los sectores más necesitados como la niñez, la adolescencia y la tercera edad, y avanzar en derechos esenciales como el acceso a la salud, a la educación y a la vivienda. El concepto de igualdad de la Constitución vigente, va más allá de la definición tradicional incorporando el principio de la discriminación positiva (art. 46), que ha impulsado la elaboración de políticas tendientes a superar las desigualdades, promoviendo los derechos de los más carenciados. La igualdad de derechos del hombre y la mujer (art. 48), igualmente obliga al Estado a promover las condiciones y crear “los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, allanando los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio y facilitando la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional”, con lo cual se da inicio a un proceso, que si bien ha avanzado poco, pretende ubicar a las mujeres en una situación de igualdad real con relación a los hombres. En materia de derechos sociales, igualmente la Constitución reconoce por primera vez con ese rango, la cultura y los derechos de los pueblos indígenas (arts. 62 al 67).

La regulación del control de constitucionalidad (art. 132), del hábeas corpus (art. 133) y del amparo (art. 134), establecen además el marco garantista necesario para hacer efectivos los derechos y libertades contemplados en la Constitución.

<sup>16</sup> Cfr. BENÍTEZ FLORENTÍN, Juan Manuel, *El Estado social de derecho*, en E. Camacho y L. Lezcano Claude, *Comentarios a la Constitución*, Asunción, Corte Suprema de Justicia, 1997, pp. 13 – 26 y MENDONCA, Daniel, *Estado social de derecho*, Asunción, Cidsep, 2000.



En el nuevo texto constitucional se ampliaron notablemente las libertades ciudadanas y los derechos políticos. Efectivamente, establece el derecho a asociarse en partidos y un amplio reconocimiento a la importancia y funciones que cumplen las agrupaciones políticas (arts. 124 y 125). Incorpora, además, la figura de los movimientos políticos, a los efectos de promover candidaturas independientes (art. 125). La Constitución de 1992 por su parte garantiza el derecho a la resistencia a la opresión autorizando “a los ciudadanos a resistir... por todos los medios a su alcance” (art. 138). Igualmente, se derogaron limitaciones que se establecían en la *Constitución de 1967* a las libertades de conciencia, pensamiento, opinión, expresión, información, periodismo y a los derechos políticos en los artículos 70, 71, 72, 73, 39 y 119, respectivamente. El estado de sitio previsto en el artículo 79, pasó a convertirse en estado de excepción en la Constitución de 1992, con todas las limitaciones y garantías del constitucionalismo contemporáneo (art. 288)<sup>17</sup>.

Uno de los cambios más profundos se ha dado en el relacionamiento entre poderes. La Constitución establece un régimen de “*separación, equilibrio, coordinación y recíproco control*” (art. 3) que en términos formales acaba con el predominio del Poder Ejecutivo sobre los demás, que dominó la historia constitucional del Paraguay.

Esta transformación de la forma del ejercicio del poder en el país, ha llevado a algunos a sostener que la Constitución establece un sistema de gobierno parlamentarista, en ciertos casos por ignorancia y en otros, probablemente, por un interés en volver a esquemas anteriores. Al contrario de quienes defienden esa tesis, Paraguay, como casi todos los países del continente, mantiene los elementos constitucionales propios de un sistema de gobierno presidencialista<sup>18</sup>. Particularmente, la jefatura de Estado y de Gobierno concentradas en un Presidente elegido por voto popular (arts. 226, 230 y 238); con potestad para nombrar libremente a los ministros y gobernar sin necesidad del voto de confianza del Poder

<sup>17</sup> Cfr. CAMACHO, Emilio, *Constitución y estado de excepción*, Asunción, La Ley Paraguaya S.A., 1990.

<sup>18</sup> Al respecto, Juan Carlos MENDONÇA BONNET sostiene, sin embargo, que del análisis de la Constitución de 1992 se concluye entre otros puntos que el “Ejecutivo ha quedado notoriamente debilitado, dentro de un sistema presidencial con ciertos rasgos parlamentarios” (*El equilibrio de poder en la Constitución de 1992*, en Camacho E. y Lezcano Claude L., *Comentario a la Constitución*, Asunción, Corte Suprema de Justicia, 1997, p. 49), en consonancia con quienes cuestionan lo que consideran un excesivo desplazamiento del poder hacia el legislativo.



Legislativo (arts. 238.6, 240 y 243); y la ausencia de la potestad del Poder Legislativo para emitir un voto de censura contra el Gobierno<sup>19</sup> y su consecuente cese en funciones<sup>20</sup>.

La Constitución de 1992 fortaleció la institucionalidad del Poder Legislativo. Su antecesora, facultaba exclusivamente al Presidente a prorrogar las sesiones o convocar extraordinarias, fuera del periodo legislativo ordinario, que iba desde el 1º de abril hasta el 20 diciembre (art. 180.10). Fuera de ese periodo, el Congreso solo podía reunirse por iniciativa presidencial. Igualmente, autorizaba al Presidente a decretar la disolución del Congreso: “*por hechos graves que le sean imputables y que pongan en peligro el equilibrio de los Poderes del Estado, o de otro modo afecten la vigencia normal de esta Constitución o el libre desenvolvimiento de las instituciones creadas por ella*”<sup>21</sup> (art. 182).

Estas prerrogativas presidenciales fueron excluidas del texto constitucional vigente, y en contrapartida se incrementaron las facultades legislativas y de control del Poder Legislativo. En materia legislativa, el rechazo de una objeción total del Ejecutivo requería, en la Constitución de 1967, una mayoría absoluta de dos tercios de ambas cámaras (art. 158). En la Constitución vigente se necesita solamente una mayoría absoluta (arts. 208 y 209). Probablemente, es en cuanto a competencias presupuestarias y de control donde más se ha avanzado con la nueva Ley fundamental. Efectivamente, se han establecido formalmente los procedimientos de pedidos de informes (art. 192); de la citación e interpelación (art. 193); del voto de censura (art. 194) y de las comisiones de investigación (art. 195). La facultad de juzgamiento y remoción de funcionarios, prevista en la Constitución de 1967 exclusivamente para los miembros de la Corte Suprema de Justicia (arts. 151.3 y 153.4), se extendió en la del 92 al Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor

<sup>19</sup> Cuando hablamos de Gobierno, en la tradición europea nos referimos al gabinete de ministros específicamente. En nuestra tradición continental el concepto es más amplio e incluye al conjunto de instituciones que determinan como se obtiene, ejerce y controla el poder, cfr. DE BLAS GUERRERO, Andrés, Estado, nación y gobierno, en Pastor, M., Ciencia Política, Madrid, Mc Graw – Hill, 1988.

<sup>20</sup> SARTORI, Giovanni, Ingeniería constitucional comparada, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 99; también en DE BLAS GUERRERO, Andrés, ob. cit.

<sup>21</sup> Es importante resaltar la vaguedad de la norma de la constitución anterior, con la que el poder presidencial para disolver el Congreso dependía de la exclusiva voluntad del Presidente, sin limitación alguna.



General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral (art. 225).

La mayor controversia en materia de equilibrio de poderes, se ha generado con relación a las amplias competencias en materia presupuestaria que la Constitución de 1992 concede al Poder Legislativo, sin establecer limitaciones en cuanto a las modificaciones que puede realizar al proyecto remitido por el Poder Ejecutivo, e incluso a la estimación de ingresos (art. 216).

El Poder Judicial se ha visto igualmente fortalecido tanto en sus competencias como en su independencia, al menos en términos formales. La Constitución vigente define a este poder del Estado como el “custodio de la Constitución” (art. 247); garantiza su independencia (art. 248); en concordancia con lo anterior, le reconoce autonomía presupuestaria y se le garantiza al menos un tres por ciento del presupuesto de la administración central para el financiamiento del ejercicio de sus competencias (art. 249). Igualmente, la Constitución se ocupa de la independencia de los magistrados y su inamovilidad en el cargo (art. 252).

Uno de los puntos más debatidos en materia de justicia fue el relativo al control de constitucionalidad, una facultad esencial para la interpretación y aplicación del ordenamiento legal. Hubo un extenso debate sobre el alcance de la declaración de inconstitucionalidad, que quedó limitado para cada caso en particular, es decir con efecto *inter partes*. De todas formas, la potestad de evaluar la constitucionalidad de las leyes, sentencias y otros actos normativos, permite a la Corte Suprema de Justicia, en términos teóricos al menos, ejercer su función de “custodio de la Constitución”, algo que ha generado controversia en los últimos años por la forma abusiva en que se ha utilizado este recurso constitucional regulado en los artículos 132, 259.5 y 260. Voy a volver sobre este punto más adelante.

La creación del Consejo de la Magistratura (art. 262 y ss.) y del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (art. 253), como órganos de selección y juzgamiento de magistrados, ha marcado una diferencia sustancial con la Constitución anterior, sobre todo en materia de nombramiento de jueces y ministros de la Corte. Los constituyentes



han sustituido un procedimiento que le daba un amplio margen de discrecionalidad al Presidente de la República, quien nombraba a los miembros del máximo tribunal, con acuerdo de la Cámara de Senadores; al Fiscal General del Estado, con dictamen del Consejo de Estado y acuerdo de la Cámara de Senadores; y a los demás magistrados, con acuerdo de la Corte Suprema de Justicia (art. 180.8). La Constitución vigente establece un procedimiento complejo que incluye al Consejo de la Magistratura, que elabora las ternas y las eleva a la Cámara de Senadores, que nombra a los ministros de la Corte Suprema de Justicia y a los miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral, con acuerdo del Poder Ejecutivo (art. 264.1 y 275). Por su parte, los demás magistrados y fiscales, son elegidos por la Corte Suprema de Justicia de las ternas propuestas por el Consejo (art. 264.2). El Fiscal General del Estado es nombrado por el Presidente de la República, a partir de una terna elaborada por el Consejo de la Magistratura y previo acuerdo de la Cámara de Senadores (art. 269). Los constituyentes han buscado de esta forma, evitar que el Presidente, o un poder del Estado, detenten el monopolio en la selección de magistrados, igualmente han querido que los méritos primasen sobre otros factores, en un contexto histórico en que el Poder Judicial estaba totalmente integrado por personas que pertenecían al partido de gobierno. Si bien, en un principio el nuevo modelo motivó una importante renovación judicial, pasaron pocos años para que la partidización de la justicia y su sumisión al poder político vuelvan a ser una realidad.

La Constitución además generó nuevas instancias de control, como la Contraloría General de la República (art. 281 y ss.) y la Defensoría del Pueblo (art. 276 y ss.), con amplias facultades en materia de supervisión de las actividades económicas y financieras del Estado, los gobiernos departamentales y municipales, la primera, y en derechos humanos, la segunda. Ambas han generado muchas expectativas sin que hasta la fecha se vean los resultados esperados.

Un avance importante significó la creación de la Justicia Electoral, con plenas facultades para controlar el correcto funcionamiento de los procesos comiciales (273 y ss.). Si bien esto ha permitido tener padrones depurados y con un alto grado de fiabilidad,



y en general los procesos electorales no han sido cuestionados en cuanto a la imparcialidad de las autoridades jurisdiccionales y la certeza de los resultados en el ámbito nacional, sí ha habido serias objeciones a nivel de tribunales y juzgados inferiores. A esto se suma la falta de reformas que permitan un sistema electoral más competitivo y a la necesidad de dar una respuesta a los reclamos ciudadanos en cuanto al cambio del propio sistema electoral, en un momento en que existe una crisis de representatividad y un malestar con la democracia.

Finalmente, un detalle no menor, la subordinación de las fuerzas públicas al poder civil. En la Constitución de 1967 se dedicaba un solo artículo a “una Policía” a cargo de la preservación del orden público (art. 45) y otro para las Fuerzas Armadas, a cargo de la seguridad nacional (art. 42). La reglamentación de la Policía quedaba subordinada a la ley, en la Constitución no se mencionaba la subordinación de sus mandos al poder civil. En el caso de las Fuerzas Armadas, se contemplaba que la Comandancia en Jefe de las mismas correspondía al Presidente, quien podía delegar el mando efectivo en un oficial (180.10). Esta norma seguía una vieja práctica destinada a que los presidentes civiles no tengan en los hechos un mando real, al estar el mismo bajo control del oficial delegado. La Constitución de 1992 por su parte es clara, define a las fuerzas públicas (Policía y Fuerzas Armadas) como instituciones profesionales, no deliberantes, obedientes y subordinadas a los poderes del Estado. En el caso de la Policía establece además la subordinación de la misma al órgano del Poder Ejecutivo encargado de la seguridad interna del país (arts. 172 y ss.). Finalmente, la Constitución establece que la Comandancia en Jefe corresponde al Presidente, y que el cargo no se delega (art. 238.9).

► DEL TEXTO A LA REALIDAD: UNA CONSTITUCIÓN AVANZADA PARA UNA CULTURA POLÍTICA ANCLADA EN EL PASADO

Durante estos 25 años de vigencia, el debate sobre los defectos de la Constitución y la necesidad de la reforma, ha sido permanente. En el presente, la mayoría de los actores políticos dan por descontado una Convención Constituyente que sería convocada luego



de las elecciones generales de 2018.

El desencanto con la Constitución, coincide con el malestar con la democracia y la crisis de representatividad. El sistema electoral es muy criticado, particularmente en lo relativo a las listas bloqueadas (listas sábanas) porque otorgan poca libertad a la gente al momento de elegir. Como consecuencia, resultan electos candidatos muy cuestionados, con los que gran parte de la sociedad no se siente representada.

Un estudio reciente, señala que sólo el 29% de la población aprueba la gestión del gobierno y que el 88% considera que el país está gobernado por grupos poderosos para su propio interés, ante un índice mínimo del 10% que cree que se gobierna para el bien de todos<sup>22</sup>. La Unidad de Inteligencia de *The Economist* clasifica los regímenes políticos en el mundo en democracias plenas, imperfectas, sistemas híbridos y autoritarios. En su informe del 2016, ubica a Paraguay en el puesto 70, compartiendo los últimos puestos entre las democracias imperfectas con Guyana, Senegal, Papua Nueva Guinea y Moldova, los siguientes países en la lista ya no son considerados democracias<sup>23</sup>.

Esto es particularmente grave. La Constitución de 1992 tuvo precisamente por objetivo sustituir una ley fundamental autoritaria por otra democrática<sup>24</sup> para empezar el proceso de la Construcción de una democracia plena en el Paraguay y superar una historia marcada por la exclusión y el autoritarismo, y, sobre todo, por la larga y reciente dictadura *stronista*, que destruyó por completo lo poco que se había logrado en materia de institucionalidad en la historia política de nuestro país. De hecho, este objetivo no se presentaba ni al tiempo de la sanción de la Constitución ni en el presente como algo sencillo. Paraguay no tiene una tradición democrática, quienes han estudiado el avance de la democracia, en su sentido contemporáneo, no incluyen a nuestro país en ninguno de sus trabajos, con anterioridad a 1989.

En ese sentido, Dahl, considera que entre finales del siglo XIX

<sup>22</sup> CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, Informe 2016, Santiago de Chile, Corporación Latinobarómetro, 2016.

<sup>23</sup> THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, Democracy Index 2016, 2017, p. 9. En línea: <http://www.eiu.com/topic/democracy-index>

<sup>24</sup> Cfr. SILVERO SALGUEIRO, Jorge, Reforma política en Paraguay, en D. Zovatto y J. J. Orozco, Reforma política y electoral en América Latina, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.



y principios del XX había 18 poliarquías<sup>25</sup> plenas en el mundo, entre las cuales incluye a países de la región como Costa Rica y Uruguay<sup>26</sup>.

Huntington, señala que ha habido en la historia reciente tres olas de procesos democratizadores, seguidos de sus respectivas contraolas. La primera corresponde al periodo comprendido entre los años 1828 y 1926, y tiene sus orígenes en las revoluciones norteamericana y francesa. La primera contraola, entre los años 1922 y 1942, se relaciona con el auge del totalitarismo en Europa. La segunda ola, entre los años 1943 y 1962, se inicia durante la II Guerra Mundial, con la ocupación aliada y el impulso de sistemas democráticos en países con regímenes autoritarios. La segunda contraola, entre los años 1958–1975, se vincula estrechamente al avance de sistemas autoritarios en América Latina y Asia. La tercera ola, se inicia en el año 1974, con la caída de la dictadura en Portugal y prosigue durante los 15 años siguientes con la transición de regímenes autoritarios a democráticos en al menos 30 países de Europa, Asia y América Latina. En resumen, Huntington estima que en 1922 el 45,3% de los estados era democrático, en el año 1962, el 32,4% y en 1990, el 45%. Países como Argentina y Uruguay, son considerados democráticos por estos estudios desde la primera ola, a diferencia de Paraguay que tampoco es contemplado<sup>27</sup>, y que recién puede ser reconocido como tal décadas después del inicio de la tercera ola de democratización.

La Constitución de 1992, debía además superar las características del régimen que le permitió gobernar a Stroessner sin oposición de ningún tipo. En efecto, el poder sustentado en el control de las Fuerzas Armadas, del Partido Colorado y de la burocracia estatal, permitió al dictador sustentar un gobierno que perduró décadas<sup>28</sup>. Otro de los factores que le permitieron a Stroessner obtener

<sup>25</sup> De acuerdo con Robert A. DAHL, una poliarquía se configura cuando el Gobierno satisface los criterios del proceso democrático, como: el control de las decisiones gubernamentales, elecciones libres y pacíficas, el derecho al voto para prácticamente todos los adultos, el derecho a ocupar cargos electivos para la mayoría de los adultos, la libertad de expresión y de criticar al gobierno, el acceso a las fuentes de información y el derecho a asociarse, particularmente a formar asociaciones políticas (La democracia y sus críticos, Barcelona, Paidós, 1992, p. 28).

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 281.

<sup>27</sup> HUNTINGTON, Samuel, La tercera ola, Buenos Aires, Paidós, 1994, pp. 26 y ss.

<sup>28</sup> Cfr. FARINA, Bernardo N., El último Supremo, Asunción, El Lector, 2003; ABENTE, D., El régimen stronista, Asunción, El Lector, 2014; LEWIS, P., Paraguay bajo Stroessner, México, Fondo de Cultura Económica 1986.



y conservar la fidelidad de sus partidarios, además del temor y los cargos en la burocracia<sup>29</sup> y en las Fuerzas Armadas, fue la corrupción. La dictadura institucionalizó el uso de los bienes públicos en provecho propio como práctica normal y generalizada, con el objetivo de comprar y mantener lealtades.

La corrupción se convirtió en consecuencia en un elemento transversal de la trilogía Fuerzas Armadas/Partido/Burocracia que sostuvo a Stroessner. Martini y Yore señalan en ese sentido que el poder personalizado y autocrático de Stroessner:

*fue sustentado en una estructura de dominación jerárquica, vertical y de indiscutible obediencia a su autoridad, basada en una trilogía de connotación fascista y mesiánica por la identificación entre el gobierno, el partido oficial y las fuerzas armadas. El ejército prestará la garantía de la coacción física legal y el partido su capacidad de legitimación política y consenso social... A este efecto, ambos sectores, partido y ejército, sufrirán un proceso de permanente recomposición interna; serán depurados y reorganizados varias veces, por diversos mecanismos de sometimiento (entre ellos la corrupción prebendaria y los privilegios) en torno al liderazgo único e indiscutido de Stroessner quien oficiará de eje articulador del triángulo en su triple condición de Jefe de Estado, miembro titular y luego Presidente Honorario del Partido Colorado y Comandante en Jefe de las FF.AA.<sup>30</sup>*

En ese contexto, la subordinación de las Fuerzas Armadas al poder civil, es probablemente uno de los únicos elementos superados del esquema de poder dictatorial. Hoy es difícil imaginar que los militares puedan constituirse nuevamente en factores de poder, a pesar del retroceso que implica la creación de las Fuerzas de Tarea Conjunta (FTC) y su utilización para la seguridad interna. Pienso volver sobre el tema más adelante.

Sin embargo, los otros elementos han permanecido prácticamente intactos. Así, la burocracia, a la cual se accedía durante la dictadura previa afiliación al partido de gobierno, sigue integrada en un alto porcentaje por miembros del Partido Colorado, contra-

<sup>29</sup> En palabras de Paul LEWIS "en un país donde las oportunidades económicas eran tan limitadas, un trabajo en el gobierno era una fuente de ingreso bastante deseada" (ob. cit., p. 30).

<sup>30</sup> MARTINI, y YORE, Myriam, La corrupción como mecanismo de reproducción del sistema político paraguayo 1998, Asunción, Cidsep, 1998, pp. 53 y 54.



riamente a las disposiciones constitucionales específicas que garantizan el derecho a la igualdad para el acceso a la función pública (art. 101).

Igualmente, el Partido Colorado, tras décadas en el poder, ha gobernado durante la mayor parte de la transición, pasando de ser un partido hegemónico, por no decir único, a ser uno predominante. Efectivamente, Duverger sostiene que la práctica del partido único antecedió a la teoría, en referencia a países en los que se han implementado estos sistemas sin llegar a incorporarlos nunca a su sistema legal, como en Turquía o Portugal, o antes de hacerlo, como el caso de la Unión Soviética<sup>31</sup>. La Asociación Nacional Republicana (ANR – Partido Colorado), gobernó como partido único desde la finalización de la Revolución de 1947, hasta la caída de la dictadura. Si bien, ejerció el monopolio absoluto del poder, no puede ser denominado estrictamente como tal, considerando la tipología de los sistemas de partidos, ya que permitió, en determinados periodos, la participación formal de otros partidos. Una definición más precisa en términos teóricos, que no cambia sustancialmente lo material, encontramos en Sartori que ubica a Paraguay, en tiempos de la dictadura, como un Estado de sistema de partido hegemónico, esto es cuando no se permite competencia oficial por el poder. Otros partidos son consentidos, pero no en un sistema de igualdad, no pueden competir en términos reales con el partido hegemónico. La alternancia en el poder no se puede producir<sup>32</sup>.

Los avances establecidos en la Constitución de 1992 no fueron suficientes para alterar esta ecuación política y electoral. Si bien, el Partido Colorado perdió su condición de partido hegemónico, esto no tuvo como consecuencia la evolución hacia un sistema de partido pluralista o eventualmente bipartidista. En efecto, el actual sistema se encuadra en lo que se conoce como de partido predominante, donde existe una igualdad de oportunidades en términos formales, pero la disparidad de recursos entre el partido en el poder y los demás es mayor que en los sistemas pluralistas<sup>33</sup>, lo cual genera una clara distorsión a la hora de enfrentar un proceso comicial. Si bien Sartori clasifica este sistema

<sup>31</sup> DUVERGER, Maurice, *Los partidos políticos*, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 282 y ss.

<sup>32</sup> SARTORI, Giovanni, *Partidos y sistemas de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, pp. 276 y ss.

<sup>33</sup> *Idem*.



de partidos entre los sistemas competitivos, a diferencia del sistema de partido hegemónico, que incluye entre los no competitivos, hace una observación fundamental a la hora de distinguir entre unos y otros. Efectivamente, se refiere a los “*falsos sistemas de partido predominante*”, lo que sucede cuando “*el partido predominante de facto impide una competencia efectiva o debe sus victorias a unas elecciones amañadas*”<sup>34</sup>. En este caso reclasifica a estos sistemas encuadrándolos entre los sistemas electorales no competitivos y de sistema de partido hegemónico<sup>35</sup>. Algo parecido ocurre en Paraguay.

Como se puede observar, existe una línea muy sutil que separa el sistema de partido único y el de partido hegemónico, y entre aquel y el de partido predominante. Dónde empieza y termina cada tipo es sumamente difícil de distinguir. Diego Abente advertía, al inicio de la transición, que:

*si las fuerzas que privilegian el proceso de transición democrática prevalecen y se siguen realizando elecciones libres y limpias como las elecciones municipales de mayo de 1991, el sistema de partidos podría evolucionar hacia un sistema de partido predominante, de bipartidismo competitivo o de pluralismo limitado*<sup>36</sup>.

Estas expectativas no se alcanzaron. Un sistema bipartidista o pluralista implica básicamente la alternancia entre distintos actores, que puede ser menos o más amplia según el caso. Los 28 años de esta transición inconclusa nos señalan que eso no se dio, salvo durante el periodo constitucional 2008 – 2013. Si analizamos además los resultados en los gobiernos locales, tanto departamentales como municipales, se llega a la misma conclusión: la preeminencia del Partido Colorado ha sido la constante en estas casi tres décadas de democracia.

Tenemos en consecuencia un sistema electoral que no puede considerarse del todo competitivo y un sistema de partido predominante, heredero del sistema hegemónico de la dictadura. Si bien se ha hecho mucho en materia de depuración de padrones, cómputos de votos, profesionalización del personal electoral, in-

<sup>34</sup> Ibidem, p. 286.

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> ABENTE, Diego, *Sistemas de Partidos Hegemónicos en Transición. Un sistema de partido en transición: el caso de Paraguay*, en S. Mainwaring et al., *La Construcción de Instituciones Democráticas: Sistemas de Partidos en América Latina*, EE.UU., Stanford University, 1996, p. 260.



formatización del sistema, en términos reales existen varios factores que impiden una relación de igualdad de oportunidades entre los diferentes partidos. Los recursos económicos y materiales con que cuenta el Partido Colorado, el control de la burocracia y los recursos estatales, establecen una posición de privilegio para un actor político que lleva décadas en el poder, salvo un breve intervalo. Además, determinadas prácticas como la presión a los funcionarios públicos, el soborno a miembros de mesa y el pago a votantes, no han sido enfrentadas debidamente, ni siquiera están en la agenda del debate. Otras iniciativas, tendientes a una mayor participación política e inclusión, como la reforma en el sistema de financiamiento de los partidos<sup>37</sup> y las elecciones; el transporte gratuito en el día de los comicios; la ley de paridad entre hombres y mujeres en las listas de candidaturas; o la reforma del sistema electoral, para permitir el desbloqueo o la apertura de las listas de candidatos, han sido sistemáticamente postergados.

Finalmente, tampoco se ha enfrentado con eficiencia la creciente influencia del crimen organizado en la política, algo que genera mayor preocupación en la medida en que la inseguridad aumenta. La presencia de personas vinculadas a organizaciones criminales en los niveles más altos del poder político, se ha hecho frecuente y ha sido motivo incluso de una investigación parlamentaria<sup>38</sup>. Las iniciativas legales orientadas a enfrentar el problema no atacan uno de los factores que más inciden en esta situación, que es la economía subterránea, que, en gran medida vinculada a actividades delictivas como el contrabando, el narcotráfico y el lavado de dinero, alcanza, según estimaciones, un 39,5% del PIB de Paraguay<sup>39</sup>.

El dinero negro en la política, sobre todo el que proviene de actividades de organizaciones criminales, no solamente genera una distorsión en la competitividad del sistema electoral, sino que amenaza a la continuidad misma del proceso democrático, ante el peligro real y presente de que el Estado paraguayo termine coop-

<sup>37</sup> Según Max WEBER "las finanzas de los partidos constituyen para la investigación, por razones comprensibles, el capítulo menos claro de su historia y, sin embargo, uno de los más importantes" (WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 231).

<sup>38</sup> Cfr. FILIZZOLA, Rafael, *La seguridad en una sociedad en transición a la Democracia*, en *Revista Jurídica UniNorte*, Asunción, UniNorte, 2017 y R. Filizzola, *La seguridad en Paraguay: situación actual y desafíos*, en Kliksberg, B., *Inseguridad ciudadana ¿cómo mejorarla?*, Buenos Aires, Pearson, 2010.

<sup>39</sup> En línea: <http://www.pro.org.py/informalidad/>



tado por el crimen organizado.

Vinculado a la anterior, las reformas constitucionales fueron además insuficientes, o ineficaces, para enfrentar el estado de corrupción sistémica, propio del esquema de poder establecido para sostener a la dictadura de Stroessner. En palabras de Mendonca, en el presente:

*Paraguay padece una situación de corrupción estructural y de impunidad consentida que opera como mecanismo de sustento de la elite en el poder, en cuanto mecanismo de reproducción del régimen político clientelista, del Estado prebendario y de la economía informal. Esto supone que los actos de corrupción se hallan generalizados y arraigados en una sociedad permisiva, con una economía altamente ilegal y un Estado ineficiente, y ello se expresa no sólo en actos de corrupción aislados e individuales de los agentes, sino en el funcionamiento estructural de las organizaciones, las que tienden a generar en forma continua y sistemática actos de corrupción. La corrupción pública, en definitiva, es reflejo de un estado más grave de descomposición social<sup>40</sup>.*

De hecho, en el índice de percepción de la corrupción del año 2016, de Transparencia Internacional, Paraguay aparece ubicado en el lugar 123 de 176<sup>41</sup>. En la *Primera Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana* se menciona igualmente la corrupción (soborno) como uno de los hechos punibles más frecuentes, en un segundo lugar con un 5,7%, correspondiendo el primero a delitos genéricos definidos como “otros”<sup>42</sup>. El *Informe de Competitividad 2016 – 2017 del Foro Económico Mundial* ubica al Paraguay en la posición 117 de 138 países<sup>43</sup>, siendo la corrupción (18,2)<sup>44</sup> el factor que más incide en esa posición que nos sitúa entre uno de los países menos competitivos del mundo.

En pocas palabras, de la trilogía Fuerzas Armadas, Estado y Partido, han permanecido intactas las dos últimas, en una versión renovada. El privilegio de contar con el apoyo de la burocracia se ha mantenido mediante la permanencia de una inmensa mayoría

<sup>40</sup> MENDONCA, Daniel, *Corrupción. Un estudio sobre la corrupción en el Paraguay*, Asunción, Intercontinental Editora, 2005, p. 59.

<sup>41</sup> En línea: [https://www.transparency.org/news/feature/corruption\\_perceptions\\_index\\_2016](https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016)

<sup>42</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR, *Primera Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana*, Asunción, Ministerio del Interior, 2010, p. 11.

<sup>43</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, *The global competitiveness report 2016-2017*, Geneva, World Economic Forum, 2016, p. xiii.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 292.



de funcionarios que ingresaron a la función pública, en dictadura y en democracia, no por méritos sino por su pertenencia al partido de Gobierno<sup>45</sup>. La ANR por su parte, pasó de ser un partido hegemónico a predominante, con muy pocas diferencias, lo que le ha permitido competir con amplias ventajas sobre la oposición en las elecciones de la transición. Para completar el cuadro, la corrupción sistémica se ha mantenido. Ni la democracia ni la nueva Constitución han sido capaces de romper este círculo vicioso en el que la corrupción financia la política y ésta ampara a los corruptos y les garantiza impunidad. En un paso adelante, de la corrupción administrativa se ha evolucionado a niveles alarmantes de inficionamiento de los poderes públicos por parte del crimen organizado, y la consecuente presencia del dinero negro en campañas electorales en cantidades nunca vistas<sup>46</sup>.

En materia social, se han señalado programas relevantes en materia del combate contra la pobreza y las inequidades. Entre los años 2003 y 2013 se ha producido un descenso importante de los niveles de pobreza y pobreza extrema, que bajaron del 51,43 al 28% de la población. Sin embargo, esa tendencia al descenso se desaceleró notablemente entre los años 2014 y 2015, para registrar un aumento del 26,5 al 28,86% entre los años 2015 al 2016<sup>47</sup>.

En materia de salud y educación, tampoco se ha avanzado lo suficiente. El informe citado del *Foro Económico Mundial* señala a Paraguay con un índice de competitividad aún menor que el promedio en estas materias. En efecto, en salud y educación primaria nos ubica en la posición 106 de 138 y en educación superior en la 107 de 138<sup>48</sup>.

En materia de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, si bien el artículo 46 de la Constitución marcó el inicio de importantes reformas institucionales y legales, como la creación de la

<sup>45</sup> Es este punto es necesario puntualizar que tras la caída de Stroessner y el acceso de la oposición a espacios de poder, también ésta ha recurrido a prácticas clientelares para ubicar a simpatizantes en espacios públicos, en un principio en gobiernos locales y con más intensidad en el gobierno central durante el periodo 2008 – 2013. Sin embargo, esto no ha cambiado sustancialmente la distribución de cargos en el Estado que sigue hegemónizada por la ANR.

<sup>46</sup> Cfr. FILIZZOLA SERRA, Rafael, Partidos políticos: régimen de financiación y control, en *Revista Jurídica CEDUC*, Edición No. 25, Asunción, 2016.

<sup>47</sup> Dirección General de Estadísticas Encuestas y Censos, Nuevas series de pobreza en Paraguay, 2016. En línea: <http://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/eph2016/Presentacion%20nuevas%20series%20de%20pobreza%20final.pdf>

<sup>48</sup> Ob. cit., p. 292.



Secretaría de la Mujer en el año 1992, luego elevada al rango de ministerio en el año 2012, y la elaboración de planes y políticas orientadas a hacer efectivo ese principio, es necesario señalar que los resultados no son alentadores<sup>49</sup>.

En materia de participación política, “*la presencia de mujeres en altos cargos de decisión aún se mantiene baja, no superando el 30% y en algunos casos menos del 20%*”<sup>50</sup>. De hecho, el Código Electoral, incluyó en el año 1996 una cuota de participación mínima de la mujer en las listas electorales primarias del 20%, orientada a incrementar una mayor inclusión femenina en espacios de poder<sup>51</sup>. En concordancia, la mayoría de los partidos políticos han establecido estatutariamente cuotas que incluso exceden el porcentaje legal y en algunos casos alcanzan el 50%, es decir la paridad<sup>52</sup>. Sin embargo, las evidencias nos muestran que estas normas de discriminación positiva no han sido efectivas. De hecho, en el año 2013 sólo un 25% de mujeres estaba al frente de un ministerio, un 20% ocupaba una banca en el Senado, un 15% en la Cámara de Diputados, y un 22,2% integraba la Corte Suprema de Justicia<sup>53</sup>. Esto significa, al año 2013, una participación del 17,9% de mujeres en los poderes del Estado<sup>54</sup>.

En lo económico y social, el impacto de la pobreza y de la pobreza extrema en el Paraguay, sobre todo en la población rural afecta fundamentalmente a las mujeres. En ese sentido, un estudio de *ONU Mujeres* señala:

*Los datos relevados en esta investigación muestran que la reducción de la pobreza registrada a nivel nacional tiene variaciones con respecto a hombres y mujeres. Los datos indican que la reciente (2011-2013) reducción de la pobreza fue mayor en los hogares con jefatura masculina, pudiendo así iniciarse un proceso de feminización de la pobreza de ingreso, sobre todo en el sector rural. En este sector, el 32,3% de los hogares con jefatura masculina autodeclarada se encuentran en situación de pobreza frente al 38,5% de*

<sup>49</sup> BARREDA, Mikel, y COSTAFREDA, Andrea, La institucionalidad política paraguaya: capacidades y desafíos para la gobernabilidad democrática, en *Instituciones y desarrollo*, Barcelona, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya-IG, 2002.

<sup>50</sup> ONU MUJERES, *La participación política electoral de las mujeres paraguayas*, Asunción, ONU Mujeres, 2015, p. 7.

<sup>51</sup> Cfr. JUSTICIA ELECTORAL, *Normativa política y electoral paraguaya*. Asunción: Justicia Electoral, 2009.

<sup>52</sup> ONU MUJERES, *ob. cit.*, p. 41.

<sup>53</sup> La actual composición de la Corte Suprema de Justicia suma una nueva ministra, con lo que a partir de la incorporación de la Dra. Peña al máximo Tribunal esa participación se eleva al 33%.

<sup>54</sup> ONU MUJERES, *ob. cit.*, p. 25.



*los hogares con jefatura femenina autodeclarada y el 37,3% de los hogares con jefatura femenina económica*<sup>55</sup>.

La *Encuesta Permanente de Hogares (EPH)* del 2013, por su parte, revela como el desempleo afecta fundamentalmente a las mujeres. Un 5,5% de la población femenina se encontraba en situación de desempleo abierto contra un 4,2% de hombres. Esta brecha se incrementa además en zonas rurales donde el rango se da entre 4,6% y 2,7% entre hombres y mujeres respectivamente<sup>56</sup>. En las tasas de actividad, ocupación y desocupación, también las mujeres se ven en desventaja en relación a los varones<sup>57</sup>. En cuanto a los ingresos, también la población masculina se encuentra en una situación más privilegiada:

*El promedio de ingreso de las mujeres en 2013 era de Gs. 1.751.745, superando en poco más del 5 % al salario mínimo vigente para ese año (Gs.1.658.232). El promedio de ingreso masculino supera en 48,7% al salario mínimo. El ingreso de las mujeres pobres representa un tercio del salario mínimo y si son campesinas, apenas el 26,3%. Adicionalmente, al bajo nivel de ingreso, se detectan brechas importantes con respecto a los hombres y entre diferentes grupos de mujeres. En promedio, las mujeres ganan el 71,0% de los hombres*<sup>58</sup>.

Por su parte, la tasa de inactividad afecta en mayor medida a las mujeres:

*Del total de mujeres en edad de trabajar (10 años y más), el 48,1% se encuentra inactiva (PEI), es decir, no trabaja ni busca empleo, frente al 26,2% de los hombres. De todos los inactivos, el 65,6% son mujeres. Las brechas en la inactividad se agravan según el área de residencia. En el sector rural, el 52,8% de las mujeres son inactivas, frente al 21,7% de los hombres; mientras que en el sector urbano afecta al 45,4% de las mujeres y al 29,4% de los hombres*<sup>59</sup>.

A esto hay que sumar otras brechas. En materia de analfabetismo, la tasa es superior en mujeres con relación a la población mas-

<sup>55</sup> ONU MUJERES, *Pobreza, oportunidades económicas, desigualdades y género*. Asunción: ONU Mujeres, 2015, p. 9.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 37 y 38.



culina, 6,1% y 4,6% respectivamente<sup>60</sup>. La violencia intrafamiliar, igualmente, afecta principalmente a las mujeres y a las niñas<sup>61</sup>, es uno de los hechos punibles más comunes en el país y constituye un gran porcentaje de los actos de violencia física que afectan a la población<sup>62</sup>. Finalmente, pero no menos importante, las tasas de mortalidad materna infantil, que continúan siendo altas, evidencian la ausencia de medidas eficaces de protección a las mujeres. Efectivamente:

*Los problemas en el embarazo, parto y puerperio se encuentran dentro de las cinco primeras causas de mortalidad en mujeres de 10 a 49 años ... En el año 2010, la razón de mortalidad materna registrada (por 100.000 nacidos vivos) llegaba a 100,8, nivel relativamente alto teniendo en cuenta los avances de la región. A pesar de la tendencia a la disminución de este indicador, el país no cumplirá la meta de reducirla en tres cuartas partes para 2015, correspondiente al ODM 5<sup>63</sup>”.*

En pocas palabras, las mujeres siguen sufriendo en Paraguay con mayor intensidad que los hombres, la pobreza, la violencia y las deficiencias en salud y educación, y más aún en zonas rurales. La escasa presencia de la mujer en espacios de poder puede explicar en parte la razón de la persistencia de esta discriminación.

La Constitución tampoco resolvió el problema de la institucionalidad. La fragilidad de nuestras instituciones se revela en el informe de *Foro Económico Social*, que nos ubica en la posición 131 de 138, es decir en los últimos lugares. El fortalecimiento del Poder Legislativo, la independencia del Poder Judicial, la creación de nuevos órganos extra poderes de control, han sido insuficientes para desmontar un esquema de poder heredado de la dictadura y sustentado en una tradición autoritaria y la cultura de la corrupción.

- ▶ TRAS LA RESISTENCIA HACIA LAS REFORMAS Y LA INVOLUCIÓN, LA RUPTURA DEL CONTRATO SOCIAL  
La democracia ni la Constitución tampoco fueron suficientes

<sup>60</sup> ONU MUJERES, Igualdad de género y principales brechas en Paraguay, ONU Mujeres, Asunción, 2015, p. 27.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 66 y ss.

<sup>62</sup> Cfr. MINISTERIO DEL INTERIOR, *ob. cit.*

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 76.



para lograr la estabilidad política y la gobernabilidad.

Un dato revelador es que, de seis presidentes elegidos por voto popular durante la transición, dos no culminaron su mandato. Fernando Lugo y Raúl Cubas fueron sometidos a juicio político, el primero fue destituido y el segundo renunció antes del fallo. Las tensiones entre poderes han sido la constante en estas décadas de transición, más allá del debate sobre el nuevo sistema de separación de poderes, en la práctica ha habido un bloqueo mutuo, que ha impedido al Legislativo legislar y controlar, al ejecutivo administrar y reducido al Poder Judicial a un apéndice del poder político, utilizado de acuerdo a las conveniencias y necesidades del momento.

No se le puede culpar de esto a los constituyentes ni al texto constitucional. Con sus defectos, la *Constitución de 1992* es sin dudas la más legítima y avanzada Ley fundamental que ha tenido el país. De hecho, como se ha señalado, ha propiciado en los primeros años de su vigencia, los avances institucionales más importantes en la historia reciente del país. Esto probablemente fue posible por el equilibrio en la composición del Congreso en ese momento. De hecho, las transformaciones más importantes como consecuencia de la implementación del nuevo texto constitucional se desarrollaron en el marco de un Poder Legislativo sumamente plural y en un contexto en el que el diálogo entre el Gobierno y los partidos de oposición se desarrollaba con normalidad y por iniciativa recíproca.

El proceso de reformas, de hecho, se desacelera cuando la oposición pierde la mayoría en el Congreso en las elecciones de 1998, y se inicia un proceso de involución. La pluralidad de la conformación de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, que permitieron avances importantes en materia de reforma del sistema de justicia, se va revirtiendo hasta retroceder al modelo de la justicia partidizada, y vinculada principalmente a la ANR.

En este contexto, se ha producido una ruptura explícita del nuevo contrato social que debió significar la *Constitución de 1992*. La falta de implementación o de eficacia del nuevo ordenamiento constitucional fue seguida por un proceso de desconstitucionalización, donde poderes del Estado, fundamentalmente el Ejecutivo



y el Judicial, han abusado de sus funciones, asumido poderes que no les corresponden y en consecuencia alterado el orden institucional.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia ha generado un enorme perjuicio extralimitándose en sus facultades de interpretación constitucional, produciendo de hecho cambios en contra de los procedimientos dispuestos en la propia Constitución.

Como punto de partida para valorar justamente el alcance de este daño, me parece relevante, hacer referencia a algunas precisiones puntuales que hace Kelsen en lo relativo a la Constitución y el carácter jerárquico del ordenamiento jurídico, en el que la creación y consecuente validez de una norma se vincula a otra anterior, y ésta a una tercera<sup>64</sup>, lo que significa que una alteración irregular del texto constitucional tiene un efecto que ni siquiera se puede estimar, ya que alcanza a todo el orden jurídico.

Igualmente, es necesario recordar la distinción clásica de Bryce entre constituciones flexibles y rígidas<sup>65</sup>, que consiste en que las primeras pueden ser modificadas de conformidad con los procedimientos utilizados para cambiar una ley ordinaria y las segundas requieren de un procedimiento diferente, más complejo que el requerido para aquellas<sup>66</sup>. De acuerdo con esta tipología, nuestra Constitución es rígida, ya que tanto el procedimiento de la Enmienda (artículo 290) como el de la Reforma (artículo 289), representan un mayor grado de complejidad que las disposiciones que regulan la sanción y modificación de las leyes. Esto implica también consecuencias en cuanto a la interpretación. En efecto, en caso de lagunas o contradicciones, una constitución flexible puede ser fácilmente enmendada por el Parlamento, que en este caso se convierte en la instancia privilegiada de interpretación. Sin embargo, como señalaba Bryce más de un siglo atrás en relación a las constituciones rígidas, en casos de problemas interpretativos, se requiere un procedimiento más complejo para una eventual reforma, o en todo caso una interpretación *extensiva*. Este último supuesto implica, en

<sup>64</sup> KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, pp. 118 – 119.

<sup>65</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo, *La teoría constitucional de James Bryce*, en J. Bryce, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. IX y ss.

<sup>66</sup> BRYCE, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 20 y ss.



palabras de Bryce, una *evasión*, que en términos prácticos es una alternativa menos lesiva de la confianza pública que la abierta violación constitucional<sup>67</sup>. No obstante, si bien significa el mal menor, sigue siendo una alteración irregular de la Ley Suprema y nos lleva al problema de las mutaciones constitucionales o modificaciones no formales del ordenamiento constitucional, que consisten “*en aquellos cambios operados en el mismo sin seguir el procedimiento más agravado y difícil establecido en la reforma constitucional*”<sup>68</sup>.

La Constitución paraguaya ha sido, en los últimos años, objeto de interpretaciones controvertidas que, desde el punto de vista sostenido en este trabajo, implican mutaciones constitucionales.

Un ejemplo muy claro es la controversia sobre el alcance del control de Constitucionalidad. En efecto, el artículo 260 inciso 1 establece claramente el efecto *inter partes* de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Sin embargo, recurrentemente, la Corte Suprema de Justicia a través de su sala Constitucional o el pleno mismo, se ha expedido sobre casos sometidos a su consideración en los que, en la práctica, ha dictado sentencias contra leyes con efectos *erga omnes*.

Lezcano Claude fundamenta la actuación de nuestro máximo tribunal en el artículo 137, ya citado, que dispone que los actos contrarios a la Constitución carecen de validez. En consecuencia, en base a las facultades otorgadas a la Corte en cuanto a control de constitucionalidad en los artículos 132 y 259 inciso 5, concluye que el máximo órgano jurisdiccional, cuando actúa en pleno, tiene la facultad de declarar inconstitucional una ley con efectos generales, dejando a la Sala Constitucional la competencia de resoluciones con efectos particulares<sup>69</sup>. Mendonça, por su parte, es contundente al afirmar que la Constitución limita los poderes en materia de control de constitucionalidad de la Corte Suprema, que, en consecuencia, no puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes con un efecto general<sup>70</sup>.

El exceso o desviación en el ejercicio de su competencia en ma-

<sup>67</sup> Idem.

<sup>68</sup> De Vega, Pedro, *La reforma constitucional*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 179.

<sup>69</sup> LEZCANO CLAUDE, Luis, *El control de constitucionalidad en el Paraguay*, Asunción, La Ley Paraguaya S.A. Editora, 2000.

<sup>70</sup> MENDONÇA, Juan Carlos, *La garantía de inconstitucionalidad*, Asunción, Litocolor S.R.L., 2000.



teria de control de constitucionalidad, ha llevado a la Corte Suprema de Justicia a tomar decisiones como las siguientes: reconocer como Presidente de la República a una persona que no fue electa en comicios, en violación a lo dispuesto en los artículos 230 y 234 de la Constitución; declarar que sus propios miembros duran en el cargo hasta la edad de jubilación, en contra de lo dispuesto en el artículo 252 de la Constitución; y suspender la vigencia de la mayor parte de los artículos de la Ley 1626/2000 *De la Función Pública*, por citar sólo algunos ejemplos.

Si bien, estos abusos del máximo tribunal de la República, han significado un duro golpe a la vigencia de la Constitución, desde el Poder Ejecutivo se han impulsado y aprobado leyes que destruyen los avances en materia de equilibrio de poderes, transparencia y control.

Entre muchos ejemplos, se destaca la Ley N° 5.102/13 *De promoción de la inversión en infraestructura pública y ampliación y mejoramiento de los bienes y servicios a cargo del Estado*, que concede poderes excepcionales al Ejecutivo, y sustrae del control del Congreso y del ente regulador de las contrataciones públicas, todo acto administrativo relativo a las llamadas alianzas público-privadas (APP).

Por su parte, la ley 5.036/13 que modifica y amplía los artículos 2º, 3º y 56 de la Ley 1337/99 *De defensa nacional y seguridad interna*, que permite la participación de las Fuerzas Armadas en asuntos de seguridad interna, significa un retroceso enorme en materia de control civil de la seguridad. Efectivamente, la declaración del estado de excepción prevista en el artículo 288 de la Constitución, establece el único supuesto en el que los militares pueden incursionar en el ámbito interno. Esta norma prescribe la necesidad de la autorización del Congreso para la implementación de esta medida; establece un límite temporal de sesenta días, prorrogables por periodos de treinta con autorización parlamentaria; mantiene la vigencia plena de la Constitución y particularmente del *hábeas corpus*; regula con precisión los poderes del Ejecutivo durante el mismo; le impone el deber de informar al Congreso; entre otras normas que garantizan los derechos de las personas, y que no se cometan excesos durante el estado de excepción.



En el caso de la Ley 5.036/13, sencillamente se habilita al Presidente a utilizar a las Fuerzas Armadas, en materia de seguridad interna, contra lo dispuesto en el artículo 173 de la Constitución, que limita las funciones de la Fuerzas Armadas a asuntos de defensa y las propias definiciones establecidas en la ley *De defensa nacional y seguridad interna*. En un texto escueto y redactado deficientemente, otorga al Presidente la facultad de recurrir a los militares sin las limitaciones previstas en el artículo 288 que regula el estado de excepción. El esfuerzo normativo, de rango constitucional, orientado a evitar abusos de las fuerzas públicas en situaciones excepcionales y puntuales de inseguridad, se ha convertido en letra muerta con la implementación de la ley 5.036 y su decreto reglamentario, el 103/13. Desde la vigencia del mismo, hace cuatro años, los departamentos del norte del Paraguay viven en un estado de excepción de hecho, permanente, inconstitucional, y sin ningún tipo de límites constitucionales. Una anomalía institucional que pone en tela de juicio la vigencia de la propia democracia en la región afectada.

Por su parte, la aprobación de la Ley 5.241/2014, *Que crea el Sistema Nacional de Inteligencia (SNI)* se encuadra igualmente en una concepción autoritaria de la seguridad, donde la defensa del poder político es el fin más relevante en la materia, por encima de los derechos de las personas. Así, una disposición de esa ley faculta a la Secretaría a interceptar comunicaciones privadas, fuera de un expediente o proceso judicial, por razones amplias como, por ejemplo, en casos de hechos que puedan afectar a la paz pública, un concepto sumamente vago que en consecuencia se presta a abusos. La única limitación al Poder Ejecutivo es la necesidad de contar con la autorización de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, al no haber una causa y un juez concretos, es poco, o nada, lo que puede hacer el máximo tribunal en materia de control efectivo. Esta normativa contradice además un procedimiento legal, reglado con detalles, para las interceptaciones de comunicaciones, que establece las garantías de la autorización y revisión de todo el proceso por parte de un juez.

Estas leyes citadas, propiciadas por el Poder Ejecutivo y aprobadas casi sin discusión por una mayoría coyuntural, coinciden en



que otorgan poderes excepcionales al Presidente, limitan o anulan las facultades de control de los demás poderes, restringen derechos y libertades y son completamente inconstitucionales.

La actuación de los Poderes Ejecutivo, Judicial, con la complicidad del Legislativo, han significado una clara ruptura del *contrato social* que supuso la Constitución del 92. En estas condiciones, el país corre el peligro de avanzar en un proceso de desconstitucionalización. Es decir, en palabras de Bidart Campos, un grado de mutación extrema que se produce “cuando total o fundamentalmente la Constitución escrita pierde vigencia y deja de ser Constitución material<sup>71</sup>”.

► EL DILEMA DEL PRESENTE: ¿REFORMA CONSTITUCIONAL O HACEMOS QUE LA CONSTITUCIÓN DE 1992 SE RESPETE?

En estos días le preguntaron a un político, no recuerdo a quién, qué opinaba de la reforma constitucional, tan mentada desde hace unos años. Él respondió: ¿y si empezamos por respetar la que tenemos?

La Constitución de 1992 marcó un hito en la historia constitucional paraguaya. Su sanción significó un avance sin precedentes en materia de consagración de derechos, de libertades y garantías; en el establecimiento de un régimen democrático y con un sistema de separación de poderes que superaba la primacía presidencial propia de la tradición anterior; y en la definición de nuestro país como un Estado social de derecho.

Además, en los primeros años tras su promulgación, estableció el marco para transformaciones sin precedentes que permitieron la reforma de la justicia, del sistema electoral, el sometimiento de las Fuerzas Armadas a la autoridad civil, la implementación de nuevos mecanismos de control para enfrentar a la corrupción, el desarrollo de programas orientados a combatir la pobreza y las inequidades y la promoción de los derechos de la mujer.

Es cierto también, que con posterioridad a esos avances, se inició un proceso de involución que ha dañado seriamente la institucionalidad de nuestro país e inclusive propiciado un peligroso

<sup>71</sup> BIDART CAMPOS, Germán, Lecciones elementales de política, Buenos Aires, Ediar, 1991, p. 405.



proceso de desconstitucionalización que en gran medida ha convertido en letra muerta a una parte importante de las principales normas que definen nuestra Constitución.

Estos retrocesos coinciden con una crisis política y social, debido al crecimiento de la pobreza y el desempleo; de la violencia, de la criminalidad y de las organizaciones criminales; de las inequidades sociales; la crisis en el campo; y la exclusión de una gran parte de la población de un modelo económico que es próspero para unos pocos pero que no incluye a la mayoría de nuestros compatriotas.

Las tensiones políticas, la ausencia de diálogo y de acuerdos entre los distintos actores políticos y sociales, el enfrentamiento entre los poderes del Estado y la falta de coordinación, generan además las condiciones propicias para el descreimiento en las instituciones y la notable disminución de la confianza en la democracia. A esto se suma la creciente presencia de personas vinculadas al crimen organizado en sus diversas formas en las más altas esferas del poder, lo que compromete la vigencia misma de nuestras instituciones y la viabilidad de Paraguay como país.

Estos males son habitualmente atribuidos a la democracia y a la Constitución. De hecho, ambas están estrechamente vinculadas a un proceso que debió culminar en la instauración de una democracia plena. Que esto no haya ocurrido no es culpa de la transición y menos aún del texto constitucional vigente. Al contrario, los avances que se han producido se deben en gran parte a las innovaciones constitucionales y al contexto de un periodo único de libertades y democracia en Paraguay. Asumiendo que como toda obra humana la Constitución vigente tiene errores, éstos no son la causa de su mala aplicación. Las deficiencias del texto constitucional no son lo suficientemente graves como para descalificarlo en su conjunto. Muchos puntos polémicos deberían haber sido superados sin problemas con una interpretación rigurosa y honesta desde el punto de vista intelectual, algo que no sucedió debido a la mediocridad de nuestra justicia y a las prácticas corruptas de sus operadores.

En consecuencia, estamos más bien ante una crisis de cultura y valores políticos más que ante un problema constitucional. Coincidió con que un debate sobre una eventual reforma es necesario, y



a lo mejor nos lleve a decidir el inicio de un proceso constituyente. Sin embargo, no creo que una nueva Constitución solucione los problemas políticos del país. Si los actores políticos y los operadores jurídicos se han ocupado de impedir la plena vigencia de la Constitución de 1992, es poco probable que una nueva corra mejor suerte.

En este contexto, antes que una reforma constitucional, frente a un modelo agotado, que ha fracasado, es fundamental iniciar el camino hacia un nuevo Pacto Social. Tenemos que superar el *pecado original* de nuestra transición, cuando permitimos la instauración de una democracia que fue impuesta desde el poder, sin diálogo ni entendimientos entre los actores políticos y sociales y sin participación ciudadana. Este proceso de espaldas a la gente, se inició sin acuerdos siquiera básicos sobre un nuevo modelo de país, sobre el alcance de la democracia, y la definición de políticas de Estado sobre los problemas que nos afectan como sociedad. No debe extrañar que una transición improvisada, liderada por quienes habían acompañado al dictador y querían mantener sus privilegios, excluyendo a quienes lucharon por la libertad, nos haya dado una democracia de baja calidad.

En este contexto, la Constitución sin lugar a dudas debe ser parte de ese nuevo *contrato social*, ya sea en la forma de consensos sobre su significado y el compromiso de su vigencia irrestricta; o para iniciar un proceso de reforma que debe ser posterior a los acuerdos que se alcancen para dar un impulso definitivo al proceso democratizador, con un amplio consenso social.

Es probable que lo segundo sea lo más acertado. Más allá de la valoración teórica de los aciertos de la Constitución de 1992, las sucesivas mutaciones han avanzado tanto que se ha alcanzado un estado de desconstitucionalización grave. Además, la crisis política y social, y la frustración ciudadana ante el fracaso de la política, han llevado a altos niveles de descreimiento y rechazo, no sólo a la Constitución sino al sistema democrático mismo. En este contexto, resulta lógico que muchos piensen en una reforma constitucional como una solución a tantos males.

Sin embargo, esto no nos debe llevar a repetir errores, no es-



tamos ante un problema jurídico-constitucional, sino ante uno de orden político. No fracasaron los constituyentes que redactaron la Constitución sino los actores políticos que lideraron el proceso de la transición, por falta de visión en algunos casos, en muchos por una vocación autoritaria que desprecia la institucionalidad y la democracia. Como dijeron observadores de la época al referirse a la Constitución de Weimar de 1919, ampliamente reconocida desde el punto de vista formal, y que sin embargo llevó a Alemania al totalitarismo tras la llegada de Hitler al poder, la Constitución de 1992 estableció una democracia en un país sin demócratas, al menos sin suficientes líderes políticos y sociales con una alta convicción democrática.

Los problemas de cultura política y la falta de vocación institucional no van a ser resueltos desde las leyes. Estas pueden ayudar, pero no solucionarlos. Por eso un primer paso debe ser un nuevo *contrato social*, que determine las condiciones básicas que van a definir el modelo político de convivencia en democracia. Un segundo paso, es determinar, en base a lo anterior, si una reforma es necesaria, y en ese caso si la misma debe ser total o parcial. Esto debe partir de la enumeración de los problemas que se pretenden resolver y un análisis riguroso de las causas de los mismos. A partir de ahí, el estudio de reformas efectivas para atacar esas causas. El error a la hora de determinar los defectos de la Constitución o sus causas, pueden llevar a cambios que no solamente van a carecer de eficiencia para enfrentar los problemas que se plantean, sino que además pueden tener efectos negativos en el resto del sistema legal. En este contexto no se debe descartar la posibilidad de corregir las deficiencias y mutaciones de la Constitución vigente, mediante el desarrollo legislativo y el retorno a una correcta interpretación de sus normas.

En conclusión, hacia un nuevo contrato social: reformas que no se limiten a cambios dentro del modelo, sino a cambiar el modelo mismo para construir una democracia plena

Ante la inminencia de una eventual reforma, varios son los temas que se han mencionado en agenda, a pesar que el más recurrente y motivo de frecuentes y en algunos casos trágicas crisis políticas, ha sido el remanido asunto de la reelección, particular-



mente vía enmienda constitucional. De todas formas, podemos decir que hay tres tipos de disposiciones que deben ser analizadas:

En primer lugar, aquellas que se refieren a errores en la redacción, que generan contradicciones o redundancias, e incluso las que son consecuencia de equivocaciones en la redacción del texto final, y que se pretendieron subsanar con una fe de erratas, remitida cuando la Constituyente ya no estaba en funciones, y que por lo tanto no tiene valor. Un ejemplo de este primer tipo de problemas se da en los artículos 183.3 y 224.5, ambos facultan en forma exclusiva a autorizar el ingreso de tropas extranjeras, al Congreso y a la Cámara de Senadores respectivamente, o sea son normas que se contraponen y generan una situación que definitivamente requiere una corrección.

En segundo lugar, están los problemas de las mutaciones constitucionales, es decir aquellos cambios constitucionales que no se realizan por los mecanismos correspondientes, sino como consecuencia del abuso en el ejercicio de competencias judiciales, legislativas e incluso ejecutivas. En este apartado se incluyen temas como el de la sucesión presidencial en caso de vacancia (arts. 233 y 234); de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad (art. 260); la duración del mandato de los magistrados judiciales (art. 252); y el recurrente problema de los límites de la enmienda como procedimiento de reforma constitucional (art. 290), entre otros, que podrían ser resueltos con leyes ordinarias o una revisión de la jurisprudencia, pero que en términos políticos requieren un debate amplio, y sobre todo un consenso social.

En tercer lugar, se encuentran las reformas más importantes, las que hacen al modelo de Estado y al régimen político<sup>72</sup>. Requieren un debate sumamente complejo que debe analizar los problemas institucionales del país con relación al texto constitucional y, sobre todo, encontrar las reformas sistémicas que sean más efectivas de conformidad con nuestra cultura política.

En este apartado no puede faltar la reforma del Poder Judicial y del sistema de justicia en general. Uno de los principales reclamos

<sup>72</sup> En palabras de Lucio LEVI por régimen político "se entiende el conjunto de las instituciones que regulan la lucha por el poder y el ejercicio del poder y de los valores que animan la vida de tales instituciones" (Régimen político, en N. Bobbio, N. Matteucci y G. Pasquino, Diccionario de Política, México, siglo veintiuno editores, s.a., 1991).



ciudadanos se da en esa materia. A pesar de los avances iniciales con la aplicación de la Constitución de 1992, a la fecha tenemos un Poder Judicial ineficiente, sometido al poder político, corrupto y caro. Lo mismo se puede afirmar del Ministerio Público. Este debate resulta complejo, obviamente no se puede volver al sistema anterior, si bien el que tenemos terminó en el fracaso. Probablemente el camino adecuado sea el fortalecimiento de la carrera judicial basada en concursos y méritos como parte de un proceso para alcanzar una justicia profesional e independiente.

Se ha señalado con anterioridad la incapacidad, durante la transición, de acabar con elementos que constituyeron el esquema que sostuvo a la dictadura en el poder, que en democracia perduran de una manera atenuada, pero con suficiente fuerza para impedir que se consolide un sistema electoral plenamente competitivo y sostener un sistema de partido predominante. Esto ha generado distorsiones en los procesos electorales y en consecuencia en la representación política. Un sistema electoral que no es justo no puede producir un sistema de gobierno eficiente y estable.

En consecuencia, el debate principal en torno a un nuevo *contrato social* y una eventual reforma constitucional, gira fundamentalmente en torno al régimen político, es decir al conjunto de instituciones que determinan como se llega al poder y como se lo ejerce. Esto implica debatir el sistema de partidos, el sistema electoral y la forma de gobierno. Son tres sistemas que deben funcionar de manera coherente, ya que se relacionan entre sí de distintas maneras. En efecto, Duverger fue uno de los primeros que estudió con profundidad a los partidos políticos y a los sistemas de partidos, y concluyó que existen relaciones entre estos y los sistemas electorales. Estas conclusiones se resumen en las llamadas leyes de Duverger<sup>73</sup> que fueron posteriormente reformuladas por Sartori<sup>74</sup>. Estas leyes revelan relaciones, como las siguientes: un sistema electoral mayoritario va a propender a generar un sistema de partido bipartidista, así como un sistema electoral proporcional va a favorecer un sistema de partido plural. Igualmente, los sistemas electorales influyen en los sistemas de gobierno. Así, un sistema mayoritario

<sup>73</sup> Cfr. DUVERGER, Maurice, ob. cit.

<sup>74</sup> Cfr. SARTORI, Giovanni, ob. cit.



va a generar un gobierno más estable pero menos representativo; mientras, en general, un sistema proporcional garantiza una mayor pluralidad, en algunos casos en desmedro de la gobernabilidad.

En consecuencia, las decisiones que se tomen al definir cada uno de estos tres sistemas necesariamente tendrán consecuencias en los demás. Por esta razón, en primer lugar, es necesario estudiar las particularidades, fortalezas y defectos de la normativa vigente en la materia. La inestabilidad política, los problemas de gobernabilidad y la crisis de representatividad, señalan que nuestras deficiencias políticas y constitucionales van más allá de los artículos mal escritos de la Constitución y se centran en decisiones que hacen a la ingeniería del régimen político vigente.

Este trabajo, por supuesto, exige un ejercicio intelectual riguroso y el concurso de las mejores mentes de nuestro país. Pero, sobre todo implica asumir posiciones políticas que van a determinar la manera de tomar decisiones en forma colectiva en el futuro, en el marco del objetivo de alcanzar una democracia plena.

En ese contexto, nos tenemos que hacer varias preguntas, y estar dispuestos a un debate que vaya mucho más allá de las posiciones políticas que han dominado la historia constitucional de nuestro país. Se trata de pensar no sólo en lo que podemos cambiar dentro del sistema sino en el cambio del sistema mismo, partiendo de la base que esto implica el estudio y la modificación de tres sistemas estrechamente relacionados entre sí.

Muchos problemas que se han analizado en este trabajo, son propios de la región. La inestabilidad política y la crisis del sistema han sido estudiados en diversos trabajos ante la evidencia de decenas de casos recientes de presidencias interrumpidas<sup>75</sup> por diferentes razones, distintos procedimientos, pero siempre en el marco de un conflicto político que no pudo ser resuelto por medios institucionales. En ese contexto, existe un debate que lleva décadas sobre la conveniencia de pensar en el sistema parlamentarista como una respuesta a las tensiones políticas y sociales que no han sido bien resueltas en nuestros tradicionales regímenes presiden-

<sup>75</sup> Cfr. PÉREZ LIÑÁN, Aníbal, *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2009 y VALENZUELA, Arturo, *Presidencias Latinoamericanas interrumpidas*, en *América Latina Hoy*, Madrid, Ediciones Universidad de Salamanca, 2008.



cialistas, propios de la corriente continental que sigue los lineamientos establecidos en la *Constitución de los EE.UU.* Las posiciones están claramente divididas<sup>76</sup> y la propuesta no ha sido planteada en forma seria en ninguno de los procesos constituyentes de estas décadas. La introducción de la figura del Primer Ministro en el Perú o del Jefe de Gabinete en la Argentina, no significa que se sumen elementos propios del parlamentarismo a esos sistemas políticos, sino simplemente ubicar en el centro del Poder Ejecutivo, por debajo de la Presidencia, a un jefe de ministros que pueda ser usado como fusible en casos de crisis. Valenzuela, por citar a uno de los teóricos del tema que con más énfasis ha defendido la tesis del cambio de sistema<sup>77</sup>, ha planteado concretamente las ventajas de un sistema parlamentarista a partir de la experiencia chilena. Valenzuela concluye que las crisis políticas sucesivas que terminaron con el golpe del 73, se podrían haber resuelto y la democracia no se habría interrumpido, en el marco de un régimen parlamentario<sup>78</sup>.

La lógica de este razonamiento es muy sencilla, en un sistema presidencialista un conflicto entre poderes se resuelve siempre de una manera traumática. O con el bloqueo recíproco, o la destitución del Presidente, o con un golpe desde el Ejecutivo o el Legislativo. Queda, en consecuencia, poco margen para buscar salidas institucionales. Sin embargo, en el parlamentarismo, la legitimidad del Gobierno<sup>79</sup> descansa en un Parlamento elegido por medio del sufragio, que tiene que dar el voto de confianza a quien se postule para Jefe de Gobierno para que éste pueda entrar en funciones. En caso de conflicto, en el sistema parlamentario quedan dos opciones, el cese del Gobierno mediante el voto de censura o la convocatoria a elecciones anticipadas para elegir a un nuevo Parlamento que designe un nuevo gobierno. En ambos supuestos no se producen quiebres ni rupturas. La continuidad de las instituciones se mantiene

<sup>76</sup> Cfr. NOHLEN, Dieter, Presidencialismo versus parlamentarismo: dos enfoques contrapuestos, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

<sup>77</sup> Cfr. VALENZUELA, Arturo, Hacia una democracia estable: la opción parlamentaria para Chile, en *Revista de Ciencia Política*, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1985, donde realiza un estudio de la situación chilena, y como un sistema parlamentarista podría haber evitado el golpe del 73 y la interrupción de la democracia.

<sup>78</sup> En Paraguay, MENDONÇA BONNET, Juan Carlos, ha planteado el debate sobre este tema en su ensayo: *Del sistema presidencial al sistema parlamentario*, en E. Camacho y L. Lezcano Claude, *Comentario a la Constitución Tomo II, Asunción, Corte Suprema de Justicia*, 2002.

<sup>79</sup> Tomado el concepto de gobierno en su concepción europea, propia del sistema parlamentarista, como equivalente al Poder Ejecutivo, es decir Jefe de Gobierno y Gabinete de Ministros.



con un gobierno en funciones, hasta que se elija otro, y mediante la Jefatura de Estado, que intercede entre los sectores políticos a los efectos de alcanzar acuerdos para zanjar las diferencias.

Por supuesto el problema no es sencillo. Hemos visto que, en Europa, la atomización de partidos ha llevado a España, recientemente, a un periodo de incertidumbre en el que ningún partido alcanzaba la mayoría para formar gobierno. Se llegó al extremo de tener que repetir las elecciones. Además, un cambio de sistema de gobierno, implica partidos con programas y representantes que los defiendan de una manera disciplinada. Sin partidos fuertes es imposible tener un gobierno estable en el sistema parlamentarista. Demás está decir, que para que esta reforma sea posible, previamente nuestros partidos deben pasar por profundas transformaciones, no sólo institucionales, sino sobre todo de cultura política, donde se comprenda que la institucionalidad de la agrupación es más relevante que las ambiciones y liderazgos personales. Dada la complejidad del tema, se puede concluir que un debate sobre una eventual reforma del sistema de Gobierno es necesario, que el parlamentarismo es una opción que se debe estudiar, en conjunto con las reformas del sistema de partidos y del sistema electoral, y que finalmente existen opciones intermedias que también deben ser analizadas, como el sistema semi-parlamentarista o el semi-presidencialista, las diferencias entre ambos son mínimas. Sartori propone además una variante original en su libro *Ingeniería constitucional comparada, el presidencialismo alternado*<sup>79</sup>. No conozco ningún país que haya optado por ese sistema, pero la idea es interesante.

Para finalizar, no puedo dejar de recordar que la Constitución de 1992 y el proceso democratizador iniciado en 1989, aún con sus fragilidades e imperfecciones, con sus avances y retrocesos, con sus recurrentes crisis y tensiones, nos han dado un periodo único de libertades en la historia, y lo más significativo, la primera alternancia democrática y pacífica en el poder en dos siglos de vida independiente.

Esto evidencia que la construcción de una democracia plena es posible en Paraguay, las reformas institucionales e incluso la revi-

<sup>80</sup> Sartori, G. ob. cit.



sión de la Constitución constituyen una materia pendiente, pero finalmente la participación y la consolidación de una cultura política del respeto a las instituciones, son esenciales para transformaciones verdaderas.

Para alcanzar una democracia, se necesitan verdaderos demócratas, y que sean mayoría.

Asunción, agosto de 2017.

#### TRABAJOS CITADOS

- ABENTE, Diego (1996). Sistemas de Partidos Hegemónicos en Transición. Un sistema de partido en transición: el caso de Paraguay. En Scott Mainwaring, La Construcción de Instituciones Democráticas: Sistemas de Partidos en América Latina (págs. 245-262). EE.UU.: Stanford University.
- ABENTE, Diego (2014). El régimen Stronista. Asunción, Paraguay: El Lector.
- BARREDA, Mikel, y COSTAFREDA, Andrea (Mayo de 2002). La institucionalidad política paraguaya: capacidades y desafíos para la gobernabilidad democrática. En Instituciones y desarrollo(11), 167 -194. Barcelona: Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya-IG.
- BENÍTEZ FLORENTÍN, Juan Manuel (1997). El Estado social de derecho. En Emilio Camacho, y Luis Lezcano Claude, Comentario a la Constitución (págs. 13 - 26). Asunción: Corte Suprema de Justicia.
- BIDART CAMPOS, Germán (1991). Lecciones elementales de política. Buenos Aires: Ediar.
- BRYCE, James (1988). Constituciones flexibles y constituciones rígidas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CAMACHO, Emilio (1990). Constitución y estado de excepción. Asunción, Paraguay: La Ley Paraguaya S.A.
- CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2017). Informe 2016. Santiago de Chile: Corporación Latinobarómetro. Obtenido de [www.latinobarometro.org](http://www.latinobarometro.org): <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>
- DAHL, Robert A. (1992). La democracia y sus críticos. Barcelona: Paidós.
- DE BLAS GUERRERO, Andrés (1988). Estado, nación y gobierno. En Manuel Pastor, Ciencia Política (págs. 51 - 74). Madrid: Mc Graw - Hill.
- DE VEGA, Pedro (1991). La reforma constitucional. Madrid: Tecnos.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe (1991). Constitución. En Norberto Bobbio, Nicola Mateucci, y Gianfranco Pasquino, Diccionario de Política (Vol. 1, págs. 323 - 335). México: siglo veintiuno editores, s.a.
- DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICAS ENCUESTAS Y CENSOS (2016). Principales resultados de pobreza y distribución de ingresos. Dirección General de Estadísticas Encuestas y Censos.
- DIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICAS ENCUESTAS Y CENSOS (s.f.). Nuevas series de pobreza en Paraguay. Recuperado el 23 de agosto de 2017, de <http://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/eph2016/Presentacion%20nuevas%20series%20de%20pobreza%20final.pdf>
- DUVERGER, Maurice (2004). Los partidos políticos. México: Fondo de Cultura Económica.
- FARINA, Bernardo N. (2003). El último supremo (4ª edición ed.). Asunción, Paraguay: El Lector.
- FILIZZOLA, Rafael (2010). La seguridad en Paraguay: situación actual y desafíos. En Bernardo Kliksberg, Inseguridad ciudadana ¿cómo mejorarla? (págs. 37 - 42). Buenos Aires: Pearson.
- FILIZZOLA SERRA, Rafael (mayo-diciembre de 2003). Una década de democracia. Revista Paraguaya de Sociología(117/118), 113-153. Asunción: Centro Paraguayo de Estudios Sociológicos
- FILIZZOLA SERRA, Rafael (2010). La consolidación de la democracia en Paraguay. En VIII Curso para Diplomatas Sul - Americanos (págs. 155 - 189). Brasilia: Fundação Alexandre de Gusmão .
- FILIZZOLA SERRA, Rafael (2016). Partidos políticos: regímenes de financiación y control. Revista Jurídica, 659-682.
- FILIZZOLA SERRA, Rafael (2017). La seguridad en una sociedad en transición a la Democracia. Revista Jurídica UniNorte(10), 233 - 273.
- HUNTINGTON, Samuel P. (1994). La tercera ola. Buenos Aires: Paidós.
- KELSEN, Hans (2012). Teoría pura del derecho. Buenos Aires: Eudeba.
- LEVI, Lucio (1991). Régimen político. En Norberto Bobbio, Nicola Mateucci, y Gianfranco Pasquino, Diccionario de Política (Vol. 2, págs. 1362 - 1366). México: siglo veintiuno editores, s.a.
- LEWIS, Paul (1986). Paraguay bajo Stroessner (1ª edición en español). México, México: Fondo de Cultura Económica.
- LEZCANO CLAUDE, Luis (2000). El control de constitucionalidad en el Paraguay. Asunción: La Ley Paraguaya S.A. Editora.
- LUCAS VERDÚ, Pablo (1988). La teoría constitucional de James Bryce. En James Bryce, Constituciones flexibles y constituciones rígidas (págs. VII-XVII). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- MAINWARING, Scott, y Pérez Liñán, Anibal (enero de 2016). La democracia a la deriva en América Latina. POSTData, 20(2), 267-294.
- MARTINI, Carlos, y YORE, Myriam (1998). La corrupción como mecanismo de reproducción del sistema político paraguayo. Asunción, Paraguay: CIDSEP.
- MENDONÇA, Daniel (2000). Estado social de derecho. Asunción, Paraguay: CIDSEP.
- MENDONÇA, Daniel (2005). Corrupción. Un estudio sobre la corrupción en el Paraguay. Asunción: Intercontinental Editora.
- MENDONÇA, Daniel (2008). Análisis constitucional. Una introducción. Asunción: Intercontinental.
- MENDONÇA, Daniel (2012). Apuntes constitucionales. Asunción: Intercontinental Editora.
- MENDONÇA, Juan Carlos (2000). La garantía de inconstitucionalidad. Asunción, Paraguay: Litocolor.





## La participación femenina en cargos públicos de elección popular dentro del ordenamiento jurídico nacional

María Elena Wapenka Galeano <sup>1</sup>

### ► SUMARIO

*El presente artículo ofrece una visión panorámica sobre las posibilidades y limitaciones de la participación femenina en política, sea como electora, sea como candidata a ocupar cargos públicos, especialmente en aquellos de elección popular en el ordenamiento jurídico nacional destacando la existencia de obstáculos institucionales sin olvidar los culturales. La ponencia ha considerado pertinente mencionar los esfuerzos encarados por organismos de la sociedad civil para que la participación en política adquiera más igualdad sustantiva a través del proyecto de ley de paridad democrática, iniciativa que cuenta con el acompañamiento del Tribunal Superior de Justicia Electoral a través de su unidad de género*

### ► ABSTRACT

*The current article shows a panoramic view about the possibilities and restraints of female participation in politic charges as voter as a candidate to hold public offices in national law especially those whose requires popularly election highlighting institutional obstacles not forgetting those coming from culture. This paper founds relevant to point out the efforts faced up by civil society organisations in order to acquires political involvement more susbtantive equality through a draft law of democratic parity initiative which is supported by the Tribunal Superior de Justicia Electoral throughout his Gender Unit.*

La reflexión en torno al tema en cuestión debe comenzar reconociendo los avances existentes en Latinoamérica en las últimas décadas, en cuanto al acceso de las mujeres a cargos relevantes en el Estado. Esta serie de reivindicaciones se da en dos dimensiones: la primera, en lo que hace la designación del estamento femenino

<sup>1</sup> Abogada, Licenciada en Pedagogía y Filosofía; Notaria y Escribana Pública por la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción". Magistrada electoral desde 1998. Miembro del Tribunal Superior de Justicia Electoral desde 2013, representó a la institución como disertante y observadora en varios foros y elecciones.



a puestos importantes en el Estado; la segunda, su acceso a cargos de elección popular.

En la primera dimensión y principalmente en lo concerniente con la administración de justicia, si bien desde hace un tiempo existen juezas y camaristas en la judicatura nacional, no hace mucho que las mujeres accedieron a integrar la Corte Suprema de Justicia, pese a que el esquema vigente tiene andamiaje desde 1994, año en que quedó conformada la máxima instancia jurisdiccional acorde a las prescripciones de la Constitución Nacional.<sup>2</sup>

Asistimos así a un empoderamiento femenino que ha venido ganando espacio paulatinamente, aunque debemos reconocer que no en la forma deseada. Tal es el caso que, luego de diez y ocho años de vida institucional, el Tribunal Superior de Justicia Electoral, máxima instancia de resolución de conflictos electorales y órgano encargado de organizar los comicios nacionales, departamentales y municipales, logra por primera vez su primera miembro.

En cuanto a la segunda dimensión, el de la participación en política, conviene proseguir el análisis desde el punto de vista de la participación de las mujeres en cada una de las elecciones hasta aquí organizadas como electoras. Si bien existía en un comienzo una gran diferencia entre hombres y mujeres en materia de inscripciones al Padrón Nacional adquiriendo preponderancia los primeros, en los últimos años ha venido minimizándose la distancia entre ambos existiendo, para las elecciones municipales de 2015, una integración casi paritaria con 48,5% de mujeres frente al 51,2% de varones (Justicia Electoral, 2015, p. 130). Y en lo que respecta a la votación en los referidos comicios –los últimos llevados a cabo en todo el país– el porcentaje total de participación femenina alcanzó 57,23% superando levemente al 55,87% de los hombres.<sup>3</sup>

Lo señalado conduciría a afirmar que en nuestra sociedad la mujer goza de irrestricta participación y se halla representada con

<sup>2</sup> El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la participación política de las mujeres en las Américas señala en su capítulo dedicado al Poder Judicial, lo siguiente: "En cuanto a la participación y representación de las mujeres en las instancias de justicia, la CIDH observa que las mujeres están ocupando cargos en tribunales de primera, segunda y tercera instancia, así como en posiciones administrativas. (...) Sin embargo (...) el progreso de las mujeres en este ámbito es muy lento, heterogéneo y diverso en la región existiendo poca presencia de las mujeres en posiciones de toma de decisiones en los tribunales superiores y cortes constitucionales de los países americanos."

<sup>3</sup> Esta leve ventaja de participación femenina es una constante desde las municipales de 2001, teniendo a acrecentarse la diferencia en beneficio de las mujeres.



suficiencia en los estamentos decisionales. Penosamente, esto no es del todo cierto.

Ciertamente, no puede desconocerse que en materia de participación de mujeres como candidatas a puestos públicos de elección popular, aspecto en que pretendemos centrarnos, el escenario a nivel regional ha reportado avances con relación a la primera mitad del siglo XX incrementándose significativamente no sólo el número de damas en la composición, primero, y en la integración, después, de los escaños parlamentarios, sino que en algunos países llegaron a ocupar la mismísima presidencia de la República, como ocurrió en Panamá, Chile, Argentina, Costa Rica y Brasil. En efecto, en los últimos quince años existe una evidente tendencia de acrecentarse la presencia de mujeres en las elecciones presidenciales, aunque su éxito resulte bastante dispar en la región entre los respectivos países (Kouba; Poskolikova, 2014, p. 19)

Circunscribiéndonos al Paraguay y haciendo un poco de historia, desde la presentación del primer proyecto de ley que pretendía reconocer el derecho al sufragio de las paraguayas, en el año 1919, se tuvo que esperar hasta el año 1961 para que se lo aprobara como ley. Para las elecciones llevadas a cabo inmediatamente después, dos mujeres accedieron a bancas parlamentarias (Soto; 2015, pág. 13). Se trata de las señoras Dolores de Miño y Bienvenida de Sánchez, electas en 1963 como las primeras congresistas por el Partido Colorado.

A partir de allí, la participación femenina en las candidaturas a cargos de elección popular por mucho tiempo no fue demasiado importante hasta 1996, año en el cual se sanciona un nuevo Código Electoral (Ley Nro. 834). Este cuerpo de normas prevé por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico una muy importante conquista para las mujeres: la denominada “cuota de género”, dispositivo que exige un número mínimo de mujeres en la lista de candidatos propuesta por las fuerzas políticas. Este dispositivo ha probado ser en América Latina un mecanismo efectivo para aumentar en forma rápida la presencia femenina en el Poder Legislativo.<sup>4</sup> El art. 32, inciso

<sup>4</sup> La tendencia general muestra que en los países de la región que han implementado estos mecanismos las mujeres constituyen, en promedio, el 20,3% de los congresistas, mientras la proporción es sólo el 13,7% en los países restantes



r) del mencionado cuerpo de leyes, establece, entre las materias a ser obligatoriamente previstas por los estatutos o cartas orgánicas de los partidos políticos, la de incluir un porcentaje no inferior al 20% de mujeres en las listas de candidatos a cargos pluripersonales, así como “...el nombramiento de una proporción significativa de ellas en los cargos públicos de decisión...”<sup>5</sup>.

Es dable destacar que la norma de referencia no se limita a garantizar cierto porcentaje en las listas sino que establece lo conocido en doctrina como el “mandato de posición”, al prescribir seguidamente que “...la postulación interna como candidatas deberá darse razón de una candidata mujer por cada cinco lugares en las listas, de suerte que este estamento podrá figurar en cualquier lugar pero a razón de una candidata por cada cinco cargos a elegir. Cada partido, movimiento o alianza propiciador de lista queda en libertad de fijar la precedencia...” Finalmente, el inciso en cuestión prevé como penalidad por el incumplimiento de esta medida “...la no inscripción de sus listas en los Tribunales electorales respectivos...” sanción que de alguna manera conmina desde entonces a los dirigentes partidarios a observar la norma a la hora de confeccionar sus listas de candidatos.<sup>6</sup>

Como resultado de la vigencia de esta norma, para el año 2015 diecisiete partidos tienen incorporada la cuota de género en sus estatutos, en porcentajes que van desde el 20% a la paridad (50%). Siete de ellos tienen establecida la paridad si bien el PPS la establece sólo para el 30% inicial de la lista, el PIA habla de proporción igual no de paridad, y el PRF deja resquicios para su incumplimiento, cuando dispone que “...si no fuera posible alcanzar este porcentaje las listas no podrán ser conformadas por más del 70% de personas del mismo sexo...” (Soto; 2015, pág 13).

A raíz de lo señalado, el porcentaje de postulación femenina en candidaturas de lista ha ido creciendo. Así, en candidaturas a miem-

<sup>5</sup> En la ley electoral anterior, Código Electoral de 1990, se limitaba a exigir la previsión en los estatutos de: “...p) medidas apropiadas para la promoción de la mujer a cargos electivos...”

<sup>6</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha observado que la falta de obligatoriedad en las cuotas de género disminuye el incentivo de los partidos políticos para presentar candidaturas femeninas y promover la paridad en la representación de hombres y mujeres. En el caso de Chile, donde las cuotas de género son voluntarias, la Comisión Interamericana de Derechos ha notado que “...en cinco elecciones parlamentarias ocurridas entre 1989 y 2005, los seis partidos que integran las dos coaliciones políticas principales del país presentaron listas conformadas en un 90,3% por varones, a pesar de que tres partidos cuentan con medidas voluntarias de cuotas...” CIDH, Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: La Igualdad en la Familia, el Trabajo y la Política, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 63, 27 marzo 2009, párr. 114, citado en “El camino hacia una democracia sustantiva: La participación política de las mujeres en las Américas” 2011, pág. 71.



bros de juntas municipales, de un porcentaje de 26,4% en las elecciones de 2001, ha aumentado a 36,8% en las municipales de 2010. En lo relativo a elecciones generales, como la del año 2013, tanto para cargos uninominales como pluripersonales, el porcentaje de participación de mujeres se ha mantenido alrededor del 38,37%, que representa incluso un ligero avance con relación al mismo tipo de elección anterior, en abril de 2008, donde se registró un 35,94%.

No obstante, dichos porcentajes contrastan demasiado con las candidaturas masculinas que se han mantenido por arriba del 60%. Es decir, pese al avance comentado, la proporción de mujeres que se presentan como candidatas sigue siendo baja y su elección aún más baja, lo cual es más ostensible en candidaturas uninominales como las intendencias. Así, en un promedio histórico de las tres últimas elecciones municipales, solo el 6% de los intendentes electos son mujeres en los más de 230 municipios del país.<sup>7</sup>

Y esto es así puesto que el deber de respetar un porcentaje o cuota a favor del estamento femenino solo es exigible a nivel interno partidario, no así a la hora en que las fuerzas electorales presenten sus listas definitivas de candidatos a puestos de elección popular. Como lógica consecuencia, esto reduce las chances de elección de mujeres a cargos municipales, departamentales y nacionales. De esta manera, no sólo el porcentaje mínimo del 20% sino tampoco el mandato de posición tienen aplicabilidad y, en consecuencia, se acostumbra relegar a las mujeres a los últimos lugares en las listas lo cual no les ofrece mucha garantía de ser electas si se tiene en cuenta que por el principio de reparto proporcional que emplea la fórmula d'Hondt, vigente en nuestro sistema electoral, solo alcanza a designar a los primeros lugares en las listas que siempre son ocupados por varones. En otras palabras, si bien hoy las candidaturas de lista se hallan compuestas por más mujeres, la posición que ocupan en ella nunca fue demasiado ventajosa como para alcanzar escaños o bancas.<sup>8</sup> Así, en lo que refiere

<sup>7</sup> En las municipales de 1996, los primeros comicios organizados por la Justicia Electoral, de 221 intendentes electos, apenas 7 fueron mujeres. En las elecciones generales de 2008 este número aumentó a 11, en el 2006 a 13 y en las municipales de 2010, de 238 intendentes electos 18 fueron representantes del estamento femenino. Memoria y Estadística Electoral. Justicia Electoral. Publicaciones hechas en los años de referencia.

<sup>8</sup> En la Cámara de Senadores, una mujer fue electa por cada 183 candidatos/as, mientras que entre los hombres un candidato fue electo por cada 46. Los datos también muestran que la elección de mujeres en general registró un crecimiento porcentual de 4% entre las elecciones de 1998 a 2003 y de 2003 a 2008, no así en el último periodo de 2008 a 2013, donde se mantuvo en un promedio de 16,7%.



a miembros de juntas municipales, aunque se haya observado un aumento en las candidaturas femeninas de 2006 a 2010 a razón de tres veces más en el caso de los hombres y casi cuatro de entre las mujeres, esto no se vio reflejado en el número de mujeres que fueron electas revelando esto insuficiencias del sistema por garantizar igualdad en el acceso a los cargos públicos de elección popular. En las elecciones municipales de 2015, últimas organizadas por la Justicia Electoral, el porcentaje de mujeres electas trepó a 10,40% para cargos de intendente y 20,91% para cargos de concejales. (Memoria y Estadística Electoral; 2015, pág. 156 y 160).

Otro dato que corrobora lo afirmado es el alto porcentaje de elección de mujeres como suplentes, lo que demuestra que éstas son relegadas más a la suplencia que a la titularidad.

En estas condiciones, la cruda realidad da cuenta que el Paraguay aún se halla distante de alcanzar una sociedad en donde la igualdad entre hombres y mujeres sea sustantiva. Es por eso que diversos grupos se movilizan no solo en pos de modificar las limitaciones legales que afianzan un modelo excluyente a las mujeres sino también de erradicar del imaginario social el menosprecio ancestral hacia las mismas.

Una de las iniciativas defendidas dentro de esta serie de medidas lo constituye el proyecto de ley de paridad democrática, concepto entendido como dispositivo que busca garantizar la participación y representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de elección popular. En sentido estricto, se alude a una norma que obligue a los partidos políticos a confeccionar las listas de candidatos con un 50% de integrantes de cada sexo ordenados en forma secuencial y alternada (Achentí&Tula; 2014, pág. 50).

El concepto procede de la “Declaración de Atenas”, emitida en el marco de la primera cumbre europea “Mujeres en el Poder” celebrada en noviembre de 1992. A partir de esta convención, varios países adoptaron medidas que facilitan la paridad en la composición de los cargos políticos. Francia fue el primer país en establecer una ley con este contenido en el 2000 al cual le siguió Bélgica (2002) así como varias comunidades autónomas de España. En África, Senegal estableció medidas de paridad en el año 2010 y Túnez en el



2011. En América Latina, Ecuador fue el primer país en establecer una disposición de paridad en su Constitución Nacional de 2008<sup>9</sup>, siguiéndole Bolivia y Costa Rica en 2009, Nicaragua, Honduras y Panamá en el 2012 y México en 2014.<sup>10</sup>

En el Paraguay, si bien los primeros planteamientos de paridad surgieron en el año 2003, las propuestas en ese sentido adquirieron más fuerza con la constitución del Grupo Impulsor de Paridad Democrática (GIPD) conformado en 2014 como espacio plural integrado por mujeres políticas de diverso signo partidario, a más del Ministerio de la Mujer y organismos internacionales como ONU Mujeres, el PNUD<sup>11</sup>, organizaciones de la sociedad civil como el Centro de Documentación y Estudios (CDE) y “Decidamos”. Luego de dos años de discusión, el proyecto de ley fue presentado a la Cámara de Senadores en fecha 8 de marzo de 2016. El proyecto establece, entre otras cosas, que “...el equilibrio en la participación de 50% de hombres y 50 % de mujeres en las listas de cargos de elección, contratación y designación de los poderes del Estado...”, así como un sistema de alternancia por el cual se ubica un hombre o una mujer, seguida de una persona del sexo contrario en las listas que se propongan. Propone además, su observancia obligatoria en las elecciones en movimientos y partidos políticos, así como en las elecciones de organizaciones intermedias, políticas, sindicales y sociales.

<sup>9</sup> Esta carta política asume en sus arts. 65, 108 y 116 el deber de garantizar la paridad en la elección de cargos públicos. A nivel subconstitucional, el denominado “Código de la Democracia” reitera este compromiso en su art. 3ro., tanto en elecciones pluripersonales (en forma alternada y secuencial) como unipersonales (paridad en la conformación del binomio de candidaturas a intendentes). Gracias a estas reivindicaciones, en las elecciones de 2013, el porcentaje de mujeres electas fue del 38,5%, cifra considerada todo un logro comparando con años anteriores. Ello condujo a que sean tres mujeres las encargadas de presidir la Asamblea Nacional, órgano legislativo de ese país. Las estadísticas revelaron también que entre las mujeres que se postulan a cargos públicos de elección popular en el año 2014, un 66,8% son menores de 30 años, lo cual significa que las jóvenes buscan su espacio político más precozmente que los varones. Finalmente, en cuanto a participación en las votaciones, las mujeres ya han superado a los hombres en aproximadamente tres puntos porcentuales en el último año. Lo más digno de destacar de todo lo señalado es que, no obstante lo auspicioso de estos resultados, las mujeres organizadas de ese país, y sobre todo aquellas que ocupan cargos de decisión, siguen en forma empeñosa el trabajo de empoderar a la mujer, proponiendo más ajustes a la ley electoral. Uno de ellos es exigir que las listas de candidatos presentadas en circunscripciones electorales impares sean encabezadas por mujeres (en una secuencia de alternabilidad que se inicie con una candidata mujer) puesto que la experiencia acumulada desde 2008 revela que la paridad no se logra en circunscripciones impares, donde al iniciar la serie de nombres en la lista por los candidatos hombres, tal y como manda la ley, les asegura no solo los primeros lugares sino genera una desproporción en su integración paritaria, en desmedro de las mujeres. Otra reforma propuesta apunta a extender la obligación legal —ya existente— de observar la paridad en los binomios de candidaturas para intendentes, al binomio para la candidatura de Presidente/Vicepresidente de la República.

<sup>10</sup> 50+50=Paridad. Elementos para el debate por la igualdad sustantiva en la representación política en el Paraguay. Publicación del Centro de Documentación y Estudios (CDE). 2014, pág. 2/3. Disponible en <http://www.cde.org.py>

<sup>11</sup> Para las elecciones venideras, el PNUD planea invertir 200.000 dólares con el fin de generar mayor participación de las mujeres en la arena política. A través de esto se espera impulsar la reforma legislativa a favor de la Paridad Democrática, para garantizar los derechos políticos de las mujeres, incluyendo la igualdad de oportunidades en acceder a instancias en la toma de decisiones políticas.



El Tribunal Superior de Justicia Electoral, no ajeno a los esfuerzos encarados por diversos sectores de la sociedad civil, creó por resolución n° 130 del 5 de marzo de 2009 la Unidad de Igualdad de Género, con la finalidad de producir y analizar datos con perspectiva de género, a más de iniciar un proceso de promoción y consolidación de la participación de la mujer en el sistema electoral del país, con miras a incrementar y salvaguardar la representación política de la mujer como medio para fortalecer la democracia en Paraguay.

Entre sus objetivos estableció los siguientes:

- a. Promover el desarrollo integral de los derechos políticos de las mujeres y la participación plena en el sistema electoral del país;
- b. Coordinar e implementar mecanismos destinados al fomento del ejercicio efectivo de los derechos políticos de las mujeres en el Paraguay; y,
- c. Colaborar a nivel nacional e internacional con instituciones que posean fines similares, consignando acuerdos y convenios para la implementación de actividades que coadyuven a la consecución de los objetivos de la Unidad.

Y como metas adoptó las siguientes:

- a. Elaborar una base de datos del sistema electoral encaminada a otorgar información integral acerca del acceso, participación y representación política de las mujeres en el Paraguay.
- b. Trabajar en coordinación con organizaciones y partidos políticos brindando apoyo técnico y estadístico, respecto del ejercicio de los derechos políticos de las mujeres con miras a incrementar su participación en el sistema electoral del país.
- c. Fomentar mecanismos dirigidos a impulsar el acceso de las mujeres a cargos electivos.
- d. Colaborar a nivel nacional e internacional con instituciones que tengan como fin el desarrollo de los derechos políticos de las mujeres.



Al final, la máxima instancia en materia electoral en el país, en apego a los objetivos trazados, ha venido aunando esfuerzos con las organizaciones antes mencionadas así como asociaciones políticas como el partido *Kuña Pyrenda*, en la tarea por allanar obstáculos de índole no solo legales sino culturales, de modo a crear condiciones de igualdad en la participación política de las mujeres. Se han acompañado de este modo proyectos innovadores como la campaña “Más candidatas, mejor democracia” que también estuvo involucrada en la presentación del mencionado anteproyecto de ley.

Por otra parte, organizaciones no gubernamentales como el citado “Decidamos” ha defendido la importancia de trasladar el debate también al interior de los partidos políticos tradicionales, en especial de aquellos que tengan representación en el Congreso, a fin de lograr el respaldo del mismo en relación a las propuestas de modificación de la ley. Los congresistas son actores fundamentales del proceso electoral que pueden llegar a invertir una suma significativa de tiempo y recursos en la revisión de la administración de una elección o aspectos específicos del proceso.

Paralelamente, con la campaña “*Conociendo a nuestras autoridades mujeres*”, el TSJE busca integrar y potenciar el desarrollo personal de las mujeres para su desenvolvimiento total en la política, utilizando técnicas y medidas que vienen dictándose a nivel nacional en las capacitaciones del taller de orientación en valores democráticos que se extenderá hasta el mes de agosto de 2017.<sup>12</sup>

A más de estas deficiencias institucionales o legales que conspiran por lograr una auténtica participación de la mujer en política, ésta debe sortear otras dificultades de orden cultural que desalientan su presentación como candidata, los cuales conviene poner de manifiesto. Uno de ellos lo constituye el apoyo económico. La competencia en campaña continúa siendo dificultosa para nosotras pues nos cuesta más visualizarnos ante el electorado (Young; 2013, pág. 66). Nos cuesta mucho promocionar nuestra figura, abandonar, en muchos casos, nuestro rol de administradora del hogar,

<sup>12</sup> En la primera etapa del desarrollo del programa, el organismo electoral realizó una evaluación general de las series de entrevistas hechas a mujeres que ocupan el cargo de intendentas y, en una segunda fase del trabajo se pretende llegar a las concejalas municipales a través del Proyecto “Construyendo Ciudadanía Mujer” a fin de que estas puedan compartir sus experiencias de vida y trabajo para motivar a otras personas. En junio de 2017 se realizó un encuentro con las autoridades, referentes políticas y sociales del departamento de Guairá y luego en la gobernación de Caazapá.



invertir más en marketing, sin que esto se vea acompañado de fuentes de financiamiento público que cubran o ayuden a atenuar la desigualdad existente. Es preciso describir bien el fenómeno, el cual es constante en la región: La mujer que participa en política enfrenta no sólo desventajas sociales y culturales sino también de índole económica; en las áreas rurales, a más de la consabida pobreza, se suman las dificultades idiomáticas, falta de formación, capacitación y desconocimiento de los derechos cívicos, propias de una tradición patriarcal. La violencia también anula de algún modo la participación de las mujeres.

Aunque se trata de un atavismo que solo se supera merced a la educación y concienciación en ideologías democráticas de igualdad de género, también requiere disposiciones específicas de distribución de recursos e incluso de incentivos económicos a la presentación de candidaturas de mujeres. Por ello, varias congéneres latinoamericanas proponen el establecimiento de algún tipo de financiamiento en las campañas de las mujeres, tal y como hoy es prerrogativa de las candidatas a puestos públicos en Canadá. Implementar esta innovación, sumado al irrestricto respeto de lo dispuesto en la ley con relación a la cuota de género, por parte de las corrientes internas de los partidos y demás nucleaciones de participación popular, a la hora de confeccionarse las listas de candidatos para puestos pluripersonales, puede crear condiciones de mayor equidad en la contienda electoral.

Aun así, el impulso del debate en temas relacionados con idear y construir auténticos mecanismos que contribuyan allanar obstáculos en la verdadera participación de la mujer, no sólo en el acceso a los puestos de elección popular, sino en la inclusión en la agenda política, de temas de interés para la mujer en la sociedad, deben continuar en una dirección ascendente.

Como reflexión final podemos manifestar que el dispositivo previsto por el Código Electoral en su artículo 32 inciso r), aunque no alcance a poseer los beneficios que puede prodigar una ley que establezca la paridad en la integración de cargos públicos de elección popular, habría, aun así, podido contribuir a dar más espacio a la mujer en el acceso a los órganos representativos estatales si



fuese exigible en la presentación de candidaturas a los órganos de representación a nivel municipal, departamental y nacional y no solo dentro de los partidos políticos. Auguramos por ello que, sin perjuicio de procurarse un aumento en el porcentaje de la cuota de género y su exigibilidad fuera de las fuerzas políticas, tenga acogida la ley de paridad democrática de tal suerte a allanar en nuestro país situaciones de menosprecio y exclusión de la mujer estamento que, por paradójico que parezca, es el que, con su concurrencia a las urnas, ha demostrado más interés en el afianzamiento de nuestras instituciones.

#### BIBLIOGRAFIA

- ACHENTI, N; TULA, M. Cambios normativos y equidad de género. De las cuotas a la paridad en América Latina: Los casos de Bolivia y Ecuador. América Latina Hoy. Revista de Ciencias Sociales. Mujeres en Política. Madrid, 2014, Ediciones Universidad de Salamanca. Madrid, vol. 65. Pp. 47-68.
- CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS (CDE). 50+50= Paridad. Elementos para el debate por la igualdad sustantiva en la representación política en el Paraguay. Asunción, 2014.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA). El camino hacia una democracia sustantiva: La participación política de las mujeres en las Américas. 2011. Disponible en <https://www.cidh.oas.org>.
- KOUBA, K; POSKOCILOVA, P. Los efectos de las reglas electorales sobre el éxito de las mujeres en las elecciones presidenciales en América Latina. In: América Latina Hoy. Revista de Ciencias Sociales. Mujeres en Política. Madrid, 2014. Ediciones Universidad de Salamanca. vol. 66 pp 17-46.
- JUSTICIA ELECTORAL. Memoria y Estadística Electoral. Elecciones Generales 2013. Asunción, 2013.
- JUSTICIA ELECTORAL. Memoria y Estadística Electoral. Elecciones Municipales 2015. Asunción, 2015.
- PNUD/ONU MUJERES. Procesos Electores Incluyentes: Guía para los Órganos de Gestión Electoral sobre la promoción de la igualdad de género y la participación de las mujeres. 2015.
- SOTO, L. Partidos políticos y participación política de las mujeres en Paraguay. Elementos para el debate. Centro de Documentación y Estudio (CDE). Asunción, 2015.
- YOUNG, G. El financiamiento electoral para las mujeres. Un estudio de casos en América Latina. Revista Mundo Electoral. Año 6, Nro. 16. Tribunal Electoral de Panamá. 2013, Pp. 65-70.



#### **PALABRAS CLAVE:**

Participación femenina en política, cuota de género, paridad democrática.



#### **KEYWORDS:**

Female participation in politic, gender quota, democratic parity.





La Federación de Estudiantes de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” Campus de Asunción (FEUCCA) es un gremio de estudiantes que aglutina dentro de su organización a todos los centros de estudiantes de las facultades de Asunción: Ciencias de la Salud, Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, Filosofía y Ciencias humanas, Teología, Ciencias y Tecnologías, Ciencias Contables Administrativas y Económicas.

Su finalidad principal, es la consecución de una verdadera comunidad universitaria, en donde se integren estudiantes de todas las carreras que ofrece la universidad. Creemos que esta integración, trae aparejado el desarrollo del pensamiento crítico e universal, no solamente enfocado desde la ciencia en la cual uno se especializa.

Sostenemos que para lograr un desarrollo del pensamiento crítico, es fundamental trabajar desde el ámbito que elegimos, siempre valorando y aprendiendo los aportes de las demás ciencias en las cuales nuestra experiencia y entendimiento son más limitados.

La Revista Jurídica de la UC edición 26, es un emblema del pensamiento crítico, representando así fielmente uno de los principales fundamentos y objetivos de la Federación.

Consideramos este proyecto un logro académico y un ejemplo gremial a seguir. Mediante el trabajo sostenido del Consejo Redactor y en conjunto con docentes de larga trayectoria, renombrados juristas, alumnos y egresados se logró un material único en el ámbito universitario.

La apuesta de la revista jurídica en una investigación científica, representa un aporte no solamente para la Universidad Católica, sino también para la sociedad paraguaya. Sostenemos y remarcamos la importancia de la investigación, pues ésta es quién permite avances en la sociedad civil y la maduración de la misma.

Incentivamos a todos los gremios a tomar el ejemplo de la Revista Jurídica, la cual plasma, en una obra de alto contenido académico, los conocimientos e investigaciones realizadas durante arduos meses de trabajo.





AGRADECIMIENTOS ESPECIALES:



COLEGIO DE ABOGADOS  
DEL PARAGUAY







