







REVISTA JURÍDICA





REVISTA JURÍDICA

EDICIÓN Nº 4



Asunción, Paraguay
2018

Revista Jurídica UNIBE

La responsabilidad por los trabajos publicados y las opiniones vertidas en ellos corresponden exclusivamente a sus autores. La Universidad Iberoamericana no se hace responsable de las mismas.

CORRESPONDENCIA:
UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
15 de Agosto esquina Ygatimi
iberoamericano@unibe.edu.py
derecho@unibe.edu.py
Asunción, Paraguay

Derechos Intelectuales en trámite.
Tirada: 300 ejemplares.

Diagramación de interior: Gilberto Riveros Arce
Diseño de portada: Ariel Franco Romero, Comunicación Visual de la UNIBE

ISBN: 978-99967734-0-2
Año: 1
Edición: 4

ÍNDICE

Rectorado Colegiado de la Universidad Iberoamericana	11
Presentación (<i>Dra. Sanie Romero de Velázquez</i> , Rectora)	13

MONOGRAFÍAS

- Seguridad y riesgos en el trabajo	17
<i>Angélica María González de Bonzi</i> <i>Gustavo Daniel Bonzi Villalba</i>	
- El nuevo paradigma del recurso extraordinario de casación en Paraguay	39
<i>Dionicio Biedma</i>	
- Familia sustituta: Guarda vs. Adopción	55
<i>José Adolfo Torres Meza</i>	
- Marco normativo del derecho de acceso a la información pública en España y Paraguay	69
<i>María del Mar Peralta Boggino</i>	

ÍNDICE

- **Las facultades ultra y extra petita en el Derecho Procesal Laboral comparando entre las normas procesales laborales de Paraguay, Bolivia, Colombia, Argentina y sus provincias** 85
Zully Almirón

- **Principio de legalidad en el Derecho Administrativo paraguayo** 109
Gladis Zunilda Jara de Taboada

- **Promoción, protección de la maternidad y apoyo a la lactancia materna en el Paraguay** 123
Laura Isabel Villalba Cardozo

- **Reforma del proceso penal en Paraguay, figuras jurídicas introducidas y los aspectos negativos del proceso penal actual** 151
Christian Bernal

- **Estrategias de prevención en el uso de drogas de niños y niñas en situación de calle** 159
Gloria Isabel Duarte Ruiz

- **Indemnización del daño moral laboral** 191
Leticia Paola Noldin Riveros

- **La evolución de la firma en el Derecho paraguayo: Nuevos paradigmas en materia de consentimiento contractual** 219
Karina Giménez Harika

ÍNDICE

- **La legítima defensa. Legislación, doctrina y jurisprudencia** 233
Juan Carlos Valenzuela Giménez
- **La función notarial en la era digital** 259
Sandra Johana González Rivas
- **El control en el sector público paraguayo** 279
María del Pilar Abente Lahaye
- **Estudio de Título** 301
Ángel Alfonso
- **Tutela de los derechos políticos y las redes sociales** 319
Carlos Federico Agüero Flores
- **“Buques mercantes y las banderas pabellones de conveniencia (FOC’S) enarboladas”** 331
Santiago Adán Brizuela Servín
- **Los derechos humanos, nuestros derechos: una mirada de parte de la sociedad** 349
Nora Edith Lezcano

APÉNDICE:

- **Programa “Siguiendo las huellas del maestro”** 377
- **La formación continua y actualización para profesionales del Derecho** 381





AÑO 2018

**RECTORADO COLEGIADO DE LA
UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA (UNIBE)**

RECTORADO:

Dra. SANIE ROMERO DE VELÁZQUEZ (Rectora)
Lic. DANIEL FRANCO ROMERO
Abog. EDUARDO VELÁZQUEZ

**DIRECCIÓN DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
SOCIALES Y JURÍDICAS**
Abog. JOSÉ PÉREZ REYES

CONSEJO EDITORIAL:

Abog. JOSÉ PÉREZ REYES
Abog. EDUARDO VELÁZQUEZ ROMERO
Abog. MELISSA DURÉ





PRESENTACIÓN

Este cuarto número de la Revista Jurídica de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), da continuidad a la expansión de la investigación en el campo del Derecho, con la premisa, siempre vigente, de brindar una educación superior de calidad.

Ampliamos el horizonte de nuestras metas cumplidas en la carrera de Derecho, acreditada ante la Agencia Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior (ANEAES) en la primera convocatoria; esta cuarta edición contiene dos innovadores textos que han recibido el aporte investigativo de los estudiantes en una labor conjunta con las profesoras autoras de las monografías. Se trata de las monografías de la profesora Nora Lezcano y la de la profesora Karina Giménez Harika con los alumnos del tercer curso y segundo curso, respectivamente.

Bien vale resaltar que nuestra Revista Jurídica, en aras de su vigencia y expansión, sigue reuniendo artículos y monografías de notable calidad que abordan temas actuales en el desafío constante que implica el ejercicio del Derecho en todos los ámbitos de la sociedad.

Así, esta Revista Jurídica, sumada a la Revista Científica de la UNIBE, con la que tradicionalmente comparte su acto de presentación en el Foro de Investigadores (que este año va por su séptima edición), trae un panorama actual de todo lo que la UNIBE sigue brindando, con alto sentido de responsabilidad social, como lo es también el *Consultorio Jurídico Serafina Dávalos*, con atención gratuita para todo público. Ofrecemos también el acceso libre a todos los archivos de las Revistas Jurídicas publicadas por la UNIBE, disponibles en



formato pdf en nuestra página web para facilitar el acceso a la lectura y difusión de su importante contenido, para usuarios nacionales e internacionales.

Agradecemos los aportes intelectuales, tanto en grado como en posgrado, en la consecución de estas publicaciones de suma relevancia en el ámbito jurídico, e invitamos a nuestros lectores a adentrarse en estas páginas de la cuarta edición de la Revista Jurídica, acrecentada con varias investigaciones apasionantes que en algunos casos afianzan caminos y en otros abren nuevos senderos.

Dra. Sanie Romero de Velázquez
RECTORA



Monografías





SEGURIDAD Y RIESGOS EN EL TRABAJO

*Angélica María González de Bonzi**
*Gustavo David Bonzi Villalba***

Palabras clave: salud ocupacional – seguridad en el trabajo – enfermedad profesional – accidente laboral – agente de riesgo – riesgo laboral.

Introducción

En el presente trabajo se expone un análisis breve de la salud ocupacional entendida como la disciplina que trata de la prevención de lesiones y enfermedades causadas por las condiciones del trabajo y de la protección y promoción de la salud del trabajador, mediante la previsión de medidas de seguridad en el servicio.

* **Angélica María González de Bonzi**, abogada, egresada de la Universidad Católica – Sede Concepción. Especialista en Docencia Universitaria por la Universidad Nacional – Filial Concepción. Notaria y Escribana Pública, egresada de la Universidad Católica – Sede Concepción. Magister en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Americana de Asunción. Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad Iberoamericana. Jueza de la Niñez y Adolescencia de Concepción desde el año 2010 hasta la fecha.

** **Gustavo David Bonzi Villalba**, abogado, egresado de la Universidad Católica – Sede Concepción. Especialista en Derecho Penal por la Universidad del Norte de Asunción. Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad Iberoamericana. Juez Penal de Garantías de Yby Ya'ú en el periodo 2007-2012.

Actualmente el tema de Seguridad y Riesgos en el Trabajo constituye un elemento más que interesante “obligatorio” por Ley dentro de las empresas e instituciones públicas y privadas porque está comprometida la salud y bienestar del ciudadano trabajador-obrero. Así como todo habitante de la República tiene el derecho de habitar un ambiente saludable, también tiene derecho a un trabajo lícito y libremente escogido, el cual debe realizarse en condiciones dignas y justas, mediante la protección eficaz de la salud, seguridad e higiene en el lugar de trabajo cuando ejecuta sus servicios laborales. Incluso en la medicina contemporánea existe una especialidad denominada “salud ocupacional” o “medicina del trabajo”, el cual estudia y aplica técnicas científicas eficaces para prevenir enfermedades, establecer parámetros y requisitos para la seguridad y salud del trabajador de acuerdo a los diferentes tipos de trabajos a la que están expuestas las personas según las actividades que realizan y los productos que fabrican.

Nos referimos a riesgos y agentes químicos a los que se expone el trabajador, también a manejos de materiales sólidos, polvos, líquidos, vapores, gases etc., que tienen directa incidencia en la seguridad de las personas, resaltando en este punto que no solo el empleador debe cumplir con los requisitos de seguridad, prevención e higiene, también el trabajador tiene la obligación de cumplir con las normas de seguridad y prevención que se le pone con el fin alcanzar los objetivos de la salud ocupacional, pues de nada sirve tantas reglas, requisitos de prevención, etc., sino se tiene la colaboración del empleado, como se verá más adelante.

Ante la necesidad de complementar las disposiciones que regulan las condiciones para el cumplimiento de las normas laborales y el de las de seguridad e higiene en el trabajo en nuestro país entró en vigencia la Ley 5.804/17 que establece el SISTEMA NACIONAL DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. La aprobación de esta ley coloca a nuestro país en igualdad legislativa con los otros países,

adecuándose así a las normas de la Organización Internacional del Trabajo, porque incluye dentro de los factores de riesgos el psicosocial, o sea, aquellos causados por el estrés, violencia laboral, depresión, burnout y otros que no estaban contemplados en el Decreto N° 14.390/92 por el cual se aprueba el Reglamento Técnico de Seguridad, Higiene y Medicina en el Trabajo, tampoco se encuentra en el Código del Trabajo.

Relación entre salud y trabajo

La salud no se limita a la ausencia de afecciones o enfermedades, sino que es un estado completo de bienestar físico, mental y social, pero existen factores determinantes que influyen en el estado de salud, como el ambiente, el estilo de salud y el estilo de vida. En este sentido la labor o tipo de trabajo al que se dedica una persona tiene un papel importante porque el trabajo debe considerarse como un factor determinante de la salud; es decir, las condiciones en que se desarrolla o el medio ambiente laboral pueden influir sobre el organismo del trabajador causándole algún tipo de enfermedad o deteriorando su salud, lo cual ocasiona un impedimento, reducción o ineficiencia al momento prestar un servicio que debiera ser óptimo.

Felipe Santiago Paredes expresa que: “La Higiene y Medicina del Trabajo es la ciencia que tiene por objeto la prevención y el control de las enfermedades profesionales”¹. En este contexto, la higiene, además de asegurar el cuidado y limpieza, analiza los riesgos del ambiente para que puedan ser controlados. Por su parte, la medicina laboral realiza actividades de prevención y curación de enfermedades y lesiones.

1. Felipe Santiago Paredes. Guía Laboral – Disposiciones Legales. Comentarios y Doctrina. Marben Editor. Año 2006. Pág. 163.

El Derecho Laboral, por su carácter tuitivo, protege la vida, la salud y la integridad psicofísica del obrero, mediante la promoción de políticas preventivas con programas de higiene y medicina laboral por los efectos que un trabajo insalubre puede ocasionar; en este sentido, tanto el empleador como el trabajador asumen obligaciones recíprocas para la efectividad de las normas laborales, a este efecto tenemos el Art. 62 del CL mediante el cual constituyen obligaciones de los empleadores: [...] I) Adoptar, conforme a las leyes y reglamentos, las medidas adecuadas en los establecimientos industriales y comerciales, para crear y mantener las mejores condiciones de higiene y seguridad en el trabajo, previniendo en lo posible los riesgos profesionales. Este mismo instrumento normativo en su Art. 65 establece que son obligaciones de los trabajadores: [...] II) Acatar las medidas preventivas y de higiene que impongan las autoridades competentes o que indique el empleador o sus representantes para seguridad y protección del personal.

Sin embargo, la forma en que se ejecutan algunos tipos de trabajos nos muestra que la realidad es totalmente distinta, contraria y violatoria a normas constitucionales por las condiciones de insalubridad en que se desarrollan, generando prácticas cuyo efecto es suprimir o alterar la igualdad de trato en el empleo.

Como ejemplo puede citarse la exposición a los factores de riesgos en la extracción de piedra caliza como materia prima en las caleras para la producción de cal. En este tipo de trabajo la persona es susceptible de adquirir una enfermedad por la vía de inhalación (respiración), como así también por vía dérmica (a través de la piel). Uno de los agentes de riesgo potencial es el polvo—pequeñas partículas de sólidos presentadas en el ambiente—que al ser aspirado penetra en los pulmones, pudiendo tener efectos dañinos, o bien puede ser absorbido en la corriente sanguínea ingresando de esta manera en el organismo causando lesiones severas.

Al no ser controlados los riesgos del ambiente existe la posibilidad de adquirir algún tipo de enfermedad profesional que, según Happer Collins, es “causada por la exposición al agente desencadenante durante la actividad laboral”², en algunos casos la enfermedad se manifiesta de forma inmediata, otras veces tardan en aparecer sus síntomas o efectos.

Una nota periodística de ABC Color señaló “la vida se convierte en una lenta agonía en las caleras [...] El trabajo en las caleras apenas sirve para la comida diaria. La vida de miles de personas se acaba en forma miserable con la inhalación de cal viva, que va carcomiendo la piel y las mucosas de las vías respiratorias. Desde los 8 o 10 años los niños ya trabajan como estibadores de bolsas de cal [...] Trabajar en las caleras es recibir una condena de muerte lenta. La vida útil de un hombre termina a los 40 años. A esa edad, si llega, ya aparenta una persona de 60 años, por las arrugas. La cal se encarga de quemar la piel y las mucosas de las vías respiratorias. Si los daños fueran solo en la apariencia física, quizás las consecuencias no serían tan graves, pero resulta peor la destrucción de las vías respiratorias”³.

El deterioro de la salud puede ser adquiriendo una enfermedad profesional, que son entendidas como “las patologías específicas y exclusivas de ciertas profesiones a las que está expuesto el trabajador que las desempeña, tales como la brucelosis, silicosis, saturnismo, etc.”⁴. Existe una tipología de enfermedades profesionales como las que son producidas por agentes químicos; enfermedades de la piel; las que son producidas por inhalación; las infecciosas y parasitarias; aquellas producidas por agentes físicos y las enfermedades sistemáticas.

-
2. Harper Collins. Diccionario Médico de. Editorial Marben Libros S.R.L. Año 2011. Pág. 305.
 3. Recuperado de <http://www.abc.com.py/edicion-impres/a/economia/la-vida-se-convierte-en-una-lenta-agonia-en-las-caleras-893881.html>
 4. Martín E. Arribalzaga. Diccionario Jurídico Jurisprudencial. Editorial Depalma. Año 2000. Pág. 204.

En cuanto a los agentes productores tenemos, *agentes físicos*: que actúan sobre el organismo y son derivados del ruido, calor, radiaciones, vibraciones extremas; *agentes químicos*: que son las sustancias cancerígenas como el polvo, humo, gases, nieblas, vapores; *agentes biológicos*: producidos por microorganismo como las bacterias, virus, hongos, que se encuentran principalmente en los laboratorios u hospitales; los *agentes psicosociales* derivados por ejemplo de la organización trabajo, horario y; los *agentes ergonómicos* que están ligados a factores psicológicos que afectan la actividad como carga física o mental, aburrimiento, monotonía y los factores físicos como las posturas o posición de trabajo, el ritmo de trabajo.

También podría darse la *enfermedad accidente* que “comprende a un tipo determinado de dolencia vinculada con el trabajo y de desarrollo progresivo, que se produce como consecuencia de la influencia sobre el organismo del trabajador de agentes que actúan en el lugar de trabajo, tales como el frío, el calor, la humedad, o de las condiciones en que se deben cumplir las tareas”⁵.

El profesor Richard Schilling desarrolló en 1984, una clasificación con un objetivo más de prevención y control que médico-legal para las enfermedades relacionadas con el trabajo†que define tres categorías⁶.

-
5. Martín E. Arribalzaga. Diccionario Jurídico Jurisprudencial. Editorial Depalma. Año 2000. Pág. 204.
 6. Recuperado de <https://marcielo08.wordpress.com/enfermedades-laborales/>

SEGURIDAD Y RIESGOS EN EL TRABAJO

ENFERMEDADES RELACIONADAS AL TRABAJO	
CATEGORÍA	EJEMPLOS
Trabajo como causa necesaria	Intoxicación con Plomo Silicosis
Trabajo como factor contributivo, mas no necesario	Cardiopatía Isquémica Cáncer Varices de Miembro Inf.
Trabajo como provocador de un disturbio latente o agravador ya establecido	Bronquitis crónica Dermatitis de Contacto alérgica Asma Enfermedades mentales

Se debe tener en cuenta que la promoción de la protección –de la salud– hace referencia al estímulo de los factores protectores para la salud en la población, representados en el fomento de estilos de vida saludable y seguros, mientras que la prevención está relacionada con el control e intervención de los factores de riesgo de las enfermedades o de éstas como tal. En otras palabras, en la promoción de la salud se pretende que los individuos adopten estilos de vida favorables a la salud y abandonen los malos hábitos, a través de intervenciones legislativas y educativas (Educación para la salud).

En la prevención de la enfermedad, se trata de reducir la incidencia de las enfermedades específicas, mediando intervenciones concretas del médico y su equipo (generalmente en la atención primaria)

sobre la base de los conocimientos aportados por las ciencias médicas (inmunizaciones preventivas).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la salud no solamente puede dañarse mediante la exposición a agentes químico, físico, ergonómico, etc., sino también al no tomar en cuenta las medidas de seguridad, al estar vinculadas con fallas humanas, más la presencia de una ocasión favorable por no utilizar las herramientas, las indumentarias adecuadas y necesarias para la protección de la integridad física pueden causar *accidentes de trabajo*, el cual es considerado como “todo hecho o acontecimiento exterior imprevisto y ocasional, que en forma inmediata provoca un daño a la integridad psicofísica del trabajador que le significa una disminución de su capacidad de ganancia y se opera por el hecho o en ocasión del trabajo o por caso fortuito o fuerza mayor inherente al mismo”⁷.

Así como es primordial la prevención, protección y promoción de la salud ocupacional, también es importante la seguridad en el lugar de trabajo como una forma de eliminar o atenuar los accidentes laborales, que son eventos o sucesos no proyectados, pero que por alguna razón ocurren dificultando la regularidad de la actividad, ocasionan alguna lesión física e inclusive causar la muerte, también puede producir una incapacidad permanente o temporal.

Estos accidentes se deben principalmente a la inseguridad del acto ejecutado cuyo origen puede ser una incapacidad física o mental, la falta de aptitud o la falta de destreza. Por ello el empleado debe abstenerse de todo acto que pueda poner en peligro su propia seguridad; presentarse al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas estupefacientes o en cualquiera otra condición anormal; y portar armas de cualquier clase, a menos que sean necesarias por la naturaleza del servicio.

7. Martín E. Arribalzaga. Diccionario Jurídico Jurisprudencial. Editorial Depalma. Año 2000. Pág. 10.

Los accidentes pueden también darse por la inseguridad en cuanto a las condiciones del lugar como: instalaciones, iluminaciones o ventilaciones inadecuadas; por la mala ubicación de las maquinarias, su falta de limpieza, mantenimiento o que no tengan sus guardas protectoras; sistema de prevención de incendio inexistente o deficiente; falta de señalizaciones; el empleo de herramientas defectuosas o inadecuadas y otros.

La causa del accidente viene a ser la acción u omisión en relación a la condición que precede al suceso dañino, en otras palabras, emerge de una falta humana conocida en doctrina como la negligencia, imprudencia o impericia, imputables tanto al trabajador como al empleador al no observar las garantías y medidas de seguridad para la protección de la integridad física. En este sentido, la nota periodística señalada más arriba decía: “Los hornos están en la parte superior de la ribera, lo que significa utilizar un pequeño y sinuoso sendero para llegar a la playada, donde una planchada permite subir a las embarcaciones. 1.000 veces ese viaje en un día”.

Quiere decir que la planchada proveída para cargar las bolsas de cal a las embarcaciones puede ocasionar un accidente, puesto que en vez de un puente reglamentario o mínimamente adecuado utilizan tabloncillos desprovistos de toda medida de seguridad, lo cual representa una exposición a los peligros existentes para estos tipos de trabajos, o lo que en el propio entorno o lugar de trabajo puede ocasionar accidentes o cualquier tipo de siniestros que, a su vez, son factores que puedan provocar heridas, daños físicos o psicológicos, traumatismos, etc., sea cual sea su posible efecto, siempre son negativos para la salud.

No se puede dudar que el tipo de trabajo incide en la salud de la persona, tanto por la existencia de riesgos o peligros inherentes a la naturaleza misma del trabajo como por la imprudencia al momento de su realización, o por la falta de previsión, prevención y protección de la integridad psicofísica para evitar el daño.

En la siguiente tabla se observa que la salud puede estar dañada mediante un accidente de trabajo, una enfermedad accidente o contrayendo una enfermedad profesional.

Accidente Laboral Vs. Enfermedad Profesional		
	Accidente	Enfermedad
Forma de producirse	súbito	lenta y progresiva
Causa que lo provoca	externa	externa pero el agente penetra
Tratamiento	médico	médico según la patología
Forma de conocerse	previsible - imprevisible	Previsible

Lo mencionado en los párrafos que anteceden conduce a la afirmación de que la salud es una condicionante para un trabajo excelente, lo cual significa que una persona carente o disminuida del bienestar psicofísico no podrá dar un rendimiento eficiente en las tareas encomendadas. En ocasiones el daño a la salud se produce por la imprevisión de medidas de seguridad y otras veces por el incumplimiento de las normas laborales. El ejemplo en este caso que se puede extraer de la misma nota periodística es: “Al pie existen como pequeños rancheríos, que en realidad son improvisados depósitos donde se embolsa la producción de cal [...] Para extraer la cal, la persona cubre lo mejor que puede su cuerpo. El rostro y la cabeza se tapan con remeras de algodón”.

La ley laboral establece en su Art. 272 que el trabajador, en la prestación de sus servicios profesionales, tendrá derecho a una protec-

ción eficaz en materia de salud, seguridad e higiene en el trabajo. Esta protección eficaz queda a cargo del empleador porque deberá garantizar la higiene, seguridad y salud de los trabajadores en la ejecución de su actividad laboral. En este sentido, adoptará todas aquellas medidas que sean necesarias, incluidas las actividades de información, formación, prevención de riesgos y la constitución de la organización o medios que sean precisos, sin que ello ocasione un gasto para sus dependientes.

Los “improvisados depósitos donde se embolsa la producción de cal [...] La cobertura que utilizan brinda muy poca protección. La cal que sacan del horno está viva y con el sudor de la piel se apaga. Aunque se quiera es imposible evitar que la cal ingrese hasta las mucosas, donde la humedad completa el ciclo que también se lleva a cabo en la piel”, es una clara violación de las normas de seguridad que está a cargo del empleador conforme al Art. 275 inc. c) del CT que obliga a la parte patronal establecer las condiciones y métodos de trabajo y de producción que menor incidencia negativa produzcan sobre la higiene, seguridad y salud de los trabajadores. En las condiciones desarrolladas la extracción de materia prima en las caleras, la incidencia negativa en la salud de los empleados es altamente perjudicial, las condiciones y seguridad en el lugar de trabajo son desfavorables con un potencial riesgo de sufrir algún tipo de accidente, contraer enfermedades o contribuir para el desarrollo de las mismas.

Una organización racional del trabajo, la seguridad como forma de evitar accidentes, la higiene para la prevención de enfermedades, comodidad en el ámbito laboral y la reparación de los daños causados en la realización de la tarea remunerada, constituyen la protección material de la clase obrera por la existencia del riesgo laboral, que es la exposición a los peligros propios del medio donde se desarrolla el quehacer del empleado, es por ello que el empleador deberá planificar la prevención y determinar las medidas que deberán utilizarse, tanto

colectivas como individuales, así como el material de protección que debe utilizarse contra los riesgos inherentes a la actividad desarrollada; y que garanticen que los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo, las operaciones y procesos, los agentes y sustancias agresivas, que estén bajo su control, no entrañen riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores (Art. 275 CT).

Las condiciones de trabajo definen la vida y la salud de las personas, es por ello que para la OIT la Salud Laboral tiene como objetivo promocionar y mantener el más alto grado de bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todas las ocupaciones: la prevención entre los trabajadores de pérdidas de salud causadas por condiciones de trabajo inseguras e insalubres; la protección de los trabajadores en sus empleos contra los riesgos derivados de los factores adversos para salud, el emplazamiento y mantenimiento de los trabajadores en su entorno laboral adaptado a sus capacidades fisiológicas y psicologías, en resumen: la adaptación del trabajo al hombre y de cada hombre a su trabajo.

Considerando el trabajo como el “esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza, y en esta acepción se emplea en contraposición a capital”⁸, se puede afirmar que comprende además de aquellos donde en su realización se emplea una acción física, también están los que requieren de una actividad puramente mental, en este contexto, la protección al trabajador además de eficaz debe ser integral, en otras palabras, prevenir los riesgos físicos así como los de índole psicológico, tal como lo tiene previsto el Sistema Nacional de Prevención de Riesgos Laborales. Esta ley, además de prevenir, protege y promueve la salud laboral al incluir factores de riesgo psicosocial, lo cual torna una tutela completa, atendiendo a que actualmente muchos trabajadores

8. Manuel Ossorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta S.R.L. Año 1994. Pág. 974.

hacen frente a presiones para cumplir con las exigencias de la vida laboral, debido a la gran competitividad, entendiéndose como una manera de potenciar la capacidad, desarrollo y crecimiento profesional, con el objetivo de alcanzar un pleno crecimiento personal-profesional y un bienestar social, familiar y afectiva.

La norma máxima de nuestro país establece: todos los habitantes de la República tienen derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas. Conforme al término “en condiciones dignas y justas”, significa que la misma Constitución Nacional le otorga al trabajador una protección especial porque constituye un derecho humano, al igual que la vida, la salud, la integridad física y psíquica. En este mismo contexto, en el Código del Trabajo se incorpora que el empleador deberá garantizar la higiene, seguridad y salud de los trabajadores en la ejecución de su actividad laboral, adoptando para el efecto, cuantas medidas sean necesarias, incluidas las actividades de información, formación, prevención de riesgos y la constitución de la organización o medios que sean precisos. Las medidas de seguridad e higiene del trabajo no implicarán ninguna carga económica para los trabajadores.

El Código del Trabajo contiene normas generales para desarrollar programas de información, formación, prevención de riesgos, constitución de organización o medios, y las obligaciones principales de los sujetos de la relación de trabajo, es así que la higiene y seguridad ocupacional tiene como fundamento el trabajo como fuente de riesgo para la salud, por lo que resulta necesario establecer medidas para su protección, para lograr no solo una mejor calidad de vida sino obtener mejores condiciones de trabajo, ya que la salud puede verse afectada en la ejecución de una labor.

Se ha visto que la salud no significa ausencia de enfermedad o afección alguna, sino hace referencia al bienestar completo en cuanto a la dimensión del ser humano. A este efecto, es una obligación del

empleador preservar y cuidar la salud de sus subordinados, montando sus instalaciones y maquinarias en una infraestructura con perfectas condiciones higiénicas, aplicando los mecanismos preventivos para disminución de los riesgos, accidentes y enfermedades de trabajos.

Un elemento importante es la prevención de riesgos, accidentes y enfermedades laborales a los cuales está expuesto el recurso humano en la ejecución de sus labores. En esta tarea, en nuestro país se instaura el SISTEMA NACIONAL DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES mediante la Ley N° 5.804/17, pues, el “Derecho del Trabajo actual asume la necesidad y la obligación de proteger la vida, la salud y la integridad psicofísica de los trabajadores, neutralizando o reduciendo los riesgos de la actividad laboral”⁹.

Para la protección eficaz del trabajador se establecen normas de seguridad para la prevención de los riesgos laborales y como una política pública preventiva de riesgos ocupacionales el código del trabajo tiene previsto en el Art. 273 que aquella se desarrolla a través de la seguridad, higiene y medicina ocupacional mediante la implementación de técnicas, realización de estudios y la aplicación de acciones encaminadas al perfeccionamiento de las condiciones ambientales, materiales, organizativas y personales destinadas a evitar daños o alteración de la integridad física, funcional o psicológica de los trabajadores, imponiéndose la obligación en cuanto a su cumplimiento a todos los actores del ámbito laboral (empleadores, trabajadores, sindicatos y el Estado).

Como garantes de su propia seguridad laboral el Art. 277 del CT obliga al trabajador a observar en la realización de su trabajo las medidas legales y reglamentarias de higiene, seguridad y medicina laboral. Por su parte, la obligación de la patronal está dada en el Art.

9. Felipe Santiago Paredes. Guía Laboral – Disposiciones Legales. Comentarios y Doctrina. Marben Editor. Año 2006. Pág.163.

274 cuando es él quien debe garantizar la higiene, seguridad y salud de los trabajadores, en este sentido, adoptará cuantas medidas sean necesarias, incluidas las actividades de información, formación, prevención de riesgos y la constitución de la organización o medios que sean precisos. El Estado como órgano garante, cumple con su función fiscalizadora mediante la Autoridad Administrativa del Trabajo, el cual debe sancionar en caso de incumplimiento de las disposiciones legales, así el Código del Trabajo dispone: “La Autoridad Administrativa del Trabajo adoptará medidas para: a) organizar el servicio de inspectores de seguridad, adiestrados especialmente en la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, reglamentando sus deberes y atribuciones; b) dictar las reglamentaciones del presente Título que deberán inspirarse en una mayor protección de la vida, seguridad, comodidad e higiene de los trabajadores, de acuerdo con los adelantos técnico-científico y el progresivo desarrollo de la actividad industrial, previa consulta con las organizaciones más representativas de los trabajadores y empleadores; y, c) promover la educación en materia de seguridad e higiene y en la prevención de los riesgos por cuantos medios sean apropiados, a fin de despertar y mantener el interés de empleadores y trabajadores”.

Sobre lo señalado respecto al accidente sufrido en el lugar de trabajo se trae a colación la siguiente jurisprudencia, que presenta la situación donde el empleador quedó exento de responder por los daños sufridos por un trabajador que alegó fue obligado a manipular maquinaria pesada de complicada tecnología y además sin los debidos accesorios de seguridad, lo que le provocó heridas muy graves, sobre todo en el brazo derecho, imposibilitándole de por vida a trabajar con su uso. La exoneración al empleador de indemnizar se basó en que está excluido de toda responsabilidad ulterior porque, tratándose de un accidente laboral, la ley específica N° 375/56 en su Art. 49: expresa: “Los empleadores que dieren fiel cumplimiento a los deberes que le

impone esta ley quedarán libres de cualquier responsabilidad derivada de los accidentes ocurrido a sus trabajadores, sin perjuicio de aplicar el artículo anterior en caso de negligencia o culpa grave del patrón”¹⁰.

Si bien reconoce el derecho a reclamar indemnización por graves lesiones producidas en la actividad del trabajo en función de tal, también hay que ameritar que la parte accionada cumplió con su deber de asegurar a su empleado, como también que de parte del trabajador hubo gestiones.

Marco normativo aplicable a la seguridad y riesgo laboral

En materia de seguridad y riesgo en el trabajo se debe destacar que el sistema dispositivo nacional cuenta con varias normativas al respecto. En una fase inicial está Ley N° 375/56 por la que se aprueba el Decreto-Ley N° 1.860 del 1° de diciembre de 1950, el que a su vez modifica el Decreto-Ley N° 17.071 de fecha 18 de febrero de 1943 de creación del Instituto de Previsión Social. Aquella Ley fue actualizada por la Ley N° 427/73, que dispone: “*El Instituto de Previsión Social procurará la adopción de medidas que tiendan a prevenir los accidentes del trabajo; los empleadores estarán obligados a colaborar con él en dicho objeto y a implantar aquellas medidas de seguridad que el Instituto y otras dependencias del Estado juzguen indispensables*”.

Asimismo, mediante el Decreto N° 29.765/77 se crea la Dirección de Higiene y Seguridad Ocupacional dependiente del Viceministerio de Trabajo.

Por Decreto N° 14.390/92 se aprueba el Reglamento Técnico de Seguridad, Higiene y Medicina en el Trabajo, cuyo objeto es regular aspectos relativos a las condiciones y requisitos técnicos mínimos obli-

10. La Ley Revista Jurídica Paraguaya. Año 39. N° 10. Noviembre 2016. Pág. 1488.

gatorios que, en materia de prevención de riesgos profesionales y de mejora del medio ambiente de trabajo, se requiere cumplir en todo establecimiento o centro de trabajo del país.

Por su parte, el Decreto N° 10.754/2000 adopta el Reglamento Nacional contra las radiaciones ionizantes y para la seguridad de la fuente de radiación.

Mediante el Decreto N° 5.649/2010 se adopta el Listado de enfermedades profesionales, acorde al Convenio 121 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y a la Recomendación 194 de la Conferencia General de la OIT, referente a la lista de enfermedades profesionales y el registro y notificación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Puede notarse que en una etapa primaria se previó la protección de la salud ocupacional partiendo de la noción del riesgo laboral, quedando a cargo del Instituto de Previsión Social la adopción de medidas que tiendan a prevenir los accidentes del trabajo. A esta actitud preventiva luego se sumó la participativa y reparadora mediante la creación de Comités y Programas de Salud Ocupacional como, por ejemplo, el Comisión Interna para Prevención de Accidentes (CIPA). El Manual de Salud Ocupacional del INSTITUTO DE MEDICINA TROPICAL, define los programas de Salud y Seguridad Ocupacional con la finalidad de mejorar la Asistencia Sanitaria Integral de sus funcionarios, la instalación de un medio ambiente saludable y establecer una política de prevención de riesgos ocupacionales, con lo que se garantiza un elevado nivel de bienestar físico, psicológico y social de todos los funcionarios así como de los usuarios del Instituto, lo que a su vez repercutirá en un mejores índices de eficiencia en todas las actividades de la institución¹¹.

11. Recuperado de <https://www.mspbs.gov.py/dependencias/imt/adjunto/230cba-saludocupacional.pdf>

Se ha dicho que la protección material de los trabajadores se desarrolla a través de la organización racional del trabajo, la higiene industrial, la prevención de accidentes y la reparación de los infortunos. La Autoridad Administrativa competente es la Dirección General de Higiene y Seguridad Ocupacional dependiente del Viceministerio de Trabajo. En relación a este punto, como antecedente principal está el Decreto N° 14.390/92, que en materia de seguridad tiene un detallado dispositivo normativo que abarca desde la edificación hasta los equipamientos específicos; establece sanciones pecuniarias mediante las multas; impone la instalación de primeros auxilios y enfermerías en los centros de trabajo; determina el número de trabajadores; trata sobre la prevención de incendios y los medios de protección en total concordancia con las reglas internacionales.

Actualmente está en vigencia la Ley N° 213/93, CÓDIGO DEL TRABAJO, sin embargo, algunos de sus artículos fueron modificados mediante la Ley N° 496/95. El Código del Trabajo contiene normas que utiliza términos erróneos como el de trabajo insalubre, porque lo insalubre es el medio o lugar donde se ejecuta y no el trabajo o la actividad misma, como muestra encontramos en el Capítulo II que regula el trabajo de menores y mujeres; luego en el Libro Segundo cuando trata de las condiciones generales del trabajo y otros.

El Código del Trabajo también regula los exámenes médicos en la fase de admisión y aquellos que deben realizarse en forma periódica, como medidas preventivas para no asumir los riesgos de enfermedades profesionales; así, en virtud al Art. 275, el empleador deberá: a) disponer el examen médico, adicional y periódico, de cada trabajador, asumiendo el costo. La reglamentación determinará el tiempo y la forma en que deben realizarse los exámenes médicos periódicos, los cuales serán pertinentes a los riesgos que involucra la actividad del trabajador. Conforme a esta norma la responsabilidad se traslada al empleador, puesto que anteriormente los debía realizar el IPS.

Como previsión de políticas públicas y adecuación de la legislación interna a las normas internacionales se instaura el SISTEMA NACIONAL DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES a través de la Ley N° 5.804/2017, cuyas normas abarcan en mayor proporción lo relativo en materia de salud ocupacional y riesgos laborales tanto para el sector público como el privado. Este cuerpo normativo contiene definiciones actuales que no estaban previstos en los demás compendios comprometiendo de esta forma a todos los actores y sectores del ámbito laboral.

Conclusión

El sistema legal y las disposiciones reglamentarias vigentes en cuanto a seguridad y riesgo en el trabajo dejan al descubierto que a pesar de contar con normas actualizadas y adecuadas a los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, además de insuficientes son violatorios a los principios constitucionales y, por ende, a los derechos humanos por la vulneración al derecho de ejercer el trabajo en condiciones dignas y justas. A pesar de que en el Código Laboral las garantías y los derechos en beneficios de los trabajadores constituyen el mínimo de los previstos y no pueden ser alterados en detrimento de sus titulares beneficiarios, es evidente que ni el trabajador, ni empleador, ni el Estado –a través de las instituciones competentes– se ocupan de su cumplimiento efectivo.

Toda actividad laboral supone algún tipo de riesgo; el ejercicio de un empleo o profesión representa la posibilidad de influir en forma negativa sobre la salud pero al mismo tiempo sirve como elemento para el crecimiento personal, sirve como medio para la satisfacción de aquellas necesidades propias, las de índole familiar y social. En este orden de ideas, por motivo de trabajo pueden suceder accidentes laborales y adquirirse enfermedades profesionales, con un alto impacto no

solo en la persona misma de quien lo padece o en su economía, sino también en lo social, sea por la merma en la productividad, disminución de años de vida saludable y de la calidad de vida laboral.

Las normas vigentes para la prevención de los riesgos laborales deben ser cumplidas de manera obligatoria, es decir las leyes laborales deben ser “aplicadas” para no vulnerar el derecho al trabajo digno mediante prácticas riesgosas o desiguales entre los obreros del sector público y privado, lo que en su mayoría conduce a discriminaciones a tal punto de excluirlos del sistema de promoción y protección de la salud ocupacional.

Para que el sistema de nuestro país, como integrante de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y suscriptor de varios instrumentos internacionales, no puede ni debe mostrarse indiferente a las prácticas que hacen del trabajo un medio que menoscaba la dignidad de la persona, quien muchas veces se somete a trabajos insalubres con remuneraciones injustas por la necesidad de obtener los recursos para su subsistencia y la de su familia. Las instituciones de control laboral deben funcionar y aplicar sanciones a quienes evadan sus obligaciones respecto a la salud ocupacional, para que las normativas no pasen a ser integrante de una triste lista de leyes de letras muertas porque simplemente son ignoradas completamente en algunos casos.

Bibliografía

- ABC Color (2006). La vida se convierte en una lenta agonía en las caleras. Publicado en fecha 26 de Marzo de 2006. Recuperado de <http://www.abc.com.py/edicion-impres/economia/la-vida-se-convierte-en-una-lenta-agonia-en-las-caleras-93881.html>
- Arribalzaga, Martin E. DICCIONARIO JURÍDICO JURISPRUDENCIAL. Editorial Depalma. Año 2000.
- Collins, Harper. DICCIONARIO MÉDICO. Marban Libros S.R.L. Año 2011.

- CONSTITUCIÓN NACIONAL PARAGUAYA. Asunción, Paraguay. 20 de junio de 1992
- <https://marcielo08.wordpress.com/enfermedades-laborales/>
- <https://www.mspbs.gov.py/dependencias/imt/adjunto/230cba-saludocupacional.pdf>
- LA LEY, REVISTA JURÍDICA PARAGUAYA. Año 39. N° 10. Noviembre, 2016.
- Ley N° 213/93. CÓDIGO DEL TRABAJO. Asunción, 29 de octubre de 1993.
- Ley N° 5.804/17. QUE ESTABLECE EL SISTEMA NACIONAL DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. Asunción, 15 de diciembre de 2017.
- Paredes, Felipe S. GUÍA LABORAL – DISPOSICIONES LEGALES. COMENTARIOS Y DOCTRINA. Marben Editora. Año 2006.
- Ossorio, Manuel. DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES. Editorial Heliasta S.R.L. Año 1994.



EL NUEVO PARADIGMA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION EN PARAGUAY

*Dionicio Biedma*¹

Al respecto, creo útil empezar este análisis remarcando que uno de los postulados más importantes de la nueva tendencia de la reforma procesal penal latinoamericana son los sistemas recursivos con miras a garantizar la tutela judicial efectiva del condenado. Nuestro sistema procesal penal ha implementado para el efecto el medio impugnatorio vertical llamado Recurso Extraordinario de Casación incorporada bajo el principio del Estado de Derecho y seguridad jurídica. Este recurso extraordinario tiene la obligación de resguardar el principio de igualdad ante la ley, asegurando la interpretación unitaria, mantener la uniformidad de la jurisprudencia nacional, defender a los ciudadanos del trato desigual que se produce cuando los jueces de instancias inferiores dan soluciones diferentes a casos similares o análogos. En sentido amplio, la función esencial de la Casación es controlar y vigilar de conformidad con la Constitución y las leyes, la legalidad de los actos del poder público.

-
1. Abogado, egresado de la Universidad del Norte. Magister Legum (LL.M.), otorgado por el Instituto de Educación Superior de Ciencias Penales y Política Criminal; Prof. Dr. Jur. Wolfgang Schöne. Notario y Escribano Público. Especialista en Ciencias Penales. Especialista en Constitucional. Didáctica Superior Universitaria. Docente, Derecho Penal, Procesal Penal y Constitucional. Cursante del Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Iberoamérica.

La nueva concepción de la doctrina procesal penal ha generado en este nuevo milenio una cantidad importante de consecuencias de diversa índole. Una de ellas, es la casación, su corriente tradicional está limitada al derecho, sin embargo, se avizora una nueva corriente, promoviendo la amplitud del derecho, en busca de alcanzar la tutela judicial efectiva, agotar la capacidad de revisión mediante el control “derecho vs. hecho” revisar todo lo revisable en un fallo condenatorio por la máxima instancia judicial, apaleando a las disposiciones del “Art. 8.2.h, Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el Art. 14.5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, conforme estas normativas disponen la revisión de todos los autos procesales que puedan causar indefensión o daño irreparable al condenado.

En doctrina existen dos corrientes en relación a la forma o al objeto de la casación: a) Interpretación clásica, la misma refiere que la casación puede pronunciarse exclusivamente sobre cuestiones de derecho. La revisión es únicamente sobre la interpretación de la ley, le está vedada revisar los hechos. b) Interpretación amplia, esta corriente ha entendido que la casación no solo puede revisar cuestiones de derecho, sino que se deben revisar todo. Limitarlo implicaría violación al derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida en tratados internacionales de derechos humanos. Esta doctrina está basada en la teoría alemana llamada *Leistungsfähigkeit*² (agotamiento de la capacidad de revisión), la misma refiere que el tribunal de casación debe revisar todo lo que está al alcance de sus sentidos, excluyendo únicamente las cuestiones relacionadas al principio de inmediación. En contexto, nuestra legislación se apoya en la interpretación clásica, a la luz del objeto citado en el Art. 477 CPP³: Sin embargo, acorde a los motivos

2. <http://www.saberderecho.com/2005/09/nueva-palabra-para-el-scrabble.html?m-1>.
3. Ley 1.286/98, Código Procesal Penal, Legislación Paraguaya.

reglados en los Arts. 478, inc. 3 CPP, y 403, del mismo cuerpo normativo, apunta a una interpretación amplia.

No obstante, en un mundo en permanente cambio, surgen tendencias en alguna medida nuevas, como la diversidad de interpretación de la norma, en el caso particular, el alcance de la casación, aunque es un tema entusiastamente discutido en la doctrina desde varios años atrás que cada vez con mayor fuerza no solo cuestionan esas posiciones doctrinales, sino que han comenzado ya a plasmarse claramente en la jurisprudencia e incluso en la legislación positiva de otros países una interpretación amplia. De ahí es que resulta coherente sostener que existe la necesidad de proteger, por un lado, el sistema acusatorio oral en materia penal y, por otro, tutela judicial efectiva, en esa línea, coexisten controversias en doctrina que surgen en proporción. ¿Cuáles serían las consecuencias que podría traer aparejado otorgar el permiso al Tribunal de Casación para que se entrometa en las cuestiones de hecho?

El tema es palpitante y además compleja desde el punto de vista jurídico, por tanto, dadas las circunstancias y el breve espacio, me abocaré en cuestiones actuales e intentaré emitir un análisis crítico respecto a la nueva corriente doctrinal que pretende modificar la dogmática tradicional de la casación, analizando algunos fallos de legislaciones extranjeras; el propósito es promover el inicio al debate sobre el tema en cuestión, la razón, sencilla, conjugar las argumentaciones de uno u otros fallos, con uno de singular importancia para el Paraguay, como es el fallo “Curuguay”, pues estoy convencido que en esta materia y en otros puntos los juristas del Derecho debemos construir una doctrina, sin dejar de considerar lo que ocurre fuera de nuestras fronteras, para así estar en condiciones de responder a la hora de interponerse la casación con similares características. En contexto, la situación, desde ya bastante debatida, ha resultado fuertemente repercutida a partir de fallos emitidos por la Corte Interamericana de

Derechos Humanos⁴, cuya consideración resulta ineludible, por nuestra pertenencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aparte somos signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica⁵.

En ese orden de ideas, observamos que en la actualidad, en la doctrina argentina la Casación es un recurso amplio conforme al ordenamiento internacional de derechos humanos, pudiendo plantearse cuestiones de hechos y no únicamente cuestiones de derechos como sostiene la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal. Al respecto ROXIN⁶ refiere “...*que frente a una casación substantiva orientada a determinar si el derecho material fue correctamente aplicado al hecho comprobado por el tribunal de mérito, aunque también se contempla la procesal que apunta verificar los errores de esa índole cometidos por los tribunales inferiores...*”.

De ahí es que resulta coherente afirmar que para tratar de dilucidar las interrogantes planteadas, entiendo es preciso realizar un breve análisis a dos fallos históricos, primero porque a partir de esos fallos se impulsa el nuevo paradigma en materia de casación, segundo, porque originariamente la casación fue un típico recurso propio de un Estado legal de Derecho; el recurso extraordinario lo es, de un Estado constitucional de Derecho, donde prevalece la amplitud del derecho, desde esta óptica intentaré ilustrar la concesión del instituto de la casación.

-
4. Corte IDH, es un órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que goza de autonomía frente a los demás órganos de aquella y que tiene su sede en San José de Costa Rica. Su propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos a los cuales se somete el llamado Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
 5. Ley N° 1/89, Aprueba y Ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.
 6. Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Ediciones Del Puerto. Buenos Aires, 2000, pág. 469 y sgtes.

El primer fallo es la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷: Cito el caso “Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, dictada por S.D. de fecha 2 de julio de 2004; el fallo ordenó a ese país adecuar su legislación a lo dispuesto por el Art. 8. 2, inc. h) de la citada Convención, que consigna el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior. El magistrado de la Corte de Casación de Costa Rica, Dr. Guillermo Sojo Picado, resume la importancia de este caso destacando que la Corte Interamericana, consideró: “...1) que no se había garantizado el derecho a recurrir del recurrente de modo amplio según la exigencia del art. 8.2.b de la Convención; 2) que existe un derecho a recurrir el fallo; 3) que debe garantizarse un recurso ordinario, eficaz, accesible y sin restricciones, requisitos o complejidades; y 4) que cualquiera sea la denominación que reciba el recurso, debe garantizar un examen integral de la sentencia recurrida...”. Ahora bien, al hacer el análisis integral del fallo de la Corte Interamericana surgen interrogantes para cualquier observador del derecho, por ejemplo: ¿Cuál sería el efecto, la admisión del fallo en la legislación positiva y práctica procesal comparada? ¿Qué repercusiones podría generar a mediano o largo plazo en nuestra legislación y práctica procesal? ¿Qué consecuencias podría trasladar a la actual concepción del recurso de casación penal? Por último, ¿qué vulneraría los argumentos del fallo a la centralidad del nuevo proceso penal emergente de la reforma?

Ahora bien, al analizar las repercusiones del caso Herrera Ulloa en la Legislación y la Jurisprudencia Comparada. La doctrina procesal penal latinoamericana discute desde varios años atrás los alcances de la casación tradicional de origen francés, limitada a analizar las cuestiones de derecho y no las de hecho. Por el contrario, la nueva tendencia doctrinaria proyecta aplicar una nueva corriente bajo la

7. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/art-i.gulos/seriec 1-07 esp.pdf>.

terminología “metamorfosis” del recurso de casación, aludiendo el planteamiento de un cambio más real que formal en la concepción y tratamiento del instituto.

En Paraguay el fenómeno del recurso extraordinario de casación tiene como finalidad eminentemente ser defensora del “*ius constitutionis*”, por medio de dos vías: a) función monofiláctica: le importa la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico; b) función uniformadora: de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas para la protección de los derechos constitucionales y la eficacia de los instrumentos internacionales. De igual manera nuestra norma procesal se ha construido de manera uniforme en líneas jurisprudenciales dictadas por la Corte Suprema de Justicia, de este modo el recurso de casación se ha caracterizado por ser nomofilaquia. Por tanto, nuestra legislación al adoptar la función monofiláctica descrita en el presente párrafo, acepta una concepción tradicional o clásica en cuanto a la procedencia y alcance de la casación, con límites estrictos, que por su rigurosidad procesal un lato porcentaje son denegados.

La cuestión a dilucidar no es nueva y menos lineal en la doctrina, esta brecha fina que números autores discuten en cuanto a la distinción entre hecho y derecho es quizás el punto más arduo de la casación, la cual se reduce aparentemente a partir del caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, pues envía efectos directas para las legislaciones internas, ese país conocido por su destacada tradición institucionalista y acatamiento al fallo de la Corte Interamericana, ha tomado la iniciativa introduciendo reforma de su Código Procesal Penal de 1996, por la vía de la Ley N° 8.503 de 28 de abril de 2006, sintomáticamente denominada “Ley de Apertura de Casación Penal”. Esta norma introduce modificaciones a varios artículos de su Código Procesal Penal, admitiendo que el recurso de casación pueda controlar las cuestiones de hecho y de derecho.

La segunda jurisprudencia que va abriendo camino al análisis amplio de la casación fue el fallo emitida por la Corte Suprema de Justicia Argentina en fecha 20 de setiembre del 2005⁸. Ese país discutió ampliamente el denominado caso (Casal, Matías Eugenio y otros/robo simple en grado de tentativa), cuyo argumento es equiparado como otra directa consecuencia del fallo dictado por la Corte Interamericana. Entre sus argumentos más importantes hace referencia al apartado 34 e interpreta el Art. 456 del Código Procesal Penal, arg., relativo a las causales de casación, señalando: “Que se debe en el sentido habilitar una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, solo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas”. Una breve reseña de los hechos: Matías Casal fue condenado por el delito de robo con armas y se le impuso una pena de cinco años de prisión. El apelante argumentó que no fue probado que su cliente hubiera usado un arma y que el hecho de sustracción solo fue tipificado en grado de tentativa. Si los argumentos expuestos eran admitidos, en cuanto a la pena sería menor. La Cámara de Casación rechazó, bajo el argumento que la defensa técnica de Casal pretendía la revisión de los hechos que se dieron por probados en la sentencia y que esto era ajeno a la competencia de la Cámara, quien solo puede revisar la manera en que se interpretaron y aplicaron las leyes penales y procesales.

Este fallo motivó a la defensa de Casal llevar el caso ante la Corte Suprema de Justicia. Entre sus argumentos refiere que la Cámara de Casación había desconocido el derecho al apelante de realizar una

8. [Lhttp://.sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnico-Dgumento.html?idAnalisis=592139](http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnico-Dgumento.html?idAnalisis=592139).

revisión amplia de la sentencia, reconocida en la Convención Americana y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con jerarquía constitucional. La Corte Suprema, luego de analizar el fundamento por el cual la Cámara de Casación se había rehusado a revisar la condena de Casal y los argumentos planteados por la defensa, hizo lugar al recurso y ordenó a la Cámara Nacional de Casación Penal que revisara la condena de Casal (voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti, Argibay, Highton de Nolasco y Fayt). La Corte Suprema hace referencia que la Casación había basado su postura restrictiva en la concepción histórica y tradicional sobre el rol de un tribunal de casación. En contexto, sostuvo la Corte, este es un objetivo difícilmente realizable en un sistema federal, debido a su multiplicidad de jurisdicciones, pero que no constituía en sí mismo razón suficiente para privar al condenado del derecho a obtener una revisión integral de su condena. La jurisprudencia internacional establece que la revisión de la condena debe ser integral, que los únicos aspectos de la condena que no pueden ser reexaminados por la Casación son los que están íntimamente ligados a la inmediación. Es decir, aquellos aspectos que se relacionen con las pruebas producidas ante los magistrados que sentenciaron, y que los jueces que revisan la condena no pueden llegar a evaluar. De este modo, si bien la Cámara de Casación no puede revisar la impresión que un testigo causó en los magistrados de sentencia, sí puede controlar la coherencia de su declaración testimonial y si esta tiene la fuerza necesaria para probar o no el hecho por el que el imputado ha sido acusado. Por último, señaló que la norma había sido interpretada restrictivamente y, por ende, de modo inconstitucional por haber sido leída a la luz de la mencionada justificación histórica, pero que su formulación en sí no era inconstitucional. Por ello, la Corte no declaró la inconstitucionalidad de la norma, sino que estableció cuál es el criterio con que debe ser interpretada y aplicada.

Otro aspecto que es muy importante señalar son las consecuencias del caso Herrera Ulloa, luego Casal y otros, a más de las repercusiones del fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los países asignatarios, es la prevalencia de los tratados sobre las leyes internas en materia de derechos humanos, aparte que viene exigiendo el análisis amplio a la hora de sustanciar el control de la Casación, en aras de una tutela judicial más efectiva.

En Paraguay el control de Casación está centralizado exclusivamente a analizar las cuestiones de derecho, no siendo admisible el control de hechos. Sobre el punto, es pertinente insistir que en nuestra cultura jurídica todavía está fuertemente influenciada por el inquisitismo, ello obedece a las graves distorsiones que esa cultura generaron en nuestros sistemas jurídicos, aunque está claramente inmerso en la corriente reformista latinoamericana, que postula la centralidad del juicio con las consecuencias ya comentadas, bien puede ser catalogado en lo que respecta al tratamiento de los recursos como tradicional y ser formalista en extremo, al menos normativamente hablando. De esta manera y con referencia solo a este elemento en concreto, puede sostenerse razonablemente que nuestro sistema recursivo, y especialmente la casación, no deja de lado los formalismos que dificultan el acceso a la justicia, imposibilitando de esa manera la efectiva tutela judicial de los recurrentes. Así, con los argumentos expuestos, la futura doctrina legal aplicable debiera ampliar el espectro al análisis del recurso de casación, con la única limitación a tener en cuenta, sea la inmediación que afecta a las pruebas, pues otras limitaciones no existen, esta es la tendencia mayoritaria en el derecho comparado, caso contrario en esencia, pueden generar o mantener en muchos casos graves injusticias.

Por lo expuesto precedentemente, a mi juicio, los argumentos extraídos pueden ser destacados como favorables o si se quiere podrían ser señalados como adelantos para empezar a rediseñar nues-

tra legislación, en lo que se refiera al objeto revisable en materia de Casación, pudiendo así agotar todo lo revisable en un auto condenatorio. Dejando salvado que no pretendo que nuestra legislación copie textualmente las disposiciones de normas foráneas, que tanto daño ha hecho a nuestra legislación, empero si, dadas las obvias coincidencias de los problemas en el tratamiento de los recursos penales y, esencialmente la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, creo interesante y útil hacer el ejercicio de explorar las posibilidades que surgen en función al análisis del fallo Curuguaty.

El pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Py⁹, causa “Ministerio Público c/ Felipe Benítez Balmori y otros s/ S.H.P., de Homicidio Doloso en Grado de Tentativa, Lesión Grave, Asociación Criminal, Coacción Grave e Invasión de Inmueble Ajeno N° 130.2012, por Acuerdo y Sentencia N° 293/2018”. La Sala Penal de la Corte propició en este fallo anular las sanciones impuestas por Sentencia Definitiva N° 43 de fecha 77 de julio de 2076 dictada por el Tribunal de Sentencia Colegiado de la Circunscripción Judicial de Canindeyú como corolario del Juicio Oral y Público y confirmada por Acuerdo y Sentencia N° 75 del 29 de mayo de 2077. Conforme a los argumentos planteados por la defensa en el presente recurso solicito que se declare la nulidad de los fallos condenatorios citados más arriba, uno de los agravios fue la falta de fundamentación en cuanto hace a la valoración de la prueba, otro, la subsunción de la conducta de los condenados en el tipo penal, sobre los hechos que fueron utilizados para sustentar la calificación del hecho punible...”. Según la experiencia, a la luz de los agravios planteados y los argumentos del fallo, no existe duda que la cuestión del caso fue la falta de acreditación de los hechos.

9. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Paraguay. www.csj.gov.py.

Tal es así que los argumentos utilizados a la hora de fundamentar el fallo indicaron entre otras cosas; el Dr. Emiliano Rolón “...*dijo que hubo una fundamentación deficiente... que existe incongruencia entre los hechos acusados y los condenados, además no se determinó quién mató a quién y con qué armas, por lo que el fallo es infundado...*”. Por su parte, el Dr. Cristóbal Sánchez “...*dijo que las pericias se realizaron en forma ilegal, ya que no notificaron a la defensa técnica... cuestiono que hubo falta de fundamentación de las resoluciones, que no se analizaron todos los aspectos cuestionados por la defensa en 112 errores y falsedades señaladas... que hubo indefensión de los campesinos, ya que se les acusó de homicidio tentado, y los condenaron por homicidio consumado...*”. Por lo expuesto concluyen: “...*En un Estado ‘Democrático’, ‘social de Derecho’ y ‘Republicano’, modelo diseñado por la Constitución Nacional vigente, preámbulo y art. 1e., la base de su orientación lo constituye el ‘Ser Humano’, eje y motor del universo jurídico, pues en las democracias, la soberanía radica en el pueblo... en el Estado Social de Derecho hay un sujeto preeminente que es el individuo... y el contralor de las actividades públicas, el juzgamiento lo es, está a control del común de la gente, mediante el mecanismo de la oralización de los procesos penales. Las decisiones deben ser vistas desde la perspectiva del servicio de justicia de cara al pueblo y en esta administración, nadie puede ser condenado por aproximación, o por habérselo avistado en el sitio de los hechos, sino a través de constancias claras de su participación en el ‘en el ilícito’*”.

A mi juicio, los argumentos vertidos en el fallo Curuguaty abren el camino a un nuevo paradigma en cuanto al tratamiento de la casación, sustentados en la doctrina alemana, en cuanto al agostamiento de la capacidad de revisión –con el cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que puede revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable–. En este sentido, el recurso de casación articulado bajo la hipóte-

sis prevista en el Art. 477 CPP, debe ser entendido en armonía con los artículos 8.2. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de san José de Costa Rica, de modo que se garantice a la defensa una amplia revisión de los agravios que suscite la sentencia condenatoria, más allá de que ellos aludan a temas de valoración de la prueba para determinar el juicio de subsunción en una figura determinada.

Que de tales antecedentes resulta inequívocamente la obligación del Estado paraguayo de empezar a analizar una reforma procesal penal, de modo que el recurso de casación permita un examen integral de la decisión recurrible a través del amplio conocimiento de la causa, y cuyo único límite estaría dado por aquello que surja de manera directa y excluyente de la inmediación, y de cuyos pormenores no existiera constancia actuada. En tanto dicha adecuación no se produzca, corresponde a la Corte, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y en su carácter de administrador de justicia, adoptar las medidas de carácter no legislativo tendientes a asegurar la correcta aplicación del derecho y esencialmente la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A tal efecto, ha de interpretarse el recurso de casación penal con la mayor amplitud que el régimen procesal vigente permite, esto es, permitiendo la revisión integral de la sentencia recurrida con lo sola excepción de la prueba recibida oralmente y no registrada, dada la imposibilidad fáctica de hacerlo en ese caso.

Así, pese a los avances anotados precedentemente, es innegable que todavía el tratamiento del sistema recursivo penal en nuestro país mantiene una orientación formalista en el sentido que frecuentemente, por cuestiones de forma, los tribunales de casación evitan ingresar al análisis de hecho del caso, manteniendo o permitiendo incluso en algunos casos errores y hasta injusticias registradas ante los jueces o tribunales de sentencia. Entonces, un primer elemento a ex-

plorar consiste en introducir vía doctrina legal aplicable los entendimientos suficientes para despojar de ese rasgo formalista el sistema recursivo, de forma que el acceso a la justicia de los recurrentes sea expedito y no una carrera de obstáculos, pese a los inconvenientes que esa postura podría generar.

En esa línea, la doctrina muestra grandes avances planteados como respuesta a esas distorsiones y con base a las denominadas doctrinas de la arbitrariedad de la sentencia, un punto intermedio o equilibrado en la pugna de valoración de hechos vs. derechos, motivando: “...Un examen y consideración cuando el desvío de lo juzgado, por caso, en el núcleo de la prueba, tiene gruesas fallas lógicas y la evaluación de los medios ha llevado a resultados insostenibles (absurdo y/o arbitrariedad), desvirtuándose el sentido de la misma, supuestos en los que la revisión deviene insoslayable para que la solución jurídica sea correcta y al cabo, también justa...”. De ahí que se habla de la doctrina del máximo rendimiento, se entiende del recurso.

El próximo paso en la doctrina legal aplicable tendría que tender también a abarcar el aspecto de ingresar paulatinamente a realizar un examen integral de los elementos de hecho y derecho venidos en la casación, SIN JAMÁS dejar de lado el elemental respeto de los principios informadores del juicio oral, especialmente, la inmediación y la defensa. En definitiva, la modificación del tradicional entendimiento del recurso de casación, tendiendo hacia la construcción de un nuevo recurso de casación que adopte por lo menos una posición intermedia o híbrida entre los actuales extremos respecto de la pugna entre hechos versus derechos, aunque manteniendo indemnes los principios informadores del juicio oral y, claro está, las garantías constitucionales que están detrás de aquellos. Es poco factible que estos cambios sean normativamente realizados toda vez que en el momento actual no existen las mínimas posibilidades de esperar algún tratamiento legislativo sobre el tema, por lo que deberán ser introducidos median-

te interpretaciones legales realizadas mediante la doctrina legal aplicable; aunque es obvio, deben partir de la actual normativa positiva, desentrañándola. Ejemplo, existe jurisprudencia refiriendo que el principio de inmediación no resulta vulnerado cuando el análisis de los tribunales que resolvieron los recursos fue apoyado en pruebas documentales. Así las cosas, apunta que el futuro mediato del recurso analizado desembocará en la revisión integral del fallo impugnado, aunque preservando los derechos y principios propios del juicio oral. Por último, juzgo que más allá de pensar en reformas legislativas inmediatas o siquiera mediatas dadas las actuales prioridades legislativas que apuntan hacia otros temas (aunque las consecuencias del fallo de la Corte Interamericana también debieran darnos por aludidos a nivel Parlamento), la doctrina legal aplicable tiene ante sí el enorme desafío de recepcionar estas tendencias procesales prácticamente universales en la medida que la actual legislación lo permita –un excelente ejemplo es el fallo Curuguay– de forma que el tratamiento de nuestro recurso de casación precautelando en todo momento los principios antes mencionados, pueda ofrecer nuevas interpretaciones que permitan en casos por lo menos excepcionales, avanzar hacia la construcción de una doctrina más afín a posturas intermedias entre la casación tradicional y las nuevas corrientes, pero mucho más cercanas al fin definitivo de la administración de justicia, lograr la tutela judicial efectiva.

En resumen: de los diversos elementos que se han recolectado a lo largo de este trabajo, tanto fallos extranjeros, tratados, posiciones doctrinarias, a más del fallo Curuguay, se puede concluir que la distinción en una cuestión de hecho y derecho, en la concesión del instituto de la casación, que en un primer momento aparece distanciada entre ambos conceptos, no es tan así, por estas derivaciones:

¿Qué consecuencias podría traer aparejado otorgar la admisibilidad al tribunal de casación abordar el análisis de cuestiones de hecho?

La respuesta más inmediata podría ser el riesgo de que el tribunal de casación, medio impugnativo extraordinario, se convierta en una tercera instancia.

Por el contrario, ¿qué ocurriría no admitir al tribunal de casación abordar las cuestiones de hecho?

La consecuencia a simple vista podría ser convalidar una motivación errónea en la calificación, definición o subsunción legal de los hechos de la casusa, en pocas palabras, ratificar el error en el encuadramiento del caso a la ley, realizada por el tribunal de merito.

Por último, lo que faltaría es dilucidar lo que tradicionalmente se considera “cuestiones de hecho”, interrogante a analizar en la próxima publicación de la Revista Jurídica.



FAMILIA SUSTITUTA: GUARDA VS. ADOPCIÓN

José Adolfo Torres Meza¹

Síntesis/sumario

En el presente artículo se realiza un breve desarrollo de la familia sustituta, en sus formas y finalidad como instituto de protección de la niñez y la adolescencia; principalmente se focaliza en la guarda y la adopción, que tienen un punto de conexión en lo que se conoce como las guardas con fines de adopción o preadoptivas.

Para comprender acabadamente la finalidad de cada una de estas formas de familia sustituta, se buscará su sustrato legal en el Código de la Niñez y la Adolescencia, y en la ley de Adopciones.

Se enfoca el tema haciendo un paralelismo de ambas formas de familia sustituta, y se presentan las posiciones jurídicas en nuestra doctrina y jurisprudencia; de esta manera, el lector tendrá la posibilidad de conocer los fundamentos en que se sostienen y advertir la necesidad de introducir modificaciones legislativas para que ambos institutos –principalmente la adopción– logren su finalidad de manera efectiva.

-
1. Abogado egresado de la Universidad Nacional de Asunción (UNA), Especialista en Derecho Civil y Comercial por la UNA, Especialista en Docencia Superior Universitaria por la UNA, Magister en Derecho Civil y Comercial por UNA; Notario egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica; Docente de las Cátedras Marco Jurídico II (UNA) y Ética Profesional y Deontología Jurídica (UNINORTE); Doctorando en Ciencias Jurídicas (UNIBE); Actualmente ejerciendo el cargo de Defensor Público de la ciudad de Caacupé.

Palabras claves: Familia Sustituta – Guarda – Adopción – Guarda Preadoptiva

Consideraciones generales

La doctrina de protección integral proyecta que el sujeto en proceso de formación –ya sea niño, niña o adolescente– se desarrolle plena y armónicamente en todos sus aspectos esenciales para ser en su adultez un sujeto íntegro dentro de la sociedad; en este sentido, se considera que el ambiente adecuado para que se dé ese desarrollo es dentro de la familia.

El principio general es que todo niño o adolescente tiene derecho a conocer y a vivir con su familia biológica, pero este derecho no es absoluto; eventualmente, también tendrían derecho a ser separados de su núcleo familiar –como medida de protección– en los casos en que la familia de origen no sea apta, por existir factores que vulneran su derecho a un desarrollo integral en un ambiente de armonía, afectividad, seguridad y estabilidad. Entonces, para estos casos o cuando el niño o adolescente no tenga familia, la ley ha concebido la figura de la **familia sustituta**.

La familia sustituta es aquella que, no siendo la familia de origen, acoge –por orden judicial– a un niño, niña o adolescente privado permanente o temporalmente de su núcleo familiar; ya sea por carecer de padre y de madre, o porque éstos se encuentran privados o suspendidos en el ejercicio de la Patria Potestad.

Al respecto, el Art. 103 del Código de la Niñez y la Adolescencia dispone: ***“DE LA ACOGIDA EN FAMILIA SUSTITUTA: El niño o adolescente, privado de su núcleo familiar por orden judicial, podrá ser acogido por una familia, temporalmente, mediante la guarda, la tutela o definitivamente, por la adopción.***

La familia o persona que acoja al niño o adolescente quedará

obligada a alimentarlo, educarlo, cuidarlo y protegerlo, en la misma medida que corresponde a la misma, como núcleo familiar”.

Siguiendo con la línea adoptada por nuestro código, tenemos que la familia sustituta puede darse en dos maneras: *temporal* o *permanente*.

La familia sustituta temporal se da con la *guarda* y la *tutela*, si bien la tutela está más bien delimitada a menores no sometidos a la patria potestad; veremos que no ocurre ello con la guarda, puesto que la guarda incluso puede ser oponible a los progenitores. En cuanto a la familia sustituta permanente, la ley establece a la *adopción*.

De esta pequeña exposición se desprende la dicotomía existente en nuestra realidad, ya que se debe delimitar –caso por caso– cuándo es apropiado optar por una guarda y cuando agotar los engorrosos trámites de un juicio de adopción (que en la mayoría de los casos viene precedido de otro proceso, que es la declaración de estado de adopción); la respuesta es simple, todo se circunscribe al interés superior del niño.

No obstante, la ley también establece las pautas para la aplicación de una u otra forma de familia sustituta; al respecto, menciona la parte final del Art. 105 del Código de la Niñez y la Adolescencia: *“En caso de niños menores de seis años, deberá priorizarse la adopción”.*

Pero la fórmula no es tan simple como parece, ya que –como se mencionó– en la mayoría de los casos el juicio de adopción viene precedido de otro proceso, que es la declaración de estado de adopción²; y

2. **Artículo 23 (Ley 1.136/97, “De Adopciones”).** La declaración de estado de adopción será determinada por el juez en todos los casos antes de iniciar el juicio de adopción.
Los procesos por los cuales se declara a niños en estado de adopción son independientes de los juicios de adopción.
De la declaración de estado de adopción se remitirá copia al Centro de Adopciones, a sus efectos.

este proceso en la práctica suele durar años. Entonces, he aquí los problemas: ¿cómo garantizarle al niño su permanencia en una familia mientras dura este proceso? ¿Puede recurrirse a las guardas preadop-
tivas antes de la declaración de estado de adopción?

Para tratar de dar respuesta a estas cuestiones, debemos analizar ambos institutos jurídicos y delimitar sus alcances de manera apropiada; siempre a la luz de nuestro ordenamiento jurídico vigente, ya que la doctrina nacional y —especialmente— los fallos judiciales siempre deben ser un desarrollo de la ley.

La Guarda

Esta modalidad de familia sustituta temporal está definida en el Art. 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que establece: “*La guarda es una medida por la cual el Juzgado encomienda a una persona, comprobadamente apta, el cuidado, protección, atención y asistencia integral del niño o adolescente objeto de la misma e impone a quien la ejerce:*

a) la obligación de prestar asistencia material, afectiva y educativa al niño o adolescente; y

b) la obligación de ejercer la defensa de los derechos del niño o adolescente, incluso frente a sus padres.

La guarda podrá ser revocada en cualquier momento por decisión judicial”.

De la definición legal, corresponde desmenuzar sus principales elementos y características; en este sentido, se tiene que sólo el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia puede otorgar la guarda. En todos los casos en donde una persona mayor acoge a un niño o adolescente sin que el Juzgado competente haya dictado la autorización pertinente, existe la obligación legal de comunicar este hecho al Órgano Jurisdic-

cional en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de incurrir en el hecho punible establecido en el Artículo 222 del Código Penal³.

Dicho de otra manera, el adulto que tiene bajo su cargo un niño o adolescente –que no sea su hijo– está obligado a comunicar al juez competente, dentro del plazo legal, a fin de que este autorice la guarda; de lo contrario, se estaría cometiendo el hecho punible de violación de las reglas de adopción.

Para otorgar la guarda, el Órgano Jurisdiccional previamente debe comprobar que la persona sea apta y que reúna las condiciones establecidas en la ley; para ello “*el Juez tendrá en cuenta el grado de parentesco y la relación de afectividad y deberá disponer la verificación de las condiciones de albergabilidad de la familia, como así también el posterior seguimiento con el fin de garantizar el cumplimiento de los derechos del niño*” (Art. 104, CNyA).

Como se observa, el Órgano Jurisdiccional debe siempre dar prioridad a personas que tengan un grado de parentesco con el niño; en segundo orden, que los pretendientes guardadores tengan una relación de afectividad con el niño (ya que este instituto supone una asistencia material, afectiva y educativa); y en todos los casos verificar las condiciones de albergabilidad de la familia guardadora, que se realiza mediante un estudio socioambiental de la trabajadora social del Equipo Asesor de Justicia, sin perjuicio de que el juez también verifique las condiciones personalmente.

-
3. **Artículo 222 (Código Penal). Violación de las reglas de adopción.** 1º) El titular de la patria potestad que, eludiendo los procedimientos legales para la adopción o colocación familiar y con el fin de establecer una relación análoga a la filiación, entregara su niño a otro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa. Con la misma pena será castigado el que en estas condiciones recibiera al niño. 2º) El que intermediara en la entrega o recepción descrita en el inciso anterior, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. Cuando el autor realizara el hecho con el fin de obtener un beneficio económico, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta cinco años.

De lo dicho anteriormente surge la interrogante: ¿puede el Órgano Jurisdiccional otorgar la guarda de un niño a una persona que no tenga parentesco? Para responder esta cuestión se debe recurrir a la norma legal como fundamento de toda decisión jurisdiccional, al respecto, el texto menciona: “... *el Juez tendrá en cuenta el grado de parentesco y la relación de afectividad...*”; lo que supone la exigencia de tener en consideración prioritaria a las personas que tengan las condiciones señaladas. Sin embargo, puede ocurrir el caso en que los parientes no estén dispuestos, no quieran asumir la responsabilidad, o incluso que no se tenga conocimiento de algún pariente del niño; en todos esos supuestos el Órgano Jurisdiccional podría conceder la guarda a personas no parientes, valorando la simplemente la relación de afectividad y las demás condiciones exigidas por la ley.

La guarda bajo ningún caso puede ser un ropaje jurídico para situaciones diferentes a su finalidad, para garantizar ello la misma deberá ser acompañada y evaluada periódicamente por el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia y sus *auxiliares*⁴; esto puede realizarse de diversas maneras, *ej.*: algunos jueces fijan la obligación trimestral de que el guardador comparezca ante el Juzgado y presente al niño, también es posible mediante realizar el seguimiento mediante el Equipo Asesor de Justicia⁵.

Se debe recalcar que la guarda solo puede ser establecida por el juez, en ningún caso el responsable de la guarda de un niño o adolescente podrá transferir la misma a terceros, sean estas personas físicas

4. **Artículo 165. Del Equipo Asesor de la Justicia:** Los auxiliares especializados serán profesionales: médicos, pedagogos, sicólogos, sociólogos y trabajadores sociales, entre otros, que conformarán un equipo multidisciplinario con la finalidad de asesorar a la justicia de la Niñez y la Adolescencia.
5. **Artículo 166. De sus atribuciones:** Serán atribuciones de los auxiliares especializados: ...b) **realizar el seguimiento de las medidas ordenadas por el Juez**, emitiendo el dictamen técnico para la evaluación correspondiente, así como las recomendaciones para la toma de las medidas pertinentes.

o entidades públicas o privadas, bajo apercibimiento de incurrir en el hecho punible establecido en el Artículo 222 del Código Penal.

En cuanto a los límites y alcances de la guarda, tenemos que en nuestro ordenamiento este instituto compele al guardador el deber de ejercer obligatoriamente la defensa de los derechos del niño o adolescente, incluso frente a sus padres; ya que no en pocas ocasiones los progenitores pretendieron sobrepasar la figura del guardador, desconociendo que hasta que la misma no sea revocada prevalece como medida de protección del niño.

La Adopción

La Ley 1.136/97 “De adopciones”, define en su Artículo 1º, estableciendo que: *“La adopción es la institución jurídica de protección al niño y adolescente en el ámbito familiar y social por la que, bajo vigilancia del Estado, el adoptado entra a formar parte de la familia o crea una familia con el adoptante, en calidad de hijo, y deja de pertenecer a su familia consanguínea, salvo en el caso de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente”*.

La adopción es plena, indivisible e irrevocable y confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen y le otorga los mismos derechos y obligaciones de los hijos biológicos.

Para que un niño o adolescente pueda ser adoptado debe previamente ser declarado “en estado de adopción”, ello puede darse a consecuencia de la pérdida⁶ de la Patria Potestad de los progenitores

6. **Artículo 73 (Código de la Niñez y la Adolescencia). De la pérdida de la patria potestad:** La patria potestad se perderá por declaración judicial en los siguientes casos: a) por haber sido condenado por la comisión de un hecho punible en perjuicio de su hijo; b) por haber fracasado el proceso de adaptación a la convivencia, en los casos en que se trate de hijos adoptivos; c) por acciones que causen grave daño físico, psíquico o mental a su hijo; y, d) por omisiones que, por su gravedad, pongan a su hijo en estado de abandono y peligro.

biológicos, o en su caso, la extinción⁷ —de la patria potestad— antes de la mayoría de edad o de ser emancipados.

En nuestro ordenamiento se concibe como una medida de carácter excepcional de protección al niño y se establece en función de su interés superior. Esto es, para hacer efectivo su derecho a desarrollarse integralmente en una familia permanente que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales.

De esta manera se deja de lado el paradigma de que la adopción tiene la finalidad de *dar hijos a adultos con paternidad o maternidad frustrada*, como se mencionó, es un instituto de protección del niño que busca su bienestar integral.

El problema de las guardas con fines de adopción

El tema de las guardas preadoptivas o guarda con fines de adopción, es una cuestión que en nuestro país ha generado posturas controversiales; ya que, por un lado, existe una postura seguida por el Ministerio de la Niñez y la Adolescencia, Centro de Adopciones y varios Tribunales —principalmente de la Capital y de Central— que sostienen que este tipo de guarda no puede ser dada sino dentro de un proceso de adopción (previa declaración de estado de adopción).

Por otro lado, la necesidad y la práctica en todo el resto del país (donde el Ministerio de la Niñez y el Centro de Adopciones están prácticamente ausentes) se inclinan por otorgar guardas toda vez que se justifique que sea en beneficio del interés superior del niño, aun cuando éstas sean evidentemente con fines de adopción.

7. **Artículo 75. De la extinción de la patria potestad:** La patria potestad se extinguirá: a) por la muerte de los padres...

Desarrollo de ambas posturas:

Postura en contra de las guardas con fines de adopción.

Los que siguen esta postura, entre ellas la magistrada María Eugenia Giménez de Allen⁸, sostienen que la guarda preadoptiva únicamente puede concederse dentro de un proceso de adopción; después de haberse declarado al niño en estado de adopción.

Apoya su argumento con base a las disposiciones de la Ley de Adopciones, que contempla dos juicios para llegar a una Sentencia de Adopción: **el primero de ellos, la declaración de estado de adopción**, que agota todas las posibilidades de localización de la familia nuclear y ampliada del niño, para posteriormente procurar el mantenimiento del vínculo familiar y, recién en caso de no ser posible dicho mantenimiento, se declara al niño en estado de adopción; lo que trae como consecuencia la pérdida de la patria potestad y la ruptura del vínculo con su familia biológica. Esta declaración de estado de adopción debe ser comunicada al Centro de Adopciones.

Destaca también la citada jurista, que la búsqueda y localización de la familia biológica del niño, así como el periodo de mantenimiento del vínculo familiar, están a cargo del Centro de Adopciones, que también es la institución encargada de evaluar y seleccionar a los futuros adoptantes.

En estas condiciones se puede iniciar **el juicio de adopción**, que será promovido por las personas que cuenten con la “propuesta de adopción” del Centro de Adopciones ante el juez competente, quien correrá vista de la solicitud al fiscal y al defensor de la Niñez y la Adolescencia; aceptada la propuesta, se señalará la audiencia para que sean oídos los adoptantes y el niño, en su caso.

8. A.I. N° 162 del 01 de setiembre de 2014, Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia de Central. Juicio: “K.M. s/ Guarda”.

Una vez que los adoptantes y el niño, en su caso, presten su consentimiento, el juez deberá conceder la guarda provisoria a los adoptantes por un periodo no menor a 30 días; con la finalidad de evaluarse el proceso de adaptación entre el adoptado y los adoptantes. Sobre este punto, la citada magistrada menciona: “*es la única guarda de esta naturaleza (refiriéndose a la guarda preadoptiva) que reviste la característica de ser legal*”⁹; y agrega: “*Toda guarda preadoptiva, dictada fuera del contexto de la ley de Adopciones, es una medida que está fuera de la ley y por tal motivo concluyo que debe ser declarada nula...*”¹⁰, sentenciado que la violación del proceso de adopción no puede realizarse so pretexto del interés superior del niño: “*El principio del INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO no puede justificar la violación del proceso previsto en la ley, que es de orden público*”¹¹.

Finalmente, para salvar la situación de los niños y adolescentes que se encuentran en proceso de declaración de estado de adopción, menciona: “*A los efectos de que el niño en proceso de declaración de estado de adopción y adopción se encuentre protegido y cuidado por una familia y no permanezca en una institución, existen los programas de familias acogedoras, que son aquellas que han sido capacitadas y preparadas para el cuidado transitorio del niño durante este periodo, que debe ser el más breve posible, conforme a los principios vigentes en nuestra jurisdicción especializada*”¹².

Postura a favor de las guardas con fines de adopción. Si bien la ley de adopciones contempla una guarda provisoria dentro del proceso de adopción, no es la única guarda preadoptiva que contempla la citada norma; esto se afirma en base a varias disposiciones que se transcriben a continuación:

-
9. Ídem.
10. Ídem.
11. Ídem.
12. Ídem.

“Artículo 7º. *Pueden ser adoptados niños y adolescentes: e) que se encuentran por más de dos años acogidos bajo tutela o guarda del adoptante, previo consentimiento de los padres biológicos o declaración judicial de estado de adopción, según el caso”.*

Artículo 21, último párrafo: *“No se requerirá este trámite (mantenimiento del vínculo familiar) para la adopción cuando el niño... haya estado acogido en guarda o tutela por más de dos años”.*

Y a esto se le suma que la propia ley en el **artículo 43** (referente a la guarda provisoria en el juicio de adopción) dispone que este trámite no es necesario cuando el adoptado *“haya estado bajo la guarda o tutela del adoptante por más de dos años”.*

Ante estas disposiciones es difícil sostener que toda guarda preadoptiva dictada fuera del contexto de un juicio de adopción es nula, puesto que la propia ley prevé otras formas de guardas preadoptivas; y aún más, declara que si esa guarda se ha extendido por más de dos años, ya no es necesario realizar el periodo de mantenimiento del vínculo familiar ni tampoco el trámite de “guarda provisoria” cuya única finalidad es evaluar la adaptación entre el adoptado y sus adoptantes.

Esta es la respuesta más obvia y más lógica, de otra manera ¿cómo quedaría el vínculo afectivo que el niño vino desarrollando con sus guardadores?, ya que no son pocos los casos en que el niño ya ha desarrollado una *identidad* de hijo, respecto de sus guardadores (y viceversa). En estas condiciones no se puede sostener que la guarda con fines de adopción viola las reglas de adopción, puesto que ni la Ley de Adopciones, ni el Código de la Niñez establecen un plazo máximo de duración de la guarda (y generalmente esta se prolonga por años); tampoco se prevé una prohibición expresa de otorgar guardas preadoptivas.

Al hablar de identidad, en el párrafo anterior, nos referimos a que durante su desarrollo como persona —el niño o adolescente— también

desarrolla la faceta dinámica de su identidad. “*En particular, interesa destacar los dos tramos que integran el concepto de identidad: **el estático** –conformado por algunos datos permanentes como el genoma, las huellas dactilares y los signos que integran la personalidad: nombre, datos de nacimiento, edad, imagen, estado civil– y **el dinámico** –conformado a partir de los valores de la cultura, el ambiente y el despliegue de la condición humana– de gran incidencia en el tema de la adopción*”¹³.

Se ha mencionado, para responder al problema de las guardas de larga duración, que “*existen los programas de familias acogedoras, que son aquellas que han sido capacitadas y preparadas para el cuidado transitorio del niño durante este periodo*”. Pero son absolutamente insuficientes, ya que su cobertura no abarca toda la necesidad –especialmente en el interior del país– por ser muy limitadas; por ello, ante la urgencia, se opta por una guarda para evitar la institucionalización del niño.

Los que sostienen la postura contraria, afirman que los artículos transcritos fueron incorporados sólo con la finalidad de regularizar las guardas –con más de dos años– anteriores a la vigencia de la ley. Sin embargo, dichas normas no son disposiciones transitorias; son parte del cuerpo de la Ley de Adopciones y tienen plena vigencia para todos los casos que se encuentran encuadrados dentro de sus previsiones.

Problema de las adopciones en nuestro país

En nuestro país existen graves dificultades en materia de adopciones, todavía se tiene en la conciencia social a la adopción como una forma de satisfacer las necesidades de paternidad o maternidad frus-

13. GONZÁLEZ DE VICEL, MARIELA (2015) *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo II*, pág. 359. Buenos Aires: Infojus.

trada de los adultos y no como una medida de protección del niño o adolescente. Esto se afirma tomando en consideración que los postulantes a padres adoptivos tienen preferencia en niños o niñas recién nacidos (RN) o menores de un año, y a ello se suma que la ley da prioridad de adopción solo a los casos de niños menores de 6 años (Art. 105 del CNyA, última parte).

En este contexto, la casuística nos enseña que aquellos niños mayores de 7 años –y adolescentes– se ven prácticamente privados de ser adoptados. Por ello, la ley necesita prever un procedimiento especial para los comprendidos en esta franja etaria y, de ser necesario, generar mecanismos de incentivo para estos casos; ya lo que se busca es el beneficio del niño, que es prevalente por encima de los deseos de los adultos que deseen adoptar.

Otro grave problema, consiste en la desnaturalización de la guarda como respuesta a la excesiva burocratización del régimen de adopción. En la práctica, los procesos de Medidas Cautelares de Protección duran años y finalizan con una Resolución en donde se concede la guarda –de niños o adolescentes– a adultos que ya venían por un tiempo extendido haciéndose cargo de los menores, legitimándose así una relación de hecho. Es decir, se da una solución temporal a un problema de fondo que subsiste; ya que la guarda, por su carácter temporal, solo debería darse mientras subsisten los problemas que motivaron que el niño sea apartado de su familiar nuclear, y en caso de determinarse que el menor no puede ser reinsertado a su entorno natural, por ser este nocivo para su desarrollo integral, automáticamente –de oficio– debería convertirse el proceso judicial a un juicio de declaración de estado de adopción.

Otro problema que alarga excesivamente el juicio de declaración de estado de adopción, es la de excesiva priorización a la familia nuclear; la mayoría de los juzgados insisten en el restablecimiento del vínculo familiar aun en los casos en que no existe intención por parte

de los progenitores biológicos, que no demuestran progreso ni predisposición de superar los problemas que generaron la situación del niño. De esta manera, se extiende el tiempo y se dilata la resolución de declaración de estado de adopción, y la consecuente pérdida de la patria potestad, no priorizándose el interés superior del niño; ya que éste permanece por mucho tiempo en guarda o abrigo.

Finalmente, el fracaso mayor de la Ley de Adopciones se encuentra en el rol que concentra en el Centro de Adopciones que solo tiene oficinas en la ciudad de Asunción, cuando en teoría debería tener mínimamente una dependencia por Circunscripción Judicial; y, como se vio, este órgano tiene intervención necesaria en todos los juicios de Declaración de Estado de Adopción y de Adopción (quedando a su cargo los trámites de la búsqueda y localización de la familia biológica del niño, el periodo de mantenimiento del vínculo familiar, evaluar y proponer a los adoptantes, hacer el seguimiento de la guarda provisoria, etc.). Todo ello torna excesivamente burocrático al proceso de adopción, ya que la capacidad de respuesta del Centro de Adopciones no se ajusta a la necesidad. Esto ineludiblemente trae como necesidad la modificación de la Ley de Adopciones, a los efectos de que dichas diligencias dependan exclusivamente de los juzgados de la Niñez y la Adolescencia.

MARCO NORMATIVO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA Y PARAGUAY

María del Mar Peralta Boggino¹

Palabras clave: acceso a la información, transparencia, democracia, fuente pública, derecho fundamental.

Resumen

En la actualidad, la implicación ciudadana en los asuntos estatales resulta uno de los principales fundamentos de la democracia, idea de participación que en épocas anteriores se entendía suficiente con la mera elección de los legítimos representantes sin posibilidad de realizar control, o cuanto menos control profundo, sobre la actuación de estos.

-
1. Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Asunción (2014). Máster en Gestión Pública Avanzada por la Universidad de Barcelona (2018). Funcionaria del Banco Central del Paraguay – Unidad Jurídica, Departamento Jurídico del Sector Entidades de Seguros (2015 – actualidad). Auxiliar de la Enseñanza en las cátedras de Taller de Jurisprudencia II (2015) y Finanzas Públicas (2015 – actualidad), de la Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Asunción. Docente de grado en las cátedras Finanzas Públicas y Legislación Tributaria en la Universidad Iberoamericana –UNIBE (2016 -2017). Docente de Postgrado en el Diplomado en Gestión Integral de Seguros – Universidad de Integración de las Américas –UNIDA (2016 -2017).

Hoy en día, las exigencias de un Estado democrático son distintas y la ciudadanía reclama entonces una mayor participación y control de la actividad estatal y es por lo que de un tiempo a esta parte se han venido implementando nuevas herramientas al alcance del ciudadano para realizar dicho control de la gestión pública.

En el contexto mencionado, la doctrina refiere a que “*La transparencia de las Administraciones Públicas se considera hoy... como un corolario ineludible de todo Estado democrático, en el cual los ciudadanos deben poder controlar el ejercicio del poder público, lo que requiere el acceso a las fuentes de información públicas*”².

Así las cosas, esta nueva visión y, hasta si se quiere cambio de paradigma, de aquí a un tiempo se ha convertido en un fenómeno global, ya que numerosos países alrededor del mundo han reconocido el derecho de acceso a la información pública en sus constituciones y también han sancionado leyes de transparencia y de acceso a la información pública. No han escapado a esta situación España, sus comunidades autónomas y tampoco Paraguay.

Partiendo de la regulación constitucional del derecho en ambos países, en el año 2013 ha sancionado la Ley N° 19/2013 de 9 de diciembre, *De transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Por su parte, el Paraguay en el año 2014 ha sancionado la Ley N° 5.282/2014 de 18 de setiembre, *De libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental*, norma legal que al año siguiente ha sido reglamentada a través del Decreto del Poder Ejecutivo N° 4.064/2015 de 17 de setiembre de 2015.

Con la aprobación de estas leyes, que conforman el marco normativo regulador del derecho de acceso a la información pública en Espa-

2. GAMERO CASADO, Eduardo; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y MORA RUÍZ, Manuela: *Derecho Administrativo para estudios no jurídicos*, Tecnos, Madrid, 2016, p. 222.

ña y Paraguay, se han desarrollado las respectivas herramientas para el ejercicio de los principios y derechos reconocidos en las mismas, ello en línea con las nuevas tendencias de transparencia y lucha contra la corrupción en el seno de las administraciones públicas.

1. Reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información pública: contexto político

Resulta más que evidente que el punto de partida para desarrollar el análisis de la normativa de transparencia y acceso a la información tanto de España como de Paraguay debe empezar por la norma fundamental de cada país, es decir, la Constitución.

Antes de analizar las respectivas disposiciones constitucionales que recogen el derecho de acceso a la información en España y Paraguay, corresponde realizar una breve mención sobre el contexto político en que estas normas fueron aprobadas, ya que coincidentemente con ambas constituciones (España 1978 y Paraguay 1992), se produciría una transición de regímenes autoritarios hacia la democracia.

La Constitución Española de 1978 fue ratificada mediante referéndum el 6 de diciembre de 1978 y entró en vigor desde el 29 de diciembre de 1978, mediante su publicación en el BOE. Con su aprobación culmina la llamada transición española a la democracia que había iniciado en el año 1975 con el fallecimiento del general Francisco Franco, lo que supuso la caída del régimen dictatorial que había soportado España durante casi 40 años, desde la guerra civil española en 1936.

Así las cosas, de acuerdo al art. 1 de la CE, España se constituyó en un “...*Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”; el mismo artículo también se consolida el principio de que “...*La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado...*”.

El contexto de cambio señalado es importante, ya que con el reconocimiento de un sistema democrático se abriría una puerta que precisamente daría lugar a la inclusión en el texto constitucional de derechos, de necesario cumplimiento, para hacer efectiva la idea de democracia. Tal como se verá en el apartado siguiente uno de estos derechos propios de la “*era democrática*”, es el derecho de acceso a la información pública.

Por otra parte, cabe destacar la gran similitud de la situación política por la que atravesó el Paraguay, ya que la constitución del año 1992, hoy vigente, resultó como consecuencia del derrocamiento mediante un golpe de Estado al régimen militar autoritario que duró 35 años (1954-1989) en manos del general Alfredo Stroessner.

Con la caída de la dictadura, el Paraguay inició su camino hacia la democracia del Estado, siendo la primera ley aprobada por el congreso, la que aprueba y ratifica el Pacto San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, expresándose en el mismo sentido que ello “*Era una manera de demostrar que el Paraguay optaba por la senda de los derechos humanos y la democratización...*”³.

A raíz del contexto señalado, en el año 1992 se promulgó la actual Constitución de la República, en cuyos Arts. 1º y 2º, en términos similares a los de la CE, se expresa cuanto sigue:

“Artículo 1º: De la forma del Estado y del Gobierno. La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado en la forma que se establecen esta Constitución y las leyes.

3. MELGAREJO RAGGINI, Jorge: *El derecho de acceso a la información pública. Desarrollo en Paraguay y en los Sistemas Universal e Interamericano, Intercontinental* Editora, Asunción, 2017. p. 80 y en el mismo sentido SANTAGADA, Ezequiel F.: *Acceso a la información pública. Historia de un juego de poder*, Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA), Asunción, 2015, p. 10.

La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana”.

“Artículo 2º: De la Soberanía. *En la República del Paraguay y la soberanía reside en el pueblo, que la ejerce, conforme con lo dispuesto en esta Constitución”.*

En el mismo sentido que lo expresado en el caso español, el paso al nuevo régimen sería el punto de partida para el reconocimiento del derecho de acceso a la información como herramienta de democratización. Veamos a continuación las respectivas normas constitucionales que incorporan el citado derecho.

2. El expreso reconocimiento constitucional del derecho de acceso a la información en España y Paraguay

Desde el punto de vista constitucional la naturaleza del derecho de acceso a la información ha sido uno de los puntos más discutidos en España, el debate⁴ gira en torno a saber si el DAIP se configura como un derecho fundamental o si por el contrario se trata de un derecho de configuración legal. No resulta baladí asumir una postura, ya que tiene una importante repercusión sobre el nivel de protección que le será dado en uno u otro caso.

4. A favor del carácter fundamental del derecho de acceso a la información pública se han expresado los siguientes autores. GUICHOT REINA, Emilio: *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011, p. 58; SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel (Coord.) y otros: “Un derecho fundamental a acceder a la información pública” en *El derecho de acceso a la información pública*, CERSA, Madrid, 2008, pp. 7-9 y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María: *El Derecho al Acceso a la Información Pública en España*. Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 10. Sin embargo, el legislador español ha considerado al derecho de acceso a la información pública como un derecho constitucional de configuración legal.

Como ya se ha hecho mención en el apartado correspondiente, la Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado que el derecho de acceso a la información pública forma parte del derecho humano a la libertad de expresión, en particular a la libertad de recibir información, y por su parte la CE en su Art. 10.2 dispone:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En ese contexto, se sostiene que el anclaje constitucional del derecho podría encontrarse en lo dispuesto en el Art. 20.1 d) por el cual se reconoce el derecho a *“...comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión...”*, en esta interpretación no cabrían dudas sobre el carácter fundamental del derecho máxime considerando que la libertad de información se encuentra en el catálogo de derechos fundamentales expresamente previstos en la CE.

Sin embargo, las dudas sobre su naturaleza se generan a partir de lo dispuesto en el Art. 105 inc. b), que se encuentra en el Título IV “Del Gobierno y de la Administración”, que establece que la ley regulará

“El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

De considerarse un derecho fundamental, el DAIP gozaría de especial protección en los términos del Art. 53.2 de CE que contempla la vía de reclamación sumaria por medio de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, garantía especial con que no cuentan los demás derechos constitucionales de configuración legal.

De momento el legislador ha resuelto el debate, ya que a la Ley 19/2013 (LTE) no se le ha dado el tratamiento de una ley orgánica y

además ésta parte expresamente de la previsión del Art. 105 inc. b) el cual desarrolla, ya que en su Art. 12 menciona:

“Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley”.

Ahora bien, parte de la doctrina considera que el hecho de no habersele otorgado el carácter de fundamental tiene sus ventajas ya que *“...l'amplitud i rapidesa de la tutela que... estan proporcionant les autoritats de garantia..., relativitza el problema... la circumstància que no se'l consideri un dret fonamental..., ha permès que les comunitats autònomes despleguin les previsions de la llei bàsica estatal... que, sovint, ha tractat de reforçar la regulació del dret d'accés, en una competència regulatòria a l'alça...”*⁵.

En el Paraguay no se ha generado el mismo problema que en España ya que el derecho de acceso se ha vinculado directamente con el art. 28 de la Constitución que reconoce el derecho a recibir a información como forma de libertad de expresión, la citada norma dispone que: *“Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime. Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo...”*, otorgándosele por tanto el carácter fundamental situación que ha sido confirmada con la jurisprudencia constitucional en concordancia con la jurisprudencia interamericana, como ya se ha indicado en apartados anteriores.

Así tenemos que, aunque reconociendo ambas constituciones el mismo derecho, lo han hecho de manera distinta pues en la CE no lo

5. MIR PUIGPELAT, Oriol. “L'accés a la informació pública en la legislació espanyola de transparència: crònica d'un canvi de paradigma”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55, diciembre, 2017, pp. 52-53.

califica como derecho fundamental y se observa una redacción más restrictiva tanto en cuanto al titular del derecho de acceso (ciudadanos) como al objeto (archivos y registros administrativos), estableciendo ya en dicha norma también las limitaciones al derecho de acceso a la información.

En el caso paraguayo, sin embargo, se trata de un derecho fundamental y la redacción de la norma constitucional resulta ser de mayor amplitud en relación con el titular del derecho (concepto genérico de persona), mencionándose también de modo genérico que el objeto será la “información” con las características citadas en la norma.

La Constitución paraguaya introduce también el concepto de *fuerza pública* y establece pautas a ser reguladas por la ley para el logro de la efectividad del derecho. Estas directrices son las que, como se verá más adelante, son desarrolladas por la Ley de Acceso a la Información Pública y Transparencia Gubernamental promulgada en el año 2014 (LAIP).

Ahora bien, el reconocimiento del derecho por ambas constituciones en ningún caso ha implicado su efectiva implementación en la sociedad, pues para ello han tenido que pasar muchos años para que los países cuyo derecho positivo se analiza hayan promulgado leyes de desarrollo sobre transparencia y acceso a la información pública, España en el año 2013 y Paraguay en el año 2014, las que comentaremos en los próximos apartados.

3. Leyes de transparencia y acceso a la información pública en España y Cataluña

En materia de transparencia administrativa, acceso a la información pública y buen gobierno, la ley reguladora en España es la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTE). Apesar de que antes de su

aprobación ya existían otras normativas aplicables al derecho de acceso, siempre se ha creído que esta ha sido la primera ley en regular este derecho, que como se ha visto ya se encontraba contemplado en la CE.⁶

En ese sentido se ha mencionado que *“Resulta significatiu que, quan es va aprovar la vigent LTE, la majoria de les moltes notícies periodístiques que se li van dedicar desconeguessin completament l’existència de l’article 37 de la LRJPAC i consideressin que amb aquella es reconeixia per primer cop a Espanya el dret d’accés dels ciutadans a la informació pública”*⁷.

Sin embargo, como ya se puede deducir de la cita, la ley de transparencia vigente no fue la primera ni la única, por el contrario, antes de su aprobación ya existían algunas disposiciones normativas que hacía algunas alusiones a este derecho con mayor o menor intensidad, configurándose en cierto modo como antecedentes, a saber:

a) La ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en su capítulo IV “Información y participación ciudadanas”, Arts. 69 al 72, regula el derecho de acceso a la información municipal por parte de los ciudadanos, vinculándolo al derecho de participación, pero anclándolo en el Art. 105 b) de la CE.

b) La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en su Art. 37 desarrollaba el derecho de los ciudadanos a

6. Sobre la Administración Pública Local se ha dicho: *“Qué duda cabe que su proximidad a los ciudadanos, la afectación inmediata a la esfera de intereses de éstos e incluso la tradición histórica... explicarían esa tendencia a la democracia vecinal, representando un marco privilegiado para calibrar la realización de los postulados participativos y de transparencia de las estructuras burocráticas contenidas en la Constitución”* LUIS POMED SÁNCHEZ citado por JIMÉNEZ PLAZA, María Isabel: *El derecho de acceso a la información municipal*. Iustel, Madrid, 2006, pp. 63-64.

7. MIR PUIGPELAT, Op. cit., p. 52.

acceder a los registros y documentos que se encuentren en los archivos administrativos, en la misma línea de lo previsto en el Art. 105 de la CE⁸.

c) La Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

d) La Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público.

e) La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, a la vez que reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos.

Se destaca que a pesar del reconocimiento del DAIP en la CE del año 1978 han tenido que transcurrir 35 años para que sea aprobada una ley que desarrolle exhaustiva y específicamente este derecho. Esto llama la atención, pues, desde el punto de vista de Latinoamérica, España es siempre referente en sus avances legislativos de cualquier índole.

Ahora bien, baste indicar que en relación a la LTE, el preámbulo de la misma delimita el su ámbito de aplicación que “...*tiene un triple*

8. De acuerdo con el propio preámbulo de la Ley 19/2013, “...*esta regulación adolece de una serie de deficiencias que han sido puestas de manifiesto de forma reiterada al no ser claro el objeto del derecho de acceso, al estar limitado a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados y al resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su articulación práctica*”.

El profesor MIR PUIGPELAT, resume las deficiencias de dicha regulación en las siguientes: “*L'objecte del dret d'accés era molt restringit... Pel que fa als subjectes obligats, únicament comprenia les administracions públiques, i no les altres entitats del sector públic... Les excepcions al dret d'accés eren molt àmplies i indeterminades... tampoc preveia garanties procedimentals específiques del dret d'accés... Tampoc es preveïen autoritats específiques de garantia... tampoc es preveïen sancions específiques per l'incompliment del dret d'accés...*”. *Ibíd.*, pp. 52-53.

alcance: incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública –que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas–, reconoce y garantiza el acceso a la información –regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo– y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública”.

En el capítulo correspondiente se desarrollará el contenido de la ley exclusivamente en lo que respecta al pilar de *acceso a la información pública*, por escapar los demás pilares al objeto de este trabajo.

Ahora bien, como es sabido el Estado español se encuentra territorialmente conformado por comunidades autónomas, las que en determinadas materias que no sean de competencia exclusiva del Estado pueden dictar sus propias leyes aplicables en su territorio en desarrollo de la legislación estatal, esta última en su disposición final novena establece que *“Los órganos de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales dispondrán de un plazo máximo de dos años para adaptarse a las obligaciones contenidas en esta Ley”*, y en ese contexto se han dictado leyes de transparencia y acceso a la información en varias comunidades autónomas⁹, entre ellas, Cataluña.

La comunidad autónoma catalana ha aprobado la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, “De transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno” (en adelante LTC) que de acuerdo con su preámbulo pretende *“...dar cumplimiento a [la] demanda social mediante la con-*

9. Para mayor información sobre las comunidades autónomas que han aprobado sus propias leyes de transparencia consultar el portal de la transparencia de la Administración del Estado: http://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/MasSobreTransparencia/Comunidades-autonomas.html

creción y el desarrollo de... principios, con voluntad de extender su ámbito de aplicación a todos los organismos públicos de Cataluña, tengan o no carácter administrativo. Al mismo tiempo, el establecimiento de unos derechos y unas obligaciones jurídicas correlativas obliga también a su protección con unos mecanismos de garantía que la propia ley establece, para que no queden como meros principios programáticos”.

El título tercero de la LTC que regula el derecho de acceso a la información pública formará también parte de este estudio. Se ha optado por el estudio de la misma, además de por las razones geográficas de impartición del Máster en Gestión Pública Avanzada, por motivo de que es esta una de las pioneras a nivel de competencia autonómico, siendo su nota característica el grado de avance en la materia, lo que se denota especialmente por aportar novedosos institutos no contemplados en la legislación estatal, así como un órgano independiente de garantía que ha destacado por sentar importantes precedentes importantes en cuanto criterios interpretativos sobre el derecho en cuestión.

4. Ley de libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental de Paraguay

El 18 de setiembre del año 2014, de acuerdo con el procedimiento constitucional de aprobación de leyes, fue sancionada la Ley N° 5282/14, *“De Libre Acceso Ciudadano a la Información Pública y Transparencia Gubernamental”* (en adelante LAIP), sin embargo, el camino por el cual se ha tenido que atravesar, desde su reconocimiento en la Constitución de 1992 para lograr su aprobación, sido bastante sinuoso y porque no decirlo turbulento.

Con anterioridad a su sanción, los ciudadanos paraguayos han tenido que soportar situaciones de injusticia y menoscabo del derecho

humano de raigambre constitucional ya que en varias oportunidades el Paraguay ha sido catalogado como uno de los países con más índice de corrupción de Latinoamérica y el mundo.

En cuanto a los antecedentes de esta ley, los mismos básicamente se encuentran en los instrumentos internacionales de protección de los DD.HH. tanto a nivel universal como interamericano, y en particular en la decisión de la CIDH en el caso *Claude Reyes vs. Chile* que fuera incorporada a la jurisprudencia constitucional paraguaya por vía del control de convencionalidad llevado a cabo por la Corte Suprema de Justicia.

Ahora, bien es posible afirmar que han existido otras leyes que han servido de antecedentes de la Ley N° 5282/2014, tales como:

a) La Ley N° 1.728/01 “*De transparencia administrativa*”, sancionada en julio del 2001 que en el marco de la publicidad de la administración pública promovía la transparencia en la gestión pública y el acceso a la información de los actos administrativos y de gobierno. Sin embargo, esta ley fue derogada en setiembre de ese mismo año ya que en cuanto a las limitaciones del derecho de acceso a la información contravenía el estándar internacional de *reserva de ley* ya que posibilitaba que la limitación del derecho se hiciera a través de decreto del poder ejecutivo.

b) La Ley N° 3.966/2010 “*Orgánica Municipal*” ya que la misma regula la participación ciudadana y el libre acceso a la información pública creada u obtenida por los entes municipales.

Cabe mencionar que, a diferencia de España, hasta la fecha el Paraguay no cuenta con una normativa que establezca un procedimiento administrativo común que en tal caso podría ser la que desarrolle de manera directa el derecho de acceso a la información pública.

Como es evidente, los esfuerzos legislativos resultaban insuficientes para el cumplimiento de los estándares internacionales exigidos tanto por el sistema universal de protección de los derechos humanos como por el sistema interamericano.

Sin embargo, el principal antecedente de la actual ley no se daría en sede legislativa sino de las manos de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, con el Acuerdo y Sentencia número 1.306 del 15 de octubre de 2013, en el caso del ciudadano Daniel Vargas Télles c/ Municipalidad de San Lorenzo (Departamento Central).

El mismo llegó, con la asistencia del defensor del pueblo, hasta la CSJ a raíz de que le fuera rechazada una solicitud de información sobre cuántos funcionarios trabajaban en la Municipalidad de San Lorenzo, qué funciones cumplían y cuánto ganaban. Tal denegación por el municipio fue confirmada en los tribunales ordinarios, planteándose como última instancia la acción de inconstitucionalidad por vulneración del derecho fundamental reconocido constitucionalmente.

La acción de inconstitucionalidad promovida por el señor Vargas Téllez, con el apoyo de varias organizaciones no gubernamentales dedicadas a la promoción y el impulso del derecho e incluso con la intervención del defensor del pueblo como canalizador de los reclamos ciudadanos en materia de DD.HH., finalmente tuvo eco favorable en la CSJ.

Aplicando un control de convencionalidad (contraste de la sentencia sometida a su conocimiento a la luz de los preceptos de la CADH e interpretaciones jurisprudenciales de la CIDH) e invocando lo resuelto en el caso *Claude Reyes vs. Chile* (reconocimiento del derecho de acceso a la información pública como parte del derecho humano a la libertad de expresión), sin duda alguna un caso paradigmático que forjó el contenido y alcance de este derecho en el Paraguay¹⁰.

Unos meses antes de la sanción y promulgación de la Ley 5.282/2014, *“De Libre Acceso Ciudadano a la Información Pública y Trans-*

10. Para más detalle sobre el Acuerdo y Sentencia citado se puede revisar el siguiente documento: <http://www.ceamso.org.py/upload/publicaciones/1484830777.pdf>

parencia”, el 20 de mayo del mismo año fue promulgada la Ley 5.189/2014, “*Que Establece la Obligatoriedad de la Provisión de Informaciones en el Uso de los Recursos Públicos sobre Remuneraciones y Otras Retribuciones Asignadas al Servidor Público de la República Del Paraguay*”.

Esta ley contiene diez artículos y se encuentra en plena vigencia, es una herramienta legal que se enmarca exclusivamente en el estándar de transparencia activa, pero que no reúne todos los requerimientos necesarios y resulta bastante limitada para el efectivo cumplimiento del derecho de acceso a la información pública.

Luego del proceso descrito en apretada síntesis, fue finalmente sancionada la LAIP gracias a la lucha de ciudadanos comprometidos y organizaciones no gubernamentales que con mucha paciencia acompañaron durante muchos años el proceso de democratización de la República del Paraguay.

Será esta ley la que juntamente con la ley española y la catalana serán analizadas comparativamente en el siguiente capítulo, análisis a partir del cual surgirán semejanzas y diferencias, así como eventuales fortalezas y debilidades a partir de las cuales podrán vislumbrarse oportunidades de mejora.

Referencias bibliográficas

- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María: *El Derecho al Acceso a la Información Pública en España*. Aranzadi, Pamplona, 2017.
- GAMERO CASADO, Eduardo; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y MORA RUÍZ, Manuela: *Derecho Administrativo para estudios no jurídicos*, Tecnos, Madrid, 2016.
- GUICHOT REINA, Emilio: *Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno, Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014.

- GUICHOT REINA, Emilio: *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011.
- JIMÉNEZ PLAZA, María Isabel: *El derecho de acceso a la información municipal*. Iustel, Madrid, 2006.
- MELGAREJO RAGGINI, Jorge: “Breve análisis de las limitaciones del derecho de acceso a la información pública en Paraguay. Estándares interamericanos”, *Revista Paraguaya de Derecho y Economía Política*. Núm. 2, Asunción, mayo 2017.
- MELGAREJO RAGGINI, Jorge: *El derecho de acceso a la información pública. Desarrollo en Paraguay y en los Sistemas Universal e Interamericano*, Intercontinental Editora, Asunción, 2017.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. “L'accés a la informació pública en la legislació espanyola de transparència: crònica d'un canvi de paradigma”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55, diciembre, 2017.
- SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel (Coord.) y otros: “Un derecho fundamental a acceder a la información pública” en *El derecho de acceso a la información pública*, CERSA, Madrid, 2008.
- SANTAGADA, Ezequiel F.: *Acceso a la información pública. Historia de un juego de poder*, Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA), Asunción, 2015.

**LAS FACULTADES ULTRA Y EXTRA PETITA EN EL
DERECHO PROCESAL LABORAL COMPARANDO ENTRE
LAS NORMAS PROCESALES LABORALES DE PARAGUAY,
BOLIVIA, COLOMBIA, ARGENTINA Y SUS PROVINCIAS**

Zully Almirón¹

Introducción

El presente trabajo consiste en un resumen analítico y comparativo de diferentes legislaciones latinoamericanas, cinco países latinoamericanos y seis provincias de la República Argentina, específicamente de, Paraguay, Colombia, Perú, Bolivia, Argentina y sus provincias, en lo que se refiere a las facultades ultra y extra petita de los jueces en el proceso laboral y analizando desde los sistemas procesales y movimientos filosóficos jurídicos.

-
1. Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción; ha participado de varios congresos nacionales e internacionales, especializándose en el área de Derecho del Trabajo, con experiencia y capacitación profesional en Calidad, Mediación y Seguridad. Asesora Jurídica de importantes empresas industriales, comerciales y de servicio. Fue juez instructor en la Municipalidad de Asunción, en el área de RR.HH. Realizó trabajos específicos en el área laboral para la privatización de varias empresas estatales hoy privatizadas, así como varios trabajos de diagnóstico para la implementación de ajustes en el área laboral y de recursos humanos de varias empresas reconocidas de nuestro país, entre las que se incluyen la organización de Comisión Interna de Prevención de Accidentes (CIPA), formando parte de la misma. Docente de la Universidad Iberoamericana en cursos de postgrados y actualización profesional. Socia Principal de ASESORARSE. Ha publicado artículos de interés académicos en revistas nacionales y estado como autora y co-autora en materiales bibliográficos.

Para lo cual partimos de algunas de las constituciones de cada país y del origen del Derecho del Trabajo que da cabida a las normas de forma, que es el Derecho Procesal del Trabajo, por tanto, pasamos por sus principios y analizamos cómo se ajusta en los sistemas procesales que conocemos y si existe congruencia entre lo que establecen las diferentes constituciones de los Estados con lo estipulado en las normas procesales de cada país o provincia; se comparó específicamente las facultades ultra y extra petita otorgada a los jueces.

Para analizar las normas procesales laborales, tomamos dos movimientos filosóficos desarrollados en América Latina, estudiando los pro y los contras de ambos movimientos así también como los sistemas utilizados en América Latina.

En primer lugar ubicaremos la constitución de los países (Paraguay, Argentina, Colombia) para conocer si se caracterizan por ser un Estado de Derecho o un Estado Social de Derecho, y dos corrientes doctrinarias: el iusnaturalismo y el iuspositivismo.

Descriptor: Procesal Trabajo Facultades Ultra Extra Petita

El Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho

En el desarrollo de este capítulo hemos estudiado la obra de Christian Viera Álvarez, “Libre Iniciativa Económica y Estado Social”, y fundados en él extrajimos ciertas ideas para ir formando un criterio de cómo influye en un proceso judicial la forma de Estado que cada país adopta.

Para comenzar nos referiremos al Estado de Derecho, que se caracteriza por no poder requerir ninguna acción ni imponer ninguna omisión, no mandar ni prohibir nada a sus súbditos, más que en virtud de un precepto legal previamente existente.

El Estado de Derecho es la expresión jurídica del liberalismo. Tal expresión cobra importancia destacada en el Estado liberal en la medida

en que el Derecho se convierte en baluarte de barreras definitivas, que marcan los límites de la acción estatal. Esta concepción del Estado tiene un contenido que, en síntesis, es la siguiente:

1. Imperio de la ley; 2. distribución del poder estatal en distintos órganos con control recíproco para evitar arbitrariedades y abusos de poder; 3. legalidad de la Administración y responsabilidad de las autoridades; 4. respeto y garantía de los derechos fundamentales y, en algunos casos, examen de constitucionalidad de las leyes como garantía frente al eventual abuso del legislador.

El Estado Liberal como concepción política, bebe de una concepción antropológica individualista, pues subyace la idea de una persona libre y autónoma frente al Estado, con un pleno reconocimiento de la propiedad y de espacios de libertad individual, siendo misión del Estado defender la libertad, la igualdad –que es más bien formal– y la propiedad desatendiéndose, en la práctica, de las demás. El Estado interviene sólo en la medida que las personas o agrupaciones no puedan realizar actividades o cuando no se puedan satisfacer necesidades sociales, sea por falta de interés de los particulares en el desarrollo de una actividad o insuficiente capacidad de los mismos. Aparecen, la autorealización de la subjetividad individual como sentido propio del orden público estatal. El Estado ha de crear medidas para que sea posible esta autorrealización, concretándose en la garantía de la libertad y la propiedad (y no, por ejemplo, en la igualdad social).

La concepción liberal del Estado de Derecho no tardó en hacer crisis, dado que a partir del desarrollo del proceso de industrialización en masa, las injusticias y diferencias sociales que este fenómeno produjo provoca que sus principios y postulados no puedan dar respuestas a los problemas que él mismo generó.

Estos problemas afloran durante la Revolución Industrial y cabe destacar tres factores:

1. La relación entre la persona y la máquina; 2. las horas de trabajo y el empleo de mujeres y niños, que unidas provocan aliena-

ción del trabajo; 3. un agotamiento biológico y psicológico de la persona y una repercusión en las tasas de mortalidad infantil y esperanza de vida, pues las condiciones de trabajo para todos eran análogas.

Se produjo un antagonismo clasista en la sociedad y se manifiesta una falta de libertad, ahora de naturaleza social, que acompaña a la igualdad jurídica, unido toda a la pérdida de espacio vital que genera el desarrollo industrial. Estos hechos plantean la exigencia de un Estado que intervenga en la sociedad, que asuma funciones de asistencia y redistribución, que opere activamente contra la desigualdad social, a fin de que las garantías del Estado de Derecho (liberal) no sean meras declaraciones programáticas para un cada vez mayor número de ciudadanos.

El mérito histórico del individualismo moderno y constitucionalismo liberal es haber favorecido la primacía de ciertos derechos y la irrupción de la economía y sus criterios como la disciplina dirigente para la elaboración de cualquier política social. El constitucionalismo y la Constitución liberal llegan a este resultado a partir de la fijación de una serie de principios, todos ellos convergentes en configurar al individuo aislado como el origen primero y absoluto del conocimiento, como un a priori respecto a la sociedad y el poder político, y en particular: el principio de libertad e igualdad entre personas y principio de inviolabilidad de los derechos económicos de libertad (propiedad y libertad contractual), cabe recalcar la ausencia de las normas del derecho del trabajo.

El Estado Social de Derecho

Por otra parte, tenemos al Estado Social de Derecho, y vamos a señalar a Hermann Heller, quien postula un Estado de Derecho democrático basado en las relaciones reales de poder, siendo Estado y Derecho los medios de organización de la sociedad, en que el Derecho es

una técnica de organización social que puede asumir una función al servicio de la transformación de la sociedad, poniendo de relieve la tensión entre la forma jurídica del Estado democrático-social de Derecho y los poderes económicos fácticos que presionan sobre la toma de decisiones del poder público.

Lo esencial del Estado Social consiste en que el orden existente (el modelo capitalista liberal) no se reconoce como justo principio, ni tampoco se admite que la sociedad esté sustraída a la intervención estatal. El nuevo Estado, apoyado por la idea intervencionista, va a trabajar prestando asistencia a los más débiles y conformando la vida social.

En resumen, mientras que la concepción liberal supuso la separación formal entre Estado y sociedad, el Estado Social va a terminar con esta separación, pues el Estado intervendrá como principal actor en la sociedad y en la vida económica.

El Estado, desde esta perspectiva, centra sus funciones en la búsqueda y realización de la justicia distributiva y la justicia material, con un Estado gestor al servicio de los ciudadanos.

Para Benda, la cláusula Estado Social se puede interpretar de diversas maneras: 1. se la asocia a los problemas derivados de la cuestión social (protección a los pobres y necesitados); 2. pero también puede ser lo social un rechazo al individualismo imperante, de lo que resulta el esfuerzo por compensar intereses antagónicos con la solidaridad; 3. o, en tanto que ceden los intereses individuales, se plantea la situación social como la más importante o, al revés, prestar atención al individuo que, antes que todo, es ser social. Con todo, es denominador común de las posturas la relación entre individuo y comunidad.

La consagración constitucional expresa de la sociabilidad del Estado está presente en algunas Constituciones: México (1917), Alemania, Portugal, Italia y España, consagran la función social que le cabe al Estado. Otros países han establecido la voluntad de constituirse en un Estado Social, Colombia, 1991, Paraguay 1992, Bolivia 2009.

Sin embargo, otros países, como Reino Unido, Suecia, Francia o Canadá, que si mantienen modelos de Estado de Bienestar, no han hecho de ello una cuestión constitucional.

Paraguay: su Constitución

La Constitución paraguaya en su Art. 1° establece que *la Rca. del Paraguay se constituye en un Estado Social de Derecho, adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.*

Esta declaración es de suma importancia para situar al ciudadano en sus derechos y obligaciones y las que el Estado tiene hacia él.

Desde esta perspectiva social, el Estado, centra sus funciones en la búsqueda y realización de la justicia distributiva y la justicia material, con un Estado gestor al servicio de los ciudadanos.

La declaración constitucional de gobierno como democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana, justamente está basada en una concepción cristiana del hombre; en el reconocimiento de que el hombre encierra valores espirituales que están más allá del ordenamiento jurídico positivo, es esto lo que garantiza y defiende la Constitución paraguaya.

Y esto se debe a que nuestro ordenamiento jurídico se basa en el derecho natural cuyos principales representantes son Santo Tomás de Aquino y Aristóteles, surgiendo con los mismos la corriente iusnaturalista. El iusnaturalismo es un nombre genérico para todas las teorías que aceptan que hay un derecho natural, las cuales, como es obvio, difieren enormemente en sus explicaciones sobre el derecho natural y sobre sus verdaderos contenidos². El Derecho Natural basa

2. Derecho Natural, Tradición, Falacia Naturalista y Derechos Humanos. Javier Saldaña.

sus fundamentos en que los derechos están fundados en preconceptos que hacen a los principios en los cuales se basan las normas positivas.

Los defensores del Derecho Natural consideran que las legislaciones no otorgan derechos, los reconocen porque los derechos son inherentes al ser humano. De ahí los Derechos Humanos, que están fundamentados en el Derecho Natural, los reconoce como intrínsecos a la persona humana.

Los Derechos Humanos son esa expresión de moralidad que no puede ser rebasada y que exige la salvaguarda absoluta de una persona como titular de derechos, postulado este de evidente raigambre iusnaturalista.

Debemos entender que la corriente iusnaturalista entiende que el derecho no puede ser entendido exclusivamente como un conjunto de reglas o normas, sino que en este concurren otro tipo de estándares, igualmente normativos, que juegan un papel relevante a la hora de decidir, sobre todo en aquellos casos difíciles; es decir, el derecho no se compone exclusivamente de normas, sino que está integrado por otro elemento, el derecho natural, es decir, por principios de justicia anteriores y superiores a las normas del derecho positivo. A fin de entender mejor esta corriente podemos afirmar que solo a través de principios de justicia prepositivos estamos en condiciones de evaluar el derecho injusto.

La Constitución paraguaya define a su forma de gobierno como un Estado Social de Derecho, de manera que interviene en la vida social de sus habitantes, buscando un estado de bienestar, siendo así en lo que nos ocupa, fija un salario mínimo legal para las relaciones jurídicas laborales, una jornada máxima laboral, un seguro social obligatorio para todos los que poseen una relación jurídica de dependencia, reconoce en las normas laborales, como de orden público.

En relación al Derecho del Trabajo, su Art. 86 estipula: "*Todos los habitantes de la República*", esto implica ciudadanos, nacionalizados

o radicados, tienen el derecho a un trabajo lícito, esto comprende una actividad que no está prohibida y que se encuentra regulada por ley, escogido en forma voluntaria y a realizarse, como dice la norma, en condiciones dignas y justas. Es decir, dentro del plano de desigualdad económica que existe en la relación laboral, la norma jurídica garantiza la igualdad de esta relación, solo así podría ser justa, respetando los derechos que son inherentes a la persona humana guardando de esta forma su dignidad.

Debemos entender aquí que cuando nos referimos al trabajo, como actividad remunerada, nos referimos a la dimensión económica del ser humano y la primera condición básica de la actividad económica es la apropiación. Sin propiedad privada no es posible ningún tipo de economía y la primera propiedad del ser humano es su propia persona, por extensión, el hombre tiene la posesión de su trabajo, de su productividad.

Entonces, si la primera propiedad del ser humano es su propia persona y por extensión su trabajo y sus frutos, entonces es el Derecho Laboral el encargado de proteger esa consecuencia de la primera propiedad del hombre, el trabajo, su productividad.

Pero con la revolución industrial comienza una nueva etapa para la propiedad, porque el trabajo del ser humano, su propiedad, es cedido a un tercero, por una suma en dinero, por tanto, se transfiere el derecho de propiedad, de los frutos del trabajo, por el contrato de trabajo, en el cual el trabajador utiliza las herramientas, tiempo e incluso ideas de su contratante, quien, a fin de obtener la propiedad, paga por ella.

El Derecho del Trabajo, regulador de esta primera consecuencia de la propiedad del Ser Humano, es conocido como el conjunto de principios teóricos y normas positivas que regulan las relaciones jurídicas entre empleadores y trabajadores, y de ambos con el Estado, originadas por la prestación voluntaria, subordinada y retribuida de

la actividad humana para la producción de bienes y/o servicios. Es de naturaleza mixta por formar parte del Derecho Público y Privado a la vez. Público por la intervención estatal en una relación de carácter privado en la cual prima la voluntad de las partes para el inicio de las mismas que continúa marcada por normas imperativas, como son las jornadas, el salario, los descansos, etc., que forman parte de la relación laboral.

Constitución argentina

La Constitución argentina, en su Art. 1° declara que adopta para su gobierno la forma representativa, democrática, federal, así se diferencia de las formas de gobierno declaradas en las constituciones de Chile y Paraguay. Apuntamos los artículos más importantes para este trabajo que lo consideramos vinculados a los derechos del trabajo y derecho procesal, y lo analizamos con los Códigos Procesales del Trabajo de diferentes provincias.

Artículo 7°: *“Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán”.*

Artículo 14: *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.*

Artículo 14 bis. *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones*

pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Como podemos observar de la normativa constitucional transcrita, el Estado dicta sus normas para los procesos, mal denominado procedimiento, y también regula las normas relacionadas con el trabajo, como podemos observar adquieren la característica de orden público, otorgándole mayor protección que otros derechos.

Artículo 18. *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...”*

Constitución colombiana

Artículo 29. *“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante

la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Artículo 33. *“Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.*

Análisis de la normativa en relación al proceso sus diferentes filosofías y sistemas

El trabajo es considerado un derecho humano de segunda generación, denominado así por su orden de aparición, es un derecho social, el derecho procesal también es considerado un derecho humano. Son derechos de iguales jerarquías según hemos visualizado al transcribir artículos de diferentes constituciones arriba transcritas, para analizarlas debemos tomar conocimiento de que entendemos por proceso, como derecho, y las diferentes filosofías y sistemas que hacen a su aplicación en los litigios, por tanto pasamos a definir proceso en las palabras del Prof. Dr. Adolfo Alvarado Velloso.

El proceso

Debo aclarar que las ideas que expongo del proceso, son de mi maestro el Prof. Adolfo Alvarado Velloso. Y expongo sus conceptos en razón de que no he hallado explicación más clara a lo que implica la figura jurídica del proceso.

El proceso judicial es un método de discusión, entendiendo por método el “medio” de debate dialogal y argumentativo que se realiza

entre dos sujetos naturalmente desiguales en posiciones antagónicas respecto de un mismo bien de la vida y que se igualan jurídicamente a los fines de la discusión merced a la actuación del director del debate, que como tal luce y debe lucir siempre tres calidades esenciales: imparcialidad, imparcialidad e independencia, asegurando así la permanente bilateralidad de la audiencia.

La razón de ser del proceso viene hacer así la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada para mantener un estado perpetuo de paz y de respeto a normas adecuadas de convivencia que todos deben acatar; evitando de esta forma que los particulares se hagan justicia por mano propia.

Por tanto, vamos a entender a los principios procesales como las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado.

El principio, lo define Alvarado Velloso, como el punto de partida. Ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado se denomina causa eficiente y causa fin).

Alvarado Velloso, en este sentido reconoce cinco principios:

1. "Imparcialidad; 2. igualdad de las partes; 3. transitoriedad del proceso; 4. eficacia de la serie procedimental; 5. moralidad en el debate".

A continuación pasaré a desarrollar resumidamente estos principios, para entender mejor la base del movimiento filosófico garantista procesal:

Imparcialidad del juzgador: A este principio le damos especial importancia, pues es prácticamente la piedra angular del proceso, y transcribimos las ideas de Andrea Meroi en su artículo "La Impar-

cialidad Judicial”: *“Indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo, debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcial) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia).*

*Significa ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente de raza, nacionalidad, color, sexo, religión); independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo; no identificación ideológica determinada; completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno, influencia de amistad etc. No involucrarse personalmente ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, así como de fallar según su propio conocimiento privado del asunto.*³

La imparcialidad ha sido elevada a “principio supremo del proceso” y, estrictamente, difiere de “no ser parte”. Goldschmidt distingue con estrictez entre parcialidad y parcialidad: “Partial significa ser parte; parcial da a entender que se juzga con prejuicios (...) La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad”. En la misma línea, y agregando la independencia, Alvarado Velloso enseña que el principio procesal de imparcialidad tiene, en realidad, tres despliegues: la imparcialidad (el juez no ha de ser parte), la imparcialidad (el juez debe carecer de todo

3. Alvarado Velloso, Adolfo. Garantismo Procesal. 2010. Biblioteca Virtual. Academia virtual de derecho.

interés subjetivo en la solución del litigio) y la independencia (el juez debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes) 2. Por su parte, Aguiló sostiene que la independencia trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social (relaciones de poder, juegos de intereses o sistemas de valores extraños al derecho), mientras que la imparcialidad trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al derecho provenientes del proceso 3. La imparcialidad -continúa- “podría definirse como la independencia frente a las partes y el objeto del proceso”.

A la par que principio procesal, la imparcialidad y sus realizaciones constituyen, simultáneamente, una garantía de los jueces, una garantía de los ciudadanos, un deber judicial, un derecho de los justiciables. Goldschmidt no ignoraba las dificultades para lograr la “imparcialidad” y por ello reivindicaba un juez “tan imparcial como sea posible”.

Además de otros factores de enorme influencia, hoy se señala la subjetividad específica del conocimiento judicial como un factor insuperable de incertidumbre: afirma Ferrajoli que este “investigador particular legalmente cualificado que es el juez..., por más que se esfuerce en ser objetivo, siempre está condicionado por las circunstancias ambientales en las que actúa, por sus sentimientos, sus inclinaciones, sus emociones, sus valores ético-políticos”. De ahí que la imparcialidad no sea una representación descriptiva sino prescriptiva, equivalente a un “conjunto de cánones deontológicos: el compromiso del juez de no dejarse condicionar por finalidades externas a la investigación de lo verdadero, la honestidad intelectual que como en cualquier actividad de investigación debe cerrar el interés previo en la obtención de una determinada verdad, la actitud ‘imparcial’ respecto de los intereses de las partes en conflicto y de las distintas reconstrucciones e interpretaciones de los hechos por ellas avanzadas, la independencia de juicio y la

ausencia de preconcepciones en el examen y en la valoración crítica de las pruebas, además de los argumentos pertinentes para la calificación jurídica de los hechos por él considerados probados”.

Coherentemente, el autor afirma que “la imparcialidad, más allá de las garantías

Institucionales, es un hábito intelectual y moral, que no difiere del que debe presidir cualquier forma de investigación y conocimiento”. En todo juicio, en suma, siempre está presente una cierta dosis de prejuicio”. La imparcialidad es un concepto que se construye.⁴

Igualdad de las partes: *La imparcialidad del Juzgador, necesariamente nos lleva al principio de la igualdad de las partes. En el campo procesal significa paridad de oportunidades y de audiencia. La consecuencia natural de este principio es la regla de la bilateralidad o contradicción. Igualdad de ocasiones de instancias de las partes.⁵ Esto implica el contradictorio, es decir, el juez siempre deberá escuchar a ambas partes en el proceso sin preferencias ni privilegios.*

Transitoriedad del proceso: *La serie procedimental puede ser más o menos dilatada en el tiempo; pueden sucederse o no varios grados de conocimiento judicial. Pero es imprescindible que en algún momento se le ponga punto final que sea definitivo para todos.*

Eficacia de la serie procedimental: *Debe cumplirse la serie consecencial afirmación - negación - confirmación - alegación.*

Moralidad del proceso: *Un proceso solo es tal si se realiza de conformidad a la totalidad de los principios enunciados.*

Ahora son reglas técnicas del debate procesal: 1. oralidad o escritura; 2. libertad o legalidad de forma; 3. economía procesal; 4.

4. Meroi, Andrea. La imparcialidad judicial. Activismo y Garantismo Procesal. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba 2009.

5. Alvarado Velloso, Adolfo. Irún Crosquey, Sebastián. Lecciones de Derecho Procesal Civil. La Ley Paraguaya. 2010.

celeridad; 5. publicidad; 6. congruencia; 7. preclusión; 8. perentoriedad; 9. concentración; 10. eventualidad; 11. intermediación; 12. adquisición; 13. saneamiento.

Una vez entendidos los principios procesales y reglas procesales, podemos pasar a referirnos a los sistemas de procesamiento conocidos, ellos son dos: El sistema acusatorio y el sistema inquisitorio, estos son sistemas de enjuiciamiento, no son principios, y los analizamos en éste trabajo para poder situar las normas de los diferentes códigos procesales estudiados y definir a que sistema pertenecen y que filosofía siguen.

El sistema acusatorio

“Es la conjunción de los principios que hacen a la esencia misma del proceso y que aparece como tal en el mundo jurídico sin importar las reglas que se utilicen al efecto para el desarrollo de su trámite.

Es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida.

Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de poder impulsorio, ha de aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios de prueba que ellas aporten y debe resolver conforme con el mandato legal y ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas (regla de congruencia).⁶

6. Idem 9.

Para mejor comprensión del tema podemos citar las siguientes características: 1. el proceso solo puede ser iniciado por el particular interesado; 2. el impulso procesal solo es dado por las partes; 3. el juicio es público, salvo casos excepcionales; 4. existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor (acusador) y demandado (o reo); 5. el juez es un tercero que, como tal, es imparcial, imparcial e independiente de cada uno de los contradictores. Es una persona distinta del acusador; 6. no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la verdad real sino que, mucho más modesta pero realista, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley.

Ahora que ya explicamos en resumidas palabras lo que implica el sistema acusatorio, pasemos a diferenciarlo del sistema inquisitivo.

El sistema inquisitivo

Según el Prof. Alvarado Velloso, *“originariamente, fue un método unilateral –y sigue siéndolo– en el cual el propio pretendiente, convertido ahora en acusador de alguien (demandado o resistente) le imputa la comisión de un delito. Y esa imputación –he aquí la perversa novedad del sistema– la hacía ante él mismo como encargado de juzgarla oportunamente. Por cierto, si el acusador era quien afirmaba (comenzando así con el desarrollo de la serie) resultaba elemental que sería el encargado de probarla. Sólo que –otra vez– por sí y ante sí, para poder juzgar luego la imputación después de haberse convencido de la verdad de la propia imputación.*

Las características de este método de enjuiciamiento eran:

1. El juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto; 2. el juez era la misma persona que el acusador y, por tanto, el que iniciaba los procedimientos, bien porque a él mismo se le ocurría (así su actividad

comenzó a ser oficiosa o propia de su oficio) o porque admitía una denuncia nominada o anónima (ello quedó escondido en la idea del accionar oficioso); 3) como el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, a fin de no tener cargos de conciencia buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios de que el resultado coincidiera estrictamente con lo que él sostenía que había acaecido en el plano de la realidad social; 4) así comenzó la búsqueda de la verdad real; 5) y se creyó que solo era factible encontrarla con la confesión, de allí que ella se convierte en medio de prueba y después la reina de todas las pruebas (probatio probatíssima); 6) y para ayudarla se implementó la tortura”.

Ante estas características es que Adolfo Alvarado Velloso afirma que el sistema inquisitorio no permite la existencia del debido proceso, pues funciona a base de puras reglas y sin la presencia de los principios esenciales (la imparcialidad y la igualdad de las partes) que hacen que el procedimiento sea solo eso y no un verdadero proceso.

Según las ideas del Prof. Alvarado Velloso, el sistema inquisitorio es una simple sumatoria de reglas procedimentales que se exhiben siempre en forma aislada y carente de los principios procesales tales como: Imparcialidad, igualdad de las partes, transitoriedad del proceso, eficacia de la serie procedimental, moralidad en el debate.

Ahora que resumidamente conocimos a estos dos sistemas de enjuiciamiento, nos referiremos a las potestades ultra y extra petita del juez en las normas procesales del trabajo.

Potestades Ultra y Extra petita del juez

Código Procesal del Trabajo de Paraguay, Artículo 229: *Facultades del juez: ultra y extra petita. **El juez podrá sentenciar:***

a) Ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones mayores que las pedidas por el trabajador, supliendo la omisión de

éste, cuando quedare demostrado que son inferiores a las que le corresponden de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas; y

b) Aunque el trabajador no lo pida, condenar al empleador cuando esté debidamente probado en juicio que no ha dado cumplimiento a obligaciones legales o contractuales”.

Código Procesal Laboral de la Prov. de Santa Fe. **Artículo 98. Sentencia ultra petita. El juez o tribunal podrá sentenciar ultra petita, sobre cuestiones que han sido materia de litigio.**

Es decir, el juez se expide más allá de lo pedido por el demandante, siempre que haya sido materia de litigio, esto sería una tenue limitación, porque para ser ultra petita, debe existir reclamación, pudiendo el juez aumentar el monto de lo reclamado, ahora no es extra petita como sí lo permite del Código Procesal del Trabajo de Paraguay. En atención a los principios procesales, específicamente el de la igualdad, podemos afirmar que viola el principio de la igualdad, porque el juez puede sentenciar “ultra petita” a favor del trabajador demandante, pero no así suplir los defectos, olvidos, o supresiones que haya tenido el abogado del demandado/empleador. El trabajador es representado en juicio por un abogado, al igual que el empleador, ¿por qué entonces el juez tendría que suplir los errores del primero y no del segundo? La misma norma permite que entre las partes del litigio no exista imparcialidad de parte del juez.

Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social de Colombia: **Artículo 50**⁷. *El juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el*

7. Artículo 50 del Código de Procedimiento Laboral, Editorial Leyer, Vigésimoquinta Edición, Colombia. Página 330.

mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador; de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas”.

El Código colombiano también otorga al juez facultades ultra y extra petita, de manera que el demandado puede encontrar en la sentencia conceptos no reclamados y, por tanto, no negados ni afirmados y sumas por encima de lo peticionado.

Código Procesal de Trabajo de Bolivia: **Artículo 64.** *El juez de primera instancia podrá condenar por pretensiones distintas de las pedidas, cuando se trata de salario mínimo, salario básico, vacaciones, declaraciones o condenas sustitutivas que según Ley correspondan por las expresamente pedidas en la demanda, siempre que los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y se hallen debidamente probados. Podrá también condenarse al pago de sumas mayores que las pedidas en la demanda, cuando en el proceso se establezca que éstos son inferiores a las que corresponden al demandante de conformidad con la Ley.*

Código Procesal del Trabajo de Perú: **Artículo 31. Contenido de la sentencia:** *...El juez puede disponer el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables.*

Código Procesal del Trabajo de la provincia de Tucumán: **Artículo 47. Ultra petita.** *En los procesos laborales el juez o el tribunal están facultados para resolver ultra petita, de conformidad con las acciones promovidas y de acuerdo a la forma en que se trabó la litis.*

Código Procesal del Trabajo de Jujuy: **Artículo 94. Monto de la condena.** *Para fijar el monto de la condena, el Tribunal debe prescindir de lo reclamado por las partes, ajustándose a las disposiciones de las leyes vigentes.*

Ley N° 7987 Código Procesal del Trabajo de la Prov. de Córdoba. **Artículo 63. Deliberación. Párrafo in fine.** *La sentencia podrá ser*

dictada “ultra petita”, debiendo ajustarse a las disposiciones legales en vigor:

Ley 7434/14. Código Procesal del Trabajo de la Provincia del Chaco.

Artículo 277: *El juez o Tribunal podrá sentenciar “ultra petita”, sobre las cuestiones que han sido materia del litigio.*

Ley 3.540/80, Ley Procesal del Trabajo de Corrientes. **Artículo 85: Sentencia “Ultra Petita”.** *El Juez o Tribunal podrá dictar sentencia “ultra petita”, sobre las cuestiones que han sido materia de litigio.*

Conclusiones

En este trabajo hemos estudiado 10 Códigos Procesales del Trabajo, y las constituciones de varios países, se tomaron las normas que se refieren a las facultades ultra y extra petita reconocidas en los códigos citados.

Las diferentes constituciones analizadas, al referirse al “derecho a la defensa” se refieren al “debido proceso”, y expresan la imparcialidad como un derecho o garantía ciudadana, a modo de ejemplo cito:

“Art. 29. Constitución colombiana: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales...”.

“Art. 16. Constitución paraguaya. De la Defensa en juicio: La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales”.

“Art. 17. Constitución mexicana...” Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial.”

Lo que notamos con las normas estudiadas es que en estos códigos se aplica el activismo judicial, y el sistema inquisitivo. Por un

principio de igualdad, y guiándonos por los Arts. 46 y 47 de la Constitución paraguaya, el derecho del trabajo adquiere en el proceso una protección especial, y no está mal que así sea, atendiendo a la cuestión social que dio lugar al desprendimiento del derecho laboral como una rama autónoma del derecho civil, lo que considero un error es la aplicación de un sistema inquisitivo, y como muchos códigos lo mencionan, que se trate de un procedimiento en donde difícilmente con las facultades ultra y extra petita reconocida en los códigos, se puedan aplicar los principios de imparcialidad, e imparcialidad. Y nos preguntamos:

Si ambas partes en un litigio laboral tienen derecho a un abogado defensor, ¿qué necesidad existe de que normas procesales incluyan la facultad de sentenciar ultra y extra petita? ¿Cómo queda la imparcialidad?

Si las tres características esenciales en un juez, de acuerdo a la filosofía garantista, es la imparcialidad, la imparcialidad y la independencia, con las facultades que el Juzgado tiene para dictar sentencias ultra y extra petita, también es imposible mantener la imparcialidad. Si el juez se hace parte, teniendo en cuenta que sus prejuicios, su cultura, sus creencias lo llevan a interpretar los hechos y el derecho de una forma determinada, obviamente aparecerá en el juicio, la parcialidad. Entonces, a parte de la independencia en sus funciones, suponemos que carece de influencias de toda índole, con las facultades de oficio y su poder para intervenir en el juicio, el procedimiento inquisitivo lo convierte en acusador y juzgador. Esto implica el rompimiento entre las normas constitucionales y las normas procesales. Es decir, no existe congruencia entre garantías constitucionales como el derecho a la defensa y el debido proceso, porque la norma procesal permite al juez ser parte y ser parcialista.

Por ende, las normas procesales que permiten al juzgador en la jurisdicción laboral, sentenciar ultra y extra petita, es arbitraria, des-

virtuándose así de la relación con las normas constitucionales que garantizan la imparcialidad de los jueces.

El proceso laboral así, se rige por la corriente activista, lejos del garantismo procesal, e incluso la norma procesal se aleja de las Constituciones analizadas en su aplicación, al garantizar el derecho a la defensa en los procesos, ejemplo Art. 17 de la Constitución paraguaya.

Sin duda alguna estos códigos siguen el movimiento filosófico del activismo judicial, y si se aplican tal como indican las normas, el empleador es culpable de antemano, porque el sistema inquisitivo tiene esa peculiaridad, la carga de la prueba es suya, el juez tiene facultades para dictar por encima de lo peticionado y sobre lo no peticionado, que garantías tiene entonces una de las partes procesales, porque con tratar de equiparar la balanza ante un sujeto procesal, supuestamente más fuerte, con una protección jurídica en busca de equidad, en realidad se descompensa la balanza, y no se logra el objetivo del proceso.

El proceso descrito en las normas estudiadas, necesita vincularse y cumplir con las normas constitucionales, las facultades ultra y extra petita dejan al empleador en un estado de inseguridad jurídica y de indefensión violando normas constitucionales con un sistema inquisitivo.

Bibliografía

1. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Activismo y Garantismo Procesal. Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. 2.009
2. Alvarado Velloso, Adolfo, Garantismo Procesal. Rosario, Argentina. Marzo 2.010.
3. Alvarado Velloso, Adolfo, Lecciones de Derecho Procesal Civil, Compendio del Libro “Sistema Procesal: Garantía de la Libertad.

Adaptado a la Legislación Paraguaya por Sebastian Irún Croskey, La Ley Paraguaya, Asunción, Paraguay. 2.010;

4. Alvarado Velloso, Adolfo. Director. Litigación I. Teoría General del Proceso y Temas Conflictivos de Derecho Procesal Civil. La Ley, Pag.239 al 264. 2.016.
5. Irún Grau, Joaquín, Paz Castaing, Mario, Legislación del Trabajo, Código del Trabajo y Código Procesal del Trabajo, Intercontinental. Asunción, Paraguay. 2009.
6. Pastorino, Eduardo Enrique, Código Procesal Laboral de la Provincia de Santa Fe, Comentado. Librería Juris. Santa Fe, Argentina. 2014;
7. Zanotti Gabriel y López – Hermida Alberto. Ética y Mercado. Una reflexión en medio de la crisis. Facultad de Comunicación Universidad de los Andes. Santiago de Chile. 2009.
8. Viera Álvarez Christian. Libre Iniciativa Económica y Estado Social. Legal Publishing, Santiago de Chile. 2013.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO PARAGUAYO

Gladis Zunilda Jara de Taboada¹

Resumen

La presente investigación trata sobre el alcance del principio de legalidad en el Derecho Administrativo paraguayo, su importancia fundada en la doctrina e instrumentos jurídicos nacionales que forman las legislaciones del Estado. El trabajo presenta las teorías como fuente básica del análisis planteado, se consideran las leyes orgánicas de la administración pública; limitando el actuar del poder público, garantizado el principio de legalidad en relación al administrado en las reglamentaciones internas, elaborada por facultad administrati-

-
1. Abogada por la UAA. Magister en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia UP. Doctoranda en Ciencias Jurídicas por la Universidad Iberoamericana. Ha participado de varios congresos nacionales e internacionales. Especialista en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Especialista en Gestión Educativa. Especialización Formación Pedagógica. Especialista en Didáctica Universitaria. Especialista en Gestión Educativa. Diplomado en Procedimiento General y Procedimiento Especial en la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia. Diplomado en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Diplomado en Negociación-Mediación. Diplomado en Derecho Penal General. Didáctica con Énfasis en Derechos Humanos. Docente en varias áreas jurídicas. Asesora Jurídica MDP 2013-2015. Asesora Jurisdicción Niñez y Civil ante la Niñez MDP-Luque 2015-2016. Actual Asesora Jurisdicción Laboral MDP Asunción.

va del ente público. Se explica el alcance del principio de legalidad en el Derecho Administrativo paraguayo, en relación a los actos administrativos y en los procesos contenciosos. De la supremacía jerárquica de las normas constituidas en razón de los principios fundamentales en los derechos de las personas, sean estas de la administración pública o privada.

Palabras claves: Supremacía jerárquica, acto administrativo, administrado, administración pública, poder público.

Introducción

La presente investigación trata sobre el alcance del principio de legalidad en el Derecho Administrativo paraguayo, a través de la indagación de teorías formuladas por doctrinarios, fundando la importancia de este principio en los instrumentos normativos que forman parte las legislaciones de los Estados.

El principio de legalidad se considera el más importante y fundamental principio; su importancia radica que todo ejercicio de un poder público debe ajustarse a la ley vigente y no a la voluntad de las personas, entonces las actuaciones del poder del Estado están sometidas a la Constitución y a las normas jurídicas nacionales, de manera a dar seguridad jurídica a los administrados.

Este poder público consiste en la facultad de mandar y ser obedecido como actividad del Estado y es la capacidad que tiene el Estado para obligar a alguien a realizar un acto determinado que se requiere de un orden establecido en las reglas que permitan la convivencia humana, la cual se traduce en el ejercicio del poder. El problema radica en el reconocimiento que este poder público realice en los actos administrativos, que conlleve a una sanción al administrado, en sedes administrativas bajo el estricto amparo de la legalidad.

En este trabajo se presentan las teorías sobre el tema consideradas en las doctrinas internacionales e instrumentos jurídicos nacionales, fuentes que sirven de sustento al análisis planteado. Se considerarán las leyes orgánicas de la administración pública; en que están instituidas las competencias y roles de estas instituciones públicas, limitando el actuar del poder público administrativo y garantizando de esta manera el principio de legalidad en relación al administrado en las reglamentaciones internas elaboradas por el ente público administrativo.

El principio de legalidad reside en la supremacía jerárquica de las normas jurídicas constituidas en razón de los principios fundamentales de los derechos de las personas, sean esta administración pública o privada. Por eso; se explica el alcance del principio de legalidad en el Derecho Administrativo paraguayo en los actos administrativos, en proceso contencioso-administrativo instancia a la que podrá recurrir el administrado, que se vulnera sus derechos.

Principio de Legalidad en el Derecho Administrativo paraguayo

1. Aspectos generales

1.1. Definiciones

Acto administrativo. “Podemos entonces definir el acto administrativo, como la declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”².

2. Tratamiento de Derecho Administrativo. Gordillo, Agustín, 2013, p. 219.

Derecho administrativo. Es el conjunto de leyes y normas encargadas de la regulación de la administración pública. Es aquella rama del derecho que tiene como función administrar los ordenamientos jurídicos respecto a su organización, sus servicios y sus relaciones con los ciudadanos.

El derecho administrativo ejerce su esfera de poder sobre todas aquellas instituciones y entidades que forman parte de la administración pública, así, como aquellas entidades responsables de temáticas tales como la salud, la educación, la seguridad, la sociedad civil, empresas públicas, las secretarías y ministerios, los diferentes cargos públicos, son ejemplos de los espacios en los cuales el derecho administrativo ejerce control y legisla jurídicamente para determinar funciones, responsabilidades, limitaciones, capacidades, etc.³

Supremacía jerárquica constitucional. “Es un principio elemental de nuestro derecho constitucional que la Ley Fundamental es algo más que un simple programa de gobierno, o expresión de deseo; es, como su nombre lo indica, una verdadera ley; pero aún más, es una ley superior al común denominador de las leyes. Su superioridad consiste en que las leyes comunes no pueden derogarla, lo que comprende, asimismo, la natural consecuencia de que no pueden violar ni alterar sus disposiciones, pues eso importaría precisamente aquello. Cuando una ley viola alguno de esos principios, deja de ser aplicada ante la reclamación del interesado ante la justicia. Si la Constitución tiene la particularidad de transformar un acto jurídico todo lo que la viole... Es evidente que ellos se debe a que la Constitución, aún con referencia a las leyes parlamentaria es suprema. Las leyes deben respetar la Constitución y a su vez los actos administrativos deben respetar las leyes, los actos de gobierno deben respetar la Constitu-

3. <https://definicionlegal.blogspot.com/2012/11/derecho-administrativo.html>

ción, luego dentro del Estado la Constitución es la máxima y última expresión de juridicidad”⁴.

Como consecuencia de la visión piramidal del sistema jurídico de KELSEN, en la cual la Constitución es la fuente de toda la estructura normativa, surgió la visión jerárquica del Derecho. Esto es, que toda norma jurídica se encuentra inmersa en una relación jerárquica en donde cada regla guarda un orden de prelación, tanto de forma ascendente como descendente. Bajo este parámetro, la Constitución encabeza la jerarquía normativa del sistema jurídico, siguiéndole en orden aquellas normas jurídicas que, según el valor que se les haya otorgado, poseen un rango gradualmente menor.

Según Ricardo Guastini (p. 376).

Poder público. El uso de esta terminología procede de las más antiguas concepciones en materia de Estado, que veían en este, no una organización de servicios públicos consagrada a la satisfacción de las necesidades generales de la colectividad, sino una entidad esencialmente superior a los individuos y con un poder de soberanía sobre ellos. En la concepción del siglo XIX, actividades del Estado en las que este actuaba unilateralmente por medio de prescripciones o de prohibiciones. Esta concepción está vinculada a un Estado principalmente reducido a los servicios públicos de regalía. En la actualidad, los defensores de esta noción ponen el acento, para estos términos, mucho menos en la idea de orden y mando que en la de un modo posible de ejecución de los servicios públicos —que se han multiplicado y diversificado— en condiciones que trascienden las que regulan el derecho privado, lo cual justifica la aplicación del derecho administrativo a tales situaciones⁵.

4. Tratamiento de Derecho Administrativo. Gordillo, Agustín, 2013, p. 134.

5. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/poder-p%C3%BAblico/poder-p%C3%BAblico.htm>

1.2. Doctrina Internacional sobre el principio de Legalidad

En la doctrina internacional es importante exponer lo expresado por el reconocido jurista y catedrático argentino, Dr. Agustín Gordillo, que ha significado en su obra el principio de la “legalidad objetiva” o principio supremo de razonabilidad y justicia:

El principio de la legalidad objetiva del procedimiento, aunque es frecuente que se lo confunda con el apego ciego a la irrazonabilidad de la norma reglamentaria, como supuesto “cumplimiento de la ley”. El principio de la juridicidad (Comadira) o legalidad objetiva no es otra cosa que la aplicación razonada y jerárquica de los grandes principios jurídicos, tales como el de razonabilidad o justicia natural, ambos de nivel constitucional y supraconstitucional, por encima de los frecuentes desvaríos de la norma reglamentaria o del acto o comportamiento administrativo. Quien no comprenda el exacto alcance del principio de legalidad objetiva así entendido, estará destinado a manejar el procedimiento siempre en forma contraria al derecho, aunque conforme al reglamento. Así entendido, este principio se subsume dentro del principio de razonabilidad o debido proceso sustantivo⁶.

Se infiere de la teoría expuesta por Agustín Gordillo sobre el principio de la legalidad objetiva, también denominada por el principio de razonabilidad y justicia, es la aplicación razonada y jerárquica de los grandes principios jurídicos de nivel constitucional, derivada de las convenciones internacionales que están por encima de la norma reglamentaria o el acto administrativo. Yendo más allá, se afirma en su proposición, quien no lo comprenda de esta manera, aunque haya observado el reglamento interno de la institución administrativa pública en cuestión lo hace contrario al derecho. Así entendido, encierra

6. Gordillo, Agustín. *El Procedimiento Administrativo. Concepto y Principios Generales*. 2007. pp. 398/9.

en este principio la razonabilidad o el debido proceso, es decir, no solo refiere al principio de legalidad de la actuación administrativa, sino la razonabilidad del mismo.

Siguiendo con el eje temático, el Dr. Christian Guzmán Napurí, abogado y docente titular ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ha publicado en *ius* la revista, N° 37: El principio de legalidad.

Es sin lugar a dudas el principio más importante del derecho administrativo, puesto que establece que las autoridades administrativas, y en general todas las autoridades que componen el Estado, deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades. Esto implica, en primer lugar, que la Administración se sujeta especialmente a la Ley, entendida como norma jurídica emitida por quienes representan a la sociedad en su conjunto, vale decir, el Parlamento. Lo que ocurre es que en el Estado de Derecho se ubica a la Administración como esencialmente ejecutiva, encontrando en la Ley su fundamento y el límite de su acción. Es una Administración sometida al derecho, aunque la misma está habilitada para dictar reglas generales –reglamentos fundamentalmente–, estas están subordinadas a la ley. En segundo lugar, la Administración Pública, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) o principio de no coacción, dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa. La discrecionalidad, como resultado, va reduciendo su existencia a límites casi virtuales, lo cual es consistente con la moderna teoría administrativa, e incluso, con reiterada jurisprudencia, en especial la emitida por el Tribunal Constitucional. Asimismo, la Administración Pública, al emitir actos administrativos –que por definición, generan efectos específicos, aplicables a

un conjunto definido de administrados— debe adecuarse a las normas reglamentarias de carácter general. Estas últimas evidentemente deben de complementar debidamente la norma legal que les da sustento, cumpliendo con reglamentarla de manera adecuada, en el caso de los llamados reglamentos ejecutivos. En el caso de los reglamentos autónomos, la Administración debe respetar las normas legales en general y en especial aquella que le otorga potestad reglamentaria a la entidad⁷.

De la misma manera, se considera que el Principio de Legalidad es el más importante de los principios en el derecho administrativo, porque establece las facultades y limitaciones a las autoridades administrativas. Es decir, que la Administración Pública se sujeta especialmente a la Ley y, por ende, limitada en su accionar. Si bien, la Administración Pública dicta reglamentos generales, esta facultad reglamentaria es discrecional subordinada a los principios generales de derechos y leyes de cada Estado, donde funciona el Estado de Derecho.

2. Instrumentos jurídicos nacionales

1.1. Constitución Nacional de la República del Paraguay, 1992

En la legislación nacional paraguaya, debemos destacar primeramente lo instituido en esta Constitución, son aplicables a los sumarios administrativos los derechos establecidos en el artículo 17, que constituyen los principios de presunción de su inocencia, el derecho a la defensa y el debido y justo proceso. Igualmente, las restricciones de la declaración establecidas en el artículo 18, que en su parte pertinente prescribe: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo,

7. Christian Guzmán Napurí. El principio de legalidad. Revista *ius* N° 37, pp. 230/1.

contra su cónyuge o contra la persona con quien está unido de hecho, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive”.

Asimismo, las normas constituyentes de la sección “De la función pública”; en especial el artículo 102, De los derechos laborales de los funcionarios y de los empleados públicos:.. “gozan de los derechos establecidos en esta Constitución en la sección de derechos laborales, en un régimen uniforme para las distintas carreras dentro de los límites establecidos por la ley y con resguardo de los derechos adquiridos.”, y el artículo 106: “Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de este a repetir el pago de lo que llegase a abandonar en tal concepto”.

De las descripciones realizadas de los artículos de la Constitución Nacional, se declara la obligatoriedad de respetar en todo proceso que conlleve una sanción al administrado, deberá ser sumariado donde se presume la inocencia del mismo, teniendo derecho a defenderse de la acusación y esta debe fundarse en una ley anterior al hecho; se llevará bajo el estricto respeto de un proceso preestablecido en la norma y en ningún caso los actos procesales administrativos podrán ser secretas para el administrado, ni obligarlo a declarar contra sí mismo. Este sumario no podrá superar el plazo establecido por la ley.

Los funcionarios públicos gozan de los derechos establecidos en esta Constitución y las leyes, que conlleva responsabilidad. Dicho de otra manera, esto no le exime de responsabilidades personales por infracciones, delitos o faltas que realizasen en el ejercicio de sus funciones, sin menoscabo de la responsabilidad del Estado.

1.2. Leyes nacionales

En relación al principio estudiado se debe significar lo establecido en la Ley N° 1.160/97 del Código Penal en su parte general, artículo 1°: “Principio de legalidad. Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción”⁸.

Entre las leyes nacionales que conforman las leyes organizacionales y funcionales de las instituciones administrativas públicas, se citan tales como Ley N° 961/1981, Código de Organización Judicial del Paraguay, Ley N° 1.626/2000, De la Función Pública, Ley N° 4.423/2011, Ley Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública, entre otros.

Asimismo, el procedimiento contencioso-administrativo está instituido en la Ley N° 1.462/1935 que establece en su “Artículo 3°: “La demanda contencioso-administrativa podrá deducirse por un particular o por una autoridad administrativa, contra las resoluciones administrativas que reúnen los requisitos siguientes: a) que acusen estado y no haya por consiguiente recurso administrativo contra ellas; b) que la resolución de la administración proceda del uso de sus facultades regladas; c) que no exista otro juicio pendiente sobre el mismo asunto; d) que la resolución vulnere un derecho administrativo pre-establecido a favor del demandante”⁹.

Además, la Ley N° 1.337/88, Código Procesal Civil, en los artículos 20 y 21 son aplicables en cuanto se señalan las causales de recusaciones e inhabilidades, y el artículo 24 para referirse a las recusaciones

8. Ley N° 1.160/97, Código Penal. Parte General. Artículo 1°. Principio de legalidad.
9. Ley N° 1.462 de 1935, Que establece el Procedimiento para lo Contencioso-Administrativo. Artículo 3°.

sin expresión de causa. También, son aplicables supletoriamente a los sumarios administrativos las reglas de los juicios de menor cuantía, las cuales se hallan establecidas en los artículos 686 al 688 y concordantes del mismo cuerpo legal.

1.3. Reglamentos internos de las instituciones administrativas públicas

Al ser reglas autónomas elaboradas por el ente público administrativo, solo rigen a los administrados específicos de dicha institución, a modo de ilustrar podemos citar:

1) Acordada 709/2011, Corte Suprema de Justicia, que textualmente expresa: “tiene por objeto reglamentar la potestad disciplinaria de la Corte Suprema de Justicia establecida en la Constitución de la República del Paraguay, la Ley N° 879/81, Código de Organización Judicial y la Ley N° 609/95, Que organiza la Corte Suprema de Justicia. Al efecto, desarrolla el régimen de faltas y sanciones, y el procedimiento administrativo que deberá ser aplicado para el adecuado ejercicio de dicha potestad”.

2) Reglamento Interno del Ministerio de la Defensa Pública, Resolución N° 132/2016, enuncia en el artículo 5°: “El presente reglamento es aplicable a los Defensores Públicos, funcionarios permanentes o comisionados y personal contratado del Ministerio de la Defensa Pública, de conformidad a la Ley 4.423/2011, Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública. El personal contratado por servicios personales o profesionales se registrará por las cláusulas contractuales y legales vigentes, a más de las disposiciones de este reglamento”.

A partir de los reglamentos internos enunciados en los párrafos anteriores se describe específicamente, que la Administración Pública, al emitir actos administrativos, crean efectos concretos, con alcance a un determinado grupo de administrados y ajustado a las normas reglamentarias de carácter general.

Como se evidencia, los reglamentos internos de la Administración Pública complementan obligatoriamente la norma legal que la sostiene, la reglamenta de manera ajustada a las normas legales en general y en especial aquella que le concede la potestad reglamentaria a la entidad.

Conclusión

El principio de legalidad en el derecho administrativo paraguayo, después de la indagación realizada en las teorías formuladas por doctrinarios, es la aplicación razonada y jerárquica de los principios jurídicos constitucionales derivada de los instrumentos internacionales, están por encima de una ley interna y va más allá de un reglamento interno o acto administrativo, por más que la Administración Pública haya observado el reglamento interno no garantiza que se haya dado el debido proceso concedido por este principio.

Este principio es el más importante en el derecho administrativo, puesto que establece los límites a la facultad otorgada a los entes públicos administrativos en las leyes orgánicas y al dictar su reglamento interno que debe estar subordinada y sobre todo garantizar en todo momento el principio de legalidad, que es la razonabilidad de la actuación administrativa.

Del análisis planteado sobre el alcance del principio de legalidad en los instrumentos jurídicos nacionales consultados en el presente trabajo se encuentran presentes, como se pudo observar en los instrumentos normativos que forman parte de la legislación paraguaya, primeramente en la Constitución, para luego constituir las en normas orgánicas y, por último, en normas reglamentarias interna de la administración pública, en relación del Derecho Administrativo. Se destaca que la Constitución Nacional es la fuente de mayor importancia en el Derecho Administrativo, porque se trata de una supremacía jurídi-

ca, lo que explica que una ley o acto administrativo, que es expresión de voluntad coercitiva del Estado, pierda validez en algún caso.

Se deja en claro, que la administración pública se diferencia de los particulares, dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa a través de su ley orgánica-acordada. De manera, que afecta solo al grupo determinado de los administrados del ente público.

Si bien el administrado puede recurrir al procedimiento administrativo contencioso, contra la resolución emanada de la autoridad administrativa, y solo si reúnen las condiciones requeridas; que se hayan agotadas los recursos en la instancia administrativa pública, que la resolución recurrida emane de la autoridad competente administrativa; que no exista otro juicio pendiente sobre la misma cuestión; y que la resolución transgreda un derecho administrativo establecido a favor del demandante, el administrado.

Por lo tanto, un acto administrativo en sede de la institución administrativa debe de observar los principios de legalidad, ajustarse a las normas instituidas en la Constitución Nacional como el derecho a la defensa, para luego subsumir la conducta del administrado en la norma de ley nacional y orgánica de la institución y, por último, la aplicación del reglamento interno de la institución; se podrá considerar que la resolución emanada bajo estos criterios será siempre legal y razonable en un Estado de Derecho.

De todo expresado en las consideraciones que anteceden, se desprende que el Principio de Legalidad en el Derecho Administrativo es el sometimiento directo del poder público a la ley, esta actividad administrativa está autorizada en la ley y solo se realizara aquel acto que está autorizado en él, respetando la supremacía jerarquía las normas.

Referencias bibliográficas

- Gordillo**, Agustín. Tratado De Derecho Administrativo. Tomo 8. 1ª Edición. Teoría General Del Derecho Administrativo (2013). ST Gráfico S.A. San Antonio 834, Capital Federal. Argentina.
- Legislación Paraguaya. *Constitución de la República del Paraguay*. Ediciones Legis/ DISTRAN. Asunción, Paraguay. 2002. ISBN 99925-67-05-8
- Ley N° 1.462/1935**, “Que establece el procedimiento para lo Contencioso-Administrativo”.
- Ley N° 1337/88**, Código Procesal Civil.
- Ley N° 879/81**, Código de Organización Judicial.
- Ley N° 609/95**, Que organiza la Corte Suprema de Justicia.
- Ley N° 1.160/97**, Código Penal del Paraguay.
- Ley N° 1.626/2000**, De la Función Pública.
- Ley N° 4.423/2011**, Orgánica del Ministerio de la Defensa Pública. (2012). INECIP- Py. Asunción, Paraguay.
- Ley N° 4.046/2010**, Que modifica el artículo 4º de la Ley N° 1.462/1935 “Que establece el procedimiento para lo contencioso administrativo”.
- Acordada 709/2011**, Corte Suprema de Justicia.

PROMOCIÓN, PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y APOYO A LA LACTANCIA MATERNA EN EL PARAGUAY

Laura Isabel Villalba Cardozo¹

1. Resumen

El presente trabajo tiene por objeto realizar un estudio de la legislación vigente en el Paraguay sobre la protección de la maternidad en el ámbito laboral así como la promoción y apoyo de la lactancia materna. Para mejor comprensión del tema, partimos de una breve reseña sobre la exposición de motivos de la Ley N° 5.508/15 de “Promoción, protección y apoyo a la lactancia materna”, luego se procede a analizar concisamente los fundamentos jurídicos nacionales principales de la indicada ley para posteriormente pasar a comentar la ley aludida y su decreto reglamentario, finalizando con una conclusión donde se acentúan los logros principales de la legislación vigente expresando nuestra opinión sobre el tema ensayado.

-
1. Nació en Concepción, Paraguay. Realizó sus estudios universitarios en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, sede regional de Concepción, recibiendo de abogada en el año 2006 y obteniendo en la misma casa de estudios el título de Notaria y Escribana Pública en el año 2016. Como estudio de posgrado también ha obtenido el título de Especialista y Magister en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia en la Universidad Iberoamericana de Asunción en el año 2018. Se dedicó al ejercicio de la abogacía entre los años 2006 al 2015, año en que fue designada Juez de la Niñez y la Adolescencia del segundo turno de la Circunscripción Judicial de Concepción, donde ejerce la magistratura hasta la actualidad. **Correspondencia:** lauravillalbac@hotmail.com

Palabras clave: Protección de la maternidad – Trabajo de mujeres – Lactancia materna – Promoción y apoyo – Peligro para la salud – Protección del niño – Permiso por maternidad – Permiso por paternidad – Permiso por adopción y acogimiento familiar – Período de lactancia – Estabilidad – Fuero maternal – Subsidio por maternidad – Discriminación.

2. Estudio sobre la Ley N° 5.508 del año 2015: “Promoción, protección de la maternidad y apoyo a la lactancia materna”

2.1. Su exposición de motivos

El proyecto presentado en su momento por los diputados Olga Ferreira, Fabiola Oviedo y José Ledesma fue aprobado el 10 de setiembre de 2015 por la Cámara de Senadores y sancionado por la Cámara de Diputados el 1 de octubre del año 2015, siendo promulgado por el Poder Ejecutivo el 28 de octubre siguiente.

Los proyectistas iniciaron su exposición de motivos² señalando que la lactancia materna es el mejor comienzo para los niños en la vida y les asegura un futuro con calidad, agregando que evidencias científicas demuestran que la lactancia materna exclusiva y continuada disminuye en los niños los riesgos de alergias, dermatitis atópica³,

2. Archivo de la Honorable Cámara de Diputados, exposición de motivos de la Ley 5.508/15: <http://www.diputados.gov.py/plenaria/150513-SE/pdf150513/09.pdf>

3. Las lesiones eccematosas aparecen en la cara (en los bebés más pequeños), en las manos (cuando empiezan a tocar objetos o alimentos), en el pliegue del codo, detrás de las rodillas, tobillos o muñecas o en la parte posterior de la oreja o en el orificio de los pendientes. La piel suele ser seca, apareciendo a veces granitos como “la piel de gallina” en brazos y muslos. <https://www.dodot.es/bebe/crecimiento-y-desarrollo/articulo/dermatitis-atopica-en-ninos-de-0-a-36-meses>

asma, diabetes tipos 1 y 2, hipertensión arterial, hipocolesterolemia⁴, síndrome metabólico⁵ y obesidad, agregando que disminuye en las madres los riesgos de cáncer de mama y de ovario.

Resaltan que la premura por reintegrarse al trabajo o salir en busca del sustento ha hecho que muchas mujeres utilicen en la crianza y alimentación de sus hijos las leches maternizadas.

Destacan además que la lactancia materna es un derecho del niño y de la madre, indicando las ventajas de la lactancia materna en la mujer al eliminar el riesgo de cáncer de mama; disminuyendo el riesgo de padecer osteoporosis cuando se llegue a la adultez; reduciendo riesgos de cáncer de ovarios; integrando la familia, disminuyendo gastos en salud; beneficiando el ahorro; contribuyendo a que el país tenga niños más sanos, inteligentes y seguros de sí mismos.

En cuanto a los fundamentos jurídicos, citan a los Arts. 55⁶ y 89⁷ de nuestra Constitución del año 1992; la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño por aprobada y ratificada en nuestro

-
4. Descenso anormal de la concentración de colesterol en la sangre. Ver en: <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/hipocolesterolemia>
 5. El síndrome metabólico describe un grupo de factores de riesgo que hacen que los niños tengan altas probabilidades de desarrollar enfermedad cardíaca y diabetes tipo 2. Ver en: <https://kidshealth.org/es/parents/metabolic-syndrome-esp.html>
 6. **Art. 55, Constitución del Paraguay: DE LA MATERNIDAD Y DE LA PATERNIDAD.** La maternidad y la paternidad responsables serán protegidas por el Estado, el cual fomentará la creación de instituciones necesarias para dichos fines.- Disponible el texto completo de la Constitución del Paraguay en: <http://www.hacienda.gov.py/normativa/Constituci%C3%B3n%20de%201a%20Rep%C3%ABlica%20de%20Paraguay.pdf>
 7. **Art. 89, Constitución del Paraguay: DEL TRABAJO DE LAS MUJERES.** Los trabajadores de uno y otro sexo tienen los mismos derechos y obligaciones laborales, pero la maternidad será objeto de especial protección, que comprenderá los servicios asistenciales y los descansos correspondientes, los cuales no serán inferiores a doce semanas. La mujer no será despedida durante el embarazo, y tampoco mientras duren los descansos por maternidad. La ley establecerá el régimen de licencias por paternidad.

país por Ley N° 57/90⁸; la Ley N° 1680/01 “Código de la Niñez y la Adolescencia”⁹; el Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰; la Declaración de Innocenti¹¹ sobre la protección, el fomento y el apoyo de la lactancia materna del año 1990. Indican igualmente que se encuentra vigente el Convenio OIT N° 183 de Protección a la Maternidad¹² por el cual el Estado reconoce el derecho que tiene toda mujer trabajadora de dar de mamar a sus hijos –aunque en realidad Paraguay aparece en la lista de la Organización Internacional del trabajo (OIT) de países que *no* han ratificado dicho convenio¹³–. Mencionan además la Ley N° 1.478, “De comercialización de sucedáneos de la leche materna”¹⁴ en el año 1999 que se encuentra vigente hasta la fecha, que tiene un alcance limitado ya que se refiere solo a la comercialización de los sucedáneos de la leche materna, concluyendo que es de suma importancia contar en nuestro país con una ley que

-
8. Texto de la Ley N° 57/90 “*Que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño*”: http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley_ndeg_57-90_aprueba_y_ratifica_la_cdn_pargauay.pdf
 9. Ley N° 1680/01 “*Código de la Niñez y la Adolescencia*”: <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/5261/ley-n-1680-codigo-de-la-ninez-y-la-adolescencia>
 10. El Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se puede obtener en el siguiente link: <https://www.senavitat.gov.py/pdf/Pacto%20Internacional%20de%20Derechos%20Economicos.pdf>
 11. En el siguiente link se puede acceder al texto de la “*Declaración de Innocenti*”, del año 1990, en español: http://www.aeped.es/sites/default/files/1-declaracion_innocenti_1990.pdf
 12. Aquí, en la página web de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se puede leer in extenso el “*Convenio sobre la protección de la maternidad del año 2000*”: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183
 13. Lista de países que no han ratificado este convenio, donde está Paraguay, y que se encuentra publicada en la página web de la OIT: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO:11310:P11310_INSTRUMENT_ID:312328:NO
 14. Accedimos al texto íntegro de la ley en el siguiente link: <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/5345/comercializacion-de-sucedaneos-de-la-leche-materna>

garantice la práctica adecuada de la lactancia materna que permita garantizar los derechos de las madres trabajadoras en el periodo de amamantamiento, estableciéndose igualmente infracciones para los casos de infracción.

2.2 Principales antecedentes normativos nacionales de la ley¹⁵

El fundamento principal de la ley en estudio es la Constitución de nuestro país que dispone que la maternidad y la paternidad responsables serán protegidas por el Estado y que este fomentará la creación de instituciones necesarias para dichos fines; por otro lado, señala que los trabajadores de uno y otro sexo tienen los mismos derechos y obligaciones laborales, pero que la maternidad será objeto de especial protección, que comprenderá los servicios asistenciales y los descansos correspondientes, los cuales no serán inferiores a doce semanas, agregando que la mujer no será despedida durante el embarazo y tampoco mientras duren los descansos por maternidad.

La segunda regla precedentemente indicada se la debe hacer concordar siempre con lo que la misma Ley Suprema reconoce en el segundo párrafo de su artículo 46¹⁶, el cual indica que las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.

-
15. Al texto de la Ley N° 5.508/2015 de *"Promoción, protección de la maternidad y apoyo a la lactancia materna"* se puede acceder en el siguiente link: <http://www.hacienda.gov.py/normativa/Ley%205508-2015%20De%20proteccion%20de%20la%20maternidad%20y%20apoyo%20a%20la%20lactancia%20materna.pdf>
 16. **Art. 46, Constitución del Paraguay: DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS.** Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien. Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios.

Seguidamente, se tienen las normas establecidas en los Arts. 128-136 del Código del Trabajo¹⁷ paraguayo, Ley N° 213/93, sección modificada casi en su totalidad por la Ley N° 496/95 “Que modifica, amplía y deroga artículos de la Ley N° 213/95, Código del Trabajo”¹⁸.

En la mencionada sección, con la modificación señalada y en general, se señala que las mujeres disfrutan de los mismos derechos laborales y tienen las mismas obligaciones que los hombres¹⁹; y, que las modalidades que se consignan en dicha sección tienen como propósito fundamental la protección de la maternidad.

Indica además que cuando exista peligro para la salud de la madre o del hijo durante la gestación o el periodo de lactancia, aquella no podrá realizar labores insalubres o peligrosas ni trabajo nocturno industrial en establecimientos industriales o de servicio después de las diez de la noche así como en horas extraordinarias, todo lo cual claramente concuerda con lo mandado en la Constitución en su artículo 4²⁰

-
17. Se puede acceder al Código del Trabajo paraguayo en el siguiente link: <http://humanidades.uni.edu.py/wp-content/uploads/2016/07/Ley-213-93-C%C3%B3digo-Laboral.pdf>
 18. Aquí el texto íntegro de la mencionada ley: http://www.mtess.gov.py/index.php/download_file/view_inline/536
 19. Concuerda con: Constitución, arts. 10, 46, 48, 55, 88, 89 primera parte; Ley N° 996/64 “Que aprueba y ratifica el Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria, adoptada por la Conferencia General de la OIT, en su trigésima primera Reunión, celebrada en San Francisco, Estados Unidos de América, el 17 de junio de 1948 (Convenio N° 89); Ley N° 1.215/86 “Que aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”; Ley N° 1.683/01 “Que aprueba el protocolo Facultativo de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”; Ley N° 3.803/09 “Que otorga licencia a trabajadoras para someterse a exámenes de papanicolau y mamografía”. **La Ley Paraguaya S.A (Ed.) (2011). Código del Trabajo y Código Procesal del Trabajo, Actualizado, Concordado, con leyes complementarias. (p. 75)**
 20. **Art. 4° C.N. DEL DERECHO A LA VIDA.** El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos.

al señalar que se garantiza el derecho a la protección de la vida de las personas humanas, en general, desde la concepción; por otro lado, con el Código de la Niñez y la Adolescencia que en su artículo 9° cuando indica que la protección de las personas por nacer se ejerce mediante la atención a la embarazada desde la concepción²¹; aclarando la norma que son labores peligrosas o insalubres las que, por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas y biológicas del medio en que se presta, o por la composición de la materia prima que se utilice, son capaces de actuar sobre la vida y la salud física y mental de la mujer embarazada o de su hijo.

Se dispone que toda trabajadora tendrá derecho a suspender su trabajo presentando un certificado médico expedido o visado por el Instituto de Previsión Social (IPS) o el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPyBS), siendo la duración del permiso por maternidad de doce semanas: seis semanas anteriores al parto y seis semanas posteriores a él.

En relación al periodo de lactancia, establece dos descansos extraordinarios por día de media hora cada uno para amantar al niño, considerándose dichos descansos como periodos trabajados con goce de salarios. Dispone igualmente que los establecimientos industriales o comerciales en que trabajan más de cincuenta trabajadores de uno u otro sexo están obligados a habilitar salas o guarderías para niños menores de dos años donde estos quedarán bajo custodia durante el tiempo de trabajo de su madre o padre.

21. **Art. 9°, Código de la Niñez y la Adolescencia. DE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS POR NACER.** La protección de las personas por nacer se ejerce mediante la atención a la embarazada desde la concepción y hasta los cuarenta y cinco días posteriores al parto. Estarán obligadas a ella el progenitor y, en ausencia de éste, aquellas personas para quienes este Código establece la responsabilidad subsidiaria.

Una circunstancia muy importante que dispone el código en su artículo 135 es que a partir de la fecha de la notificación del embarazo la mujer empleada habitualmente en trabajos insalubres, peligrosos o penosos tiene derecho a ser trasladada de lugar de trabajo asignándosele tareas compatibles con su estado, sin reducción de su salario, añadiendo que, si transcurrido el reposo de maternidad se encontrase imposibilitada para reanudar sus labores a consecuencia del embarazo o parto, la mujer tendrá derecho a licencia por todo el tiempo indispensable para su restablecimiento, conservando su empleo y los derechos adquiridos por virtud del contrato de trabajo, todo lo cual se constituye en una verdadera garantía para la mujer en relación a la estabilidad segura en su trabajo.

Se señala además que desde el momento en que el empleador haya sido notificado del embarazo de la trabajadora y mientras ésta disfrute de los descansos de maternidad será nulo el preaviso y el despido decididos por el empleador.

Finalmente, la Ley N° 1626 del año 2000, de la Función Pública²², en su artículo 50 inciso b) dispone expresa y directamente que se regirán por las disposiciones del Código del Trabajo las cuestiones relativas a la protección de la funcionaria pública en estado de gravidez y en periodo de lactancia; y, que si por razones de salud el permiso debiera extenderse por más de doce semanas su prolongación no podrá, en total, exceder de seis meses, añadiendo que en los casos de adopción de un niño menor de dos años el permiso será de seis semanas.

22. Texto de la Ley N° 1.626/2000 "De la Función Pública": file:///C:/Users/USER/Downloads/Ley%20N%C2%BA%201626%202000%20De%20la%20Funci%C3%B3n%20P%C3%ABlica.pdf

2.3. Análisis del texto de la ley

Indudablemente las normas analizadas ya protegen a la mujer trabajadora en lo relacionado a la maternidad y la lactancia, no obstante, ello fue mejorado ampliamente con la Ley N° 5.508/15, con la que tales derechos encuentran la cúspide de su consagración con la promoción, protección de la maternidad y apoyo a la lactancia materna.

Esta ley introduce trascendentes cambios a la regulación laboral vigente hasta el año 2015, habiendo sido sancionada el 1 de octubre de 2015, promulgada el siguiente 28 de octubre y publicada en la Gaceta Oficial N° 207 del 29/10/2015²³.

Analizamos la ley aludida resaltando en cada caso la extensión de un derecho o garantía ya regulado en el Código del Trabajo o en su caso la introducción que hace, a fin de notar sus grandes e importantes ampliaciones o incorporaciones.

Para el Código del Trabajo las modalidades que se consignan en su sección pertinente, estudiada en el apartado anterior, tienen como propósito fundamental la protección de la maternidad; sin embargo, **la ley estudiada amplió sus fines** al disponer que tiene por **objeto promover, proteger y apoyar la lactancia materna** en nuestro país, aclarando ab initio que sus disposiciones se aplicarán a todas las personas que trabajen ejerciendo cualquier modalidad laboral prevista en la Ley N° 213/93 “Que Establece el Código del Trabajo”; o, que ejerzan funciones previstas en la Ley N° 1.626/00 “De la Función Pública”, que directa o indirectamente estén relacionadas con la lactancia materna y la alimentación de lactantes, niños pequeños y madres

23. Gaceta Oficial de la República del Paraguay, N° 207 del 29/10/15: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/101678/122629/F453302847/LEY%205508%20PARAGUAY.pdf>

en período de gestación y lactancia, ***aumentando el ámbito de aplicación de esta manera***, ya que las disposiciones anteriores tienen como ámbito de aplicación solamente las modalidades laborales previstas en el Código del Trabajo.

Esta ley ***introduce definiciones de tipos de lactancia***. Especifica que la lactancia materna exclusiva es la alimentación de un lactante únicamente con leche materna sin el agregado de agua, jugos, té u otros líquidos o alimentos; lactancia materna complementada, cuando el lactante además de leche materna recibe cualquier alimento sólido o semisólido, con la finalidad de complementarlo y no de sustituirlo; lactante: niño o niña de cero a veinticuatro (24) meses de edad cumplidos; y, niño o niña pequeño o pequeña como aquel niño o niña de veinticuatro (24) meses hasta treinta y seis (36) meses de edad cumplidos.

Establece que es el Estado quien promoverá, protegerá y apoyará la maternidad y la lactancia materna exclusiva hasta los 6 (seis) meses de edad y la lactancia materna complementada hasta los 24 (veinticuatro) meses de edad, asegurando la atención y cuidado de la alimentación de los niños y niñas así como de la madre en período de gestación y lactancia; añadiendo que en ningún caso, la mujer será objeto de discriminación o vulneración de sus derechos por su condición de tal.

Esta ley declara la segunda semana de agosto como la semana mundial de lactancia materna, por lo que cada año en dicho mes el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social ejecuta acciones dirigidas a educar, concienciar y promocionar la lactancia materna exclusiva y complementada en todo el país.

La ***autoridad de aplicación de la ley es el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social*** y entre sus funciones se indican velar su el cumplimiento; elaborar y ejecutar políticas, planes y programas que favorezcan la lactancia materna exclusiva y complemen-

tada; monitorear el cumplimiento de los indicadores de lactancia materna; promover la sensibilización y concienciación de los padres, las familias y la sociedad respecto a los beneficios de la lactancia materna; promover la creación y desarrollo de bancos de leche materna y albergues, y regularlos; promover, a través de los medios masivos de comunicación la difusión y sensibilización sobre los beneficios y calidad de la lactancia materna exclusiva y complementada.

Por otro lado, señala como **función del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social** el deber de diseñar y aplicar estrategias de control para el efectivo cumplimiento del otorgamiento de los permisos por maternidad y lactancia así como otros permisos laborales a través de procesos de fiscalización programados y aleatorios; también aplicar en forma inmediata las sanciones establecidas para las infracciones cometidas a las obligaciones dispuestas por la ley en estudio.

En relación al **permiso por maternidad, lo amplía de manera asombrosa** disponiendo que toda trabajadora tendrá derecho a acceder en forma plena a tal permiso sea cual fuere el tipo de prestación o contrato por el cual presta un servicio, el cual será por un período de **18 (dieciocho) semanas ininterrumpidas** toda vez que presente un certificado médico expedido o visado por el Instituto de Previsión Social o el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social en el que indique su gravidez y su posible fecha de parto, determinando que en interés superior del niño la trabajadora podrá tomar el permiso 2 (dos) semanas antes del parto, pero si el parto se produjere antes de iniciada la semana número 35 (treinta y cinco) de gestación; o, si el niño al nacer pesare menos de 2.000 (dos mil) gramos o naciera con enfermedades congénitas que ameriten incubadora o cuidados especiales, que sean justificados con certificación médica, el permiso se extenderá a 24 (veinticuatro) semanas, agregando que en caso de embarazos múltiples el período de permiso de maternidad se incre-

mentará en razón de 1 (un) mes por cada niño a partir del segundo niño, indicando que si ocurren simultáneamente las dos circunstancias mencionadas anteriormente, la duración del descanso postnatal es la de aquel que posea una mayor extensión.

Se indica además que si la madre muriera en el parto o durante el período de permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto del tiempo que faltase transcurrir hasta su término será destinado al padre o a quien fuera designado por la familia de la madre como cuidador del niño o de los niños, siempre que este período de tiempo sea destinado en forma exclusiva al cuidado.

Un aspecto muy interesante es que se establece que el ejercicio del derecho de usufructo del permiso de maternidad tendrá por efecto la prohibición de realizar cualquier tipo de trabajo o prestar servicios en forma parcial, aleatoria u ocasional a favor de terceros.

Nótese que en verdad estas **mejoras del permiso por maternidad son extraordinarias en comparación a lo que dispone el Código del Trabajo en su artículo 133**, donde se limita a establecer el permiso por 12 semanas, cual es el mínimo exigido por la Constitución en su artículo 89. Se destaca que de acuerdo con el artículo 71 inc. m) del Código del Trabajo es causa de suspensión del contrato de trabajo el descanso pre y post natal.

Esta ley **introduce además lo relacionado al subsidio por maternidad**, disponiendo que durante el permiso de maternidad la trabajadora recibirá un subsidio con cargo al régimen de seguridad social del Instituto de Previsión Social (IPS) equivalente al 100% (cien por ciento) de su remuneración al momento de ocurrido el parto, imponiendo que en caso de que el empleador no haya inscripto o se encuentre en mora en relación al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Régimen mencionado, dicho empleador deberá asumir el pago del 100% (cien por ciento) del monto del subsidio aludido, sin perjuicio de la aplicación de otras sanciones administrativas que pudieren corresponder.

Al referirse a **otros permisos laborales**, la ley en análisis dispone como **permiso por adopción** que la madre adoptante y la madre de la familia de acogimiento, declaradas como tales por sentencia judicial, tendrán derecho a acceder al permiso por maternidad de 18 (dieciocho) semanas cuando el adoptado o el niño acogido fuese menor de 6 (seis) meses y de 12 (doce) semanas cuando fuere mayor de 6 (seis) meses; y, **extiende los permisos por paternidad, de carácter irrenunciable**, a todo trabajador padre de recién nacido por 2 (dos) semanas posteriores al parto, con goce de sueldo a cargo del empleador. Se añade que durante ese período el padre deberá inscribir al niño o niña ante la Dirección General del Registro del Estado Civil de las Personas y tramitar los documentos requeridos para iniciar la solicitud de la cédula de identidad ante el Departamento de Identificaciones de la Policía Nacional. **En comparación, el permiso por paternidad se halla ligeramente regulado en el artículo 62 inc. j) del Código del trabajo**, donde se dispone entre las obligaciones de los empleadores conceder, **a solicitud del trabajador**, dos días de licencia en caso de nacimiento de un hijo. Resaltamos el hecho de que **el permiso para la madre adoptante y de la familia de acogimiento no se encontraba contemplado en la reglamentación anterior**.

En lo que hace al **permiso de lactancia, lo extiende considerablemente**, ya que concede a las madres trabajadoras un permiso al día de 90 (noventa) minutos para amamantar a sus hijos durante los primeros 6 (seis) meses, los que **podrán ser usufructuados por la madre de la forma en que ella estime conveniente y en función a las necesidades del niño**. Estos permisos serán **computados desde el primer día de reintegro al trabajo** después del permiso de maternidad, pudiendo extenderse dicho permiso, según indicación médica, desde los 7 (siete) meses incluso hasta 24 (veinticuatro) meses de edad del niño, y en este caso será de 60 (sesenta) minutos al día, considerándose los permisos mencionados como períodos trabajados, con goce de salario.

Otra innovación de esta ley es que dispone que el empleador dará el tiempo necesario a la madre trabajadora en su empleo para realizar la **extracción de la leche materna**, para lo debe brindar las condiciones necesarias y contar con una **sala de lactancia**; y, en caso de parto múltiple, dicho permiso se incrementará 60 (sesenta) minutos más por día a partir del segundo hijo. En relación a la **sala de lactancia, incorpora una importante obligación legal** al disponer que las instituciones públicas y empresas del sector público y privado, en las cuales trabajen más de 30 (treinta) mujeres, deben implementar salas de lactancia materna habilitadas por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, de acuerdo con la normativa vigente²⁴, que deberán estar debidamente acondicionadas para que las madres trabajadoras en período de lactancia puedan amamantar o extraerse la leche, asegurando su adecuada higiene y conservación. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social fiscalizará el cumplimiento de cuanto antecede.

La ley comentada, en lo que se convierte en una redundancia legal, reitera lo relacionado a la **nullidad del pre aviso y el despido de la trabajadora** desde el momento en que el empleador haya sido notificado del embarazo y mientras ésta usufructúe el permiso de maternidad así como los demás permisos establecidos en la ley estudiada, incluyendo los permisos de lactancia; pero **gratamente agrega** que la mujer gozará de **inamovilidad laboral** hasta 1 (un) año después del nacimiento o adopción de la niña o el niño y que en ningún caso el embarazo, la adopción, el nacimiento de la niña o el niño, o la lactancia pueden constituir directa o indirectamente causa justificada de despido.

24. Lineamiento técnico y administrativo de sala de lactancia <https://www.mspbs.gov.py/dependencias/portal/adjunto/75067a-RESOLUCIONSGN291DE2018.pdf>

Se ***introduce además un aspecto sumamente importante para la promoción y apoyo a la lactancia materna*** al señalar que el Consejo Nacional de Educación Superior (CONES) obligará a las instituciones educativas a incorporar en la malla curricular de las carreras afines a las disciplinas de salud y educación, la importancia y los beneficios de la lactancia materna exclusiva y complementada, conforme a las directrices impartidas al efecto por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.

Llegados a las disposiciones finales y transitorias de la ley en estudio, se dispone que **los permisos de maternidad establecidos serán efectivizados en forma progresiva** hasta llegar a la concesión del 100% (cien por ciento) de los permisos dispuestos.

Se especifica que partir de la fecha de entrada en vigencia de la ley y por el plazo de 6 (seis) meses, el permiso de maternidad será de 14 (catorce) semanas; a partir de los 6 (seis) meses de la fecha de entrada en vigencia de la ley y hasta el plazo de 1 (un) año de entrada en vigencia la ley, el permiso de maternidad seguirá siendo de 14 (catorce) semanas; y, a partir del plazo de 1 (un) año desde la fecha de entrada en vigencia de la ley y hasta el plazo 3 (tres) años computados desde la fecha de entrada en vigencia de la ley, el permiso de maternidad será de 18 (dieciocho) semanas.

Se tiene así que la única regla que fue obligatoria de manera inmediata fue la que dispone el permiso de paternidad, ya que las otras dos –permiso por maternidad y subsidio por maternidad– son implementadas **gradualmente desde octubre 2015 debiendo ser incorporadas también en forma paulatina hasta octubre del 2018**, en vista que se establece además que la progresividad de la aplicación de la ley con relación al pago del subsidio a cargo del Instituto de Previsión Social (IPS), será a partir de la fecha de su promulgación en razón de 50% (cincuenta por ciento) del salario hasta los 6 (seis) meses, del 75% (setenta y cinco por ciento) del salario hasta los 12 (doce) meses y del 100% (cien por ciento) del salario a partir del

tercer año de promulgada la ley, **por lo que para fin de octubre de este año la ley tendrá plena operatividad, atendiendo a que fue promulgada el 28 de octubre de 2015 y publicada en la Gaceta Oficial N° 207 del 29/10/2015.**

La ley en estudio dispone quedan derogadas todas las disposiciones legales y reglamentarias que contravengan o resulten incompatibles con lo dispuesto por ella. Resulta importante destacar que si bien la ley analizada no se refiere al caso de las trabajadoras gestantes o en periodo de amamantamiento expuestas a condiciones de trabajo insalubres o peligrosas, al no resultar incompatibles son de observancia obligatoria lo dispuesto sobre el tema en los artículos 130 y 131 del Código del Trabajo, modificados por el artículo 1 de la ley 496/96, ya comentados en el numeral 2.2 de este mismo trabajo.

2.4. Decreto N° 7.550/17 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS) que reglamenta la Ley 5.508/15 en estudio²⁵

Este Decreto cuenta con 40 artículos bastante claros y en su mayoría extensos, por lo que solamente se comentarán los que consideramos más destacables.

En relación al permiso por adopción, indica que se refiere a las madres adoptantes y madres de familia de acogimiento acreditadas con sentencia judicial firme, ejecutoriada e inscripta en la Dirección General del Registro del Estado Civil, aunque debemos agregar que en dicha institución solo se inscriben las sentencias de adopción, no así las resoluciones judiciales que disponen familias de acogimiento

25. Este Decreto puede ser leído in extenso en: <http://www.hacienda.gov.py/normativa/Decreto%207550-2017%20Que%20reglamenta%20la%20Ley%205508-2015.pdf>

que con ser ordenadas por un Juzgado de la Niñez y la Adolescencia competente es suficiente para su validez y cumplimiento; define productos designados, como los relacionados a leches de fórmula, biberones, tetinas y chupetes; interés superior del niño, como norma de procedimiento tendiente a garantizar la adopción de medidas que promuevan y protejan su máximo bienestar posible; inamovilidad laboral, como el derecho de las mujeres trabajadoras a no ser despedidas, trasladadas ni desmejoradas en sus condiciones laborales desde la notificación al empleador del estado de gravidez y hasta un año después del nacimiento o adopción del niño o niña; trabajadores, como las personas de uno u otro sexo que prestan servicios en relación de dependencia y que se encuentran afectados a la aplicación de la Ley N° 5.508/2015; inscripción de oficio, como el alta o ingreso al seguro social, que se produce por llegar a conocimiento de la Autoridad Competente (MTESS o IPS), la existencia de un trabajador que debiendo figurar inscripto de forma obligatoria, de conformidad con la ley, no lo está, por culpa u omisión del empleador.

Se garantiza a las trabajadoras el derecho a usufructuar el permiso por maternidad, que abarca desde el periodo prenatal, el nacimiento y el postnatal, a fin de permitir que, la gravidez, el parto, la recuperación y el reposo de la madre tras el parto aseguren su función procreadora sin comprometer su estabilidad económica y laboral. Se avala igualmente la práctica adecuada de la lactancia materna y la alimentación complementaria oportuna a través de la promoción y el apoyo a la lactancia exclusiva como incentivo para asegurar la reincorporación de la madre trabajadora al mercado laboral tras finalizar su permiso por maternidad.

Dispone como autoridades para entender en la aplicación de la Ley N° 5.508/15 y su reglamentación dentro del ámbito de sus respectivas competencias, al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Establece que

el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, además de sus funciones de mediación y fiscalización, será la autoridad competente para entender en caso de duda o conflicto que afecten a los trabajadores y trabajadoras del sector privado respecto a la procedencia del usufructo de las garantías consagradas en la Ley N° 5.508/2015 y en el reglamento comentado, aclarando que para los trabajadores y trabajadoras del sector público la autoridad competente será la Secretaría de la Función Pública, que en forma conjunta con el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social se expedirán de manera uniforme y en ejercicio de sus facultades respecto a la procedencia de lo peticionado por los trabajadores y empleadores.

Este decreto sí se refiere a los trabajos considerados por la autoridad como perjudiciales para la salud, disponiendo que en tales casos la trabajadora deberá ser trasladada, sin reducción de sus remuneraciones, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado, entendiéndose como trabajos perjudiciales, por ejemplo, los que la obliguen a levantar, arrastrar o empujar grandes pesos; exijan un esfuerzo físico, incluido el hecho de permanecer de pie largo tiempo; se ejecuten en horario nocturno u horarios extraordinarios; y, otras actividades que la autoridad administrativa del trabajo declare inconveniente para el estado de gravidez.

Del **fuero maternal**, señala que desde el momento en que el empleador tome conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora, esta de forma automática adquiere el fuero maternal que generará la imposibilidad para el empleador de despedir a la trabajadora sin previa autorización judicial. Este periodo se inicia con el conocimiento efectivo del empleador del estado de gravidez o embarazo de la trabajadora y se extiende hasta un año después del nacimiento del niño o niña. Igual protección alcanza a la madre adoptante, desde que el empleador toma conocimiento efectivo de la resolución judicial firme, hasta un año después de la adopción.

Reglamenta que permiso prenatal es el descanso de dos (2) semanas anteriores al nacimiento del niño o niña que la ley otorga **opcionalmente a la madre**, debiendo el médico que tenga a su cargo la atención de la mujer determinar la fecha probable de nacimiento para efectos de este permiso a través de certificado médico. Se aclara que permiso postnatal es el período de descanso de dieciséis (16) semanas posteriores al nacimiento del niño o niña, en caso de haberse optado por el permiso prenatal; caso contrario, el descanso postnatal será de dieciocho (18) semanas. Este permiso corresponde también a la trabajadora o trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad inferior a seis (6) meses, por habersele encomendado judicialmente su cuidado como medida de protección. La cobertura del ciento por ciento (100%) de la extensión de los permisos señalados precedentemente estará a cargo del seguro social de la trabajadora, y si no lo tuviere, a cargo del empleador. Estos cálculos deberán realizarse de acuerdo con la progresividad establecida en el Artículo 20 de la Ley 5.508/2015. En caso de duda para el otorgamiento o no de las extensiones de los permisos por patologías derivadas del embarazo, el Instituto de Previsión Social podrá solicitar directamente una Junta Médica para el pago del subsidio.

En lo que hace al permiso por adopción, dispone que la trabajadora que tenga bajo su cuidado a un niño o niña de cero (0) a seis (6) meses de edad, por habersele otorgado judicialmente la adopción en los términos establecidos en la Ley N° 1.136/1997, “De adopciones”, tendrá derecho a permiso por dieciocho (18) semanas cuando el niño o la niña fuese mayor a seis (6) meses, y hasta los dos (2) años de edad la trabajadora gozará del permiso por doce (12) semanas. En los casos de adopciones múltiples, será aplicable para tales efectos el artículo referente a nacimientos múltiples. Sin perjuicio de lo antes indicado, cesará de pleno derecho el permiso comentado cuando por resolución del juez, firme y ejecutoriada, se resuelva poner término al cuidado personal del niño o niña o bien aquella que deniegue la solicitud de

adopción, cesará también el derecho en el caso de que la sentencia que acoja la adopción sea dejada sin efecto en virtud de otra resolución judicial.

En otro punto, dispone en relación al permiso por paternidad que es un permiso remunerado con cargo al empleador durante catorce (14) días corridos e ininterrumpidos en caso de nacimiento del niño o niña, el que podrá utilizar desde el momento del parto.

Un aspecto muy interesante es lo regulado en relación a las vacaciones inmediatas, al disponerse que si la trabajadora adquirió el derecho al usufructo de sus vacaciones anuales dentro de los plazos establecidos para los permisos contemplados en la ley, podrá usufructuarlas inmediatamente después de reintegrarse a sus labores, o en la oportunidad que acuerde con su empleador y que igual derecho corresponderá al trabajador con permiso por paternidad, dejando muy claro que en ningún caso el permiso de maternidad o paternidad serán computados como vacaciones anuales remuneradas.

En cuanto a los requisitos para el subsidio por maternidad se dispone, entre otras cosas, que el Instituto de Previsión Social (IPS) lo liquidará y pagará cuando la asegurada esté al día con sus aportes y posea como mínimo cuatro meses de aportes anteriores y seis semanas de cuotas correspondientes a trabajos efectivos en el curso de los citados meses; y, presente a través de su empleador o por sí misma los documentos necesarios para la liquidación y el cobro efectivo del subsidio por maternidad. En condiciones normales, a partir de la semana treinta y ocho (38) de gestación se podrán iniciar los trámites de reposo por maternidad; no obstante, si se dan las condiciones previstas en el artículo 11, tercer párrafo de la Ley N° 5.508/2015²⁶, se podrán

26. Cuando el parto se produjese antes de iniciada la semana número 35 (treinta y cinco) de gestación, o si el niño al nacer pesare menos de 2.000 (dos mil) gramos o naciera con enfermedades congénitas que ameriten incubadora o cuidados especiales, justificados con certificación médica.

iniciar dichos trámites a partir de la semana 34 de gestación, inclusive, aclarando que los certificados de reposo otorgados por profesionales del Instituto de Previsión Social no necesitan ser visados por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social para la tramitación y pago del subsidio, mientras que los otorgados por Centros Sanitarios del Ministerio de Salud y de Centros Privados deberán estar debidamente visados. Corresponderá al empleador el pago del subsidio cuando la trabajadora que se encuentre en relación de dependencia no haya sido afiliada al seguro social obligatorio del Instituto de Previsión Social y cuando el empleador se encuentre en mora con los aportes del seguro social de la trabajadora, en este caso el empleador deberá asumir el ciento por ciento (100%) del subsidio sobre la base real del último mes completo de salario percibido por la trabajadora.

Al tratar el permiso y subsidio por maternidad a trabajadoras del Sector Público, establece que percibirán sus respectivas remuneraciones durante el periodo de permiso por maternidad y lactancia a través de las correspondientes partidas presupuestarias contempladas dentro del Presupuesto General de la Nación previstas por cada institución en cada ejercicio fiscal.

En relación al permiso de lactancia, se destaca será concedido luego del reintegro efectivo de la trabajadora a su lugar de trabajo y posterior a haber cumplido la totalidad de las semanas de permiso por maternidad, indicando que la forma de su usufructo queda a opción de la trabajadora y puede utilizarlo en cualquier momento dentro de la jornada de trabajo, por ejemplo, dividiéndolo en dos etapas o en su caso postergando o adelantando en 45 (cuarenta y cinco) minutos, o en 90 (noventa) minutos, el inicio o el término de la jornada de trabajo y que para todos los efectos legales, el tiempo utilizado por el permiso de lactancia se considerará como trabajado.

Al referirse a las salas de lactancia, señala que son ambientes para que las madres en periodo de lactancia a su regreso al trabajo

encuentren un lugar amigable, cálido e higiénico, privado y fácilmente accesible donde puedan extraer y conservar la leche materna bajo normas técnicas de seguridad, para luego transportarla al hogar y ofrecerla al bebé en aquellos momentos que no pueden estar juntos, imponiendo a las empresas la obligación de adaptar sus instalaciones con espacios para que las trabajadoras dispongan de salas de lactancia de acuerdo con las reglamentaciones dispuestas por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y agregando que estas disposiciones tienen validez para la sede central, sucursales y otras reparticiones de las empresas privadas y las instituciones públicas donde presten servicios más de 30 mujeres trabajadoras.

En cuanto a las sanciones por contravenciones a disposiciones de lactancia materna, indica que el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social deberá establecer, a través de Resolución Ministerial, las sanciones correspondientes al incumplimiento de las disposiciones contenidas en la ley y en el Decreto reglamentario, en concordancia con lo establecido en la Ley N° 1.478/1999, de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna, en su Título I, de las Infracciones y Título II, De las Sanciones, respecto a promoción, protección y apoyo a la lactancia materna; y, al referirse a las sanciones por infracción por parte del empleador de las disposiciones relativas a los permisos de maternidad, paternidad, adopción y lactancia, así como de los subsidios y la habilitación de salas de lactancia adecuadas, serán sancionadas con una multa equivalente a cien (100) jornales mínimos, por trabajadora afectada. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social será competente para la aplicación de las sanciones, previo sumario administrativo conforme con la reglamentación pertinente. En caso de reincidencia, la multa ascenderá a ciento cincuenta (150) jornales mínimos legales, por cada trabajadora afectada. Cualquier infracción de lo dispuesto en la Ley o en la Reglamentación podrá ser denunciada ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social,

autoridad que también podrá proceder de oficio a este respecto, resaltando que los trabajadores se encontrasen vulnerados ante cualquiera de las disposiciones contenidas en la Ley o en el Reglamento, la autoridad competente para entender su queja es el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Destacamos por otro lado, que el artículo 19 de la Ley N° 5.508/15 establece que el incumplimiento a las disposiciones de dicha se sancionará conforme con lo establecido en la normativa vigente, y entendemos que claramente se remite a lo dispuesto en el Código del trabajo, motivo por el cual en caso de despido de la trabajadora su reintegro deberá ser dispuesto por las autoridades judiciales, así como el pago de salarios y demás remuneraciones correspondientes al periodo de suspensión en el periodo de suspensión en el trabajo, restableciendo de esta manera la situación anterior de la trabajadora, todo esto fundados en la estabilidad de la trabajadora y el fuero maternal.

3. Conclusión

Si bien es cierto que hombres y mujeres son iguales ante la ley, no es posible un mismo trato para ambos, motivo por el cual las mujeres merecen especial atención por su naturaleza misma y de eso se ocupa la legislación analizada en este trabajo al proteger la maternidad, promoviendo y apoyando la lactancia materna, los que por otro lado son igualmente derechos humanos del niño. No obstante, es una realidad en nuestro país que como “consecuencia” de esta ley, al regular legítimos permisos con goce de sueldo a cargo del empleador, han surgido circunstancias de discriminación de las que son víctimas las mujeres viéndose como más beneficioso el empleo de hombres, a fin de no tener que, eventualmente, abonar lo que corresponde por periodos no trabajados que muchos empleadores ven directamente como dinero perdido. Solo en el periodo de enero a agosto de 2017 el Ministerio

del Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS) ha recibido más de 1.127 denuncias por discriminación o despidos a causa de embarazo por parte de mujeres que buscaban ayuda y asesoramiento sobre las situaciones que se encontraban viviendo en sus puestos laborales²⁷.

Sobre este último punto comentado, sostenemos que mucho se ha avanzado, por lo que por respeto pleno hacia los derechos de las mujeres no puede ser considerado como un argumento válido una posible discriminación social para negarles o restringirles sus derechos humanos, caso contrario solo se estaría perpetuando y reproduciendo la discriminación histórica y estructural que han sufrido.

Bibliografía

- **Archivo de Honorable Cámara de Diputados de Paraguay (2015) Exposición de motivos de proyecto de ley: “Promoción, protección y apoyo a la lactancia materna”.** [en línea] Recuperado el 2 de octubre de 2018, de <http://www.diputados.gov.py/plenaria/150513-SE/pdf150513/09.pdf>
- **Clínica Universidad de Navarra. (2015). *Diccionario médico*.** [en línea] Recuperado el 2 de octubre de 2018, de <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/hipocolesterolemia>
- **Código de la Niñez y la Adolescencia del Paraguay. (s.f.)** [en línea] Recuperado el 2 de octubre de 2018, de <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/5261/ley-n-1680-codigo-de-la-ninez-y-la-adolescencia>

27. Paraguay.com, publicación del 14/09/17, disponible en: <http://www.paraguay.com/nacionales/aumentan-casos-de-discriminacion-a-embarazadas-y-madres-lactantes-168064>

- **Constitución de la República del Paraguay (s.f.) [en línea] Recuperado el 2 de octubre de 2018, de** <http://www.hacienda.gov.py/normativa/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Rep%C3%ABblica%20de%20Paraguay.pdf>
- **Convenio sobre protección de la maternidad, 2000. (s.f.) [en línea] Recuperado el 2 de octubre de 2018, de** https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183
- **Declaración de Innocenti. (s.f.) [en línea] Recuperado el 2 de octubre de 2018, de** http://www.aeped.es/sites/default/files/1-declaracion_innocenti_1990.pdf
- **Decreto N° 7550 del 8 de agosto de 2017. “Por el cual se reglamenta la Ley 5508 de fecha 28 de octubre, de Promoción, Protección de la Maternidad y Apoyo a la Lactancia Materna”. Presidencia de la República. (s.f.) [en línea] Recuperado el 7 de octubre de 2018, de** <http://www.hacienda.gov.py/normativa/Decreto%207550-2017%20Que%20reglamenta%20la%20Ley%205508-2015.pdf>
- **DODOT.es (2018). *Dermatitis atópica en niños de 0 a 36 meses*. [en línea] Recuperado el 2 de octubre de 2018, de** <https://www.dodot.es/bebe/crecimiento-y-desarrollo/articulo/dermatitis-atopica-en-ninos-de-0-a-36-meses>
- **Gaceta Oficial de la República del Paraguay N° 207 del 29/10/15 [en línea] Recuperado el 6 de octubre de 2018, de:** <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/101678/122629/F453302847/LEY%205508%20PARAGUAY.pdf>
- **KidsHealth. (2018). *Síndrome metabólico*. [en línea] Recuperado el 2 de octubre de 2018, de** <https://kidshealth.org/es/parents/metabolic-syndrome-esp.html>
- **La Ley Paraguaya S.A (Ed.) (2011). Código del Trabajo y Código Procesal del Trabajo, Actualizado, Concordado, con leyes complementarias. Asunción, Paraguay.**

- **Ley N° 57/90, “Que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”. (s.f.) [en línea] Recuperado el 2 de octubre de 2018, de http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_normativa/ley_ndeg_57-90_aprueba_y_ratifica_la_cdn-_pargauay.pdf**
- **Ley N° 1478/99, “De comercialización de sucedáneos de la leche materna”. (s.f.) [en línea] Recuperado el 4 de octubre de 2018, de <http://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/5345/comercializacion-de-sucedaneos-de-la-leche-materna>**
- **Ley N° 5508/2015 de “Promoción, protección de la maternidad y apoyo a la lactancia materna”. (s.f.) [en línea] Recuperado el 4 de octubre de 2018, de <http://www.hacienda.gov.py/normativa/Ley%205508-2015%20De%20proteccion%20de%20la%20maternidad%20y%20apoyo%20a%20la%20lactancia%20materna.pdf>**
- **Ley N° 496/95, “Que modifica, amplía y deroga artículos de la Ley N° 213/95, Código del Trabajo”. (s.f.) [en línea] Recuperado el 4 de octubre de 2018, de http://www.mtess.gov.py/index.php/download_file/view_inline/536**
- **Ley N° 1626/2000 “De la Función Pública”. (s.f.) [en línea] Recuperado el 5 de octubre de 2018, de <file:///C:/Users/USER/Downloads/Ley%20N%C2%BA%201626%202000%20De%20la%20Funci%C3%B3n%20P%C3%ABlica.pdf>**
- **Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (s.f.) [en línea] Recuperado el 2 de octubre de 2018, de <https://www.senavitat.gov.py/pdf/Pacto%20Internacional%20de%20Derechos%20Economicos.pdf>**
- **Periódico Paraguay.com. *Aumentan casos de discriminación a embarazadas y madres lactantes.* [Asunción, PY] 14 setiembre 2017. 12 octubre 2018. Recuperado de <http://www.paraguay.com/nacionales/aumentan-casos-de-discriminacion-a-embarazadas-y-madres-lactantes-168064>**

- **Resolución S.G N° 291 del 4 de junio de 2018. “Por la cual se aprueba el lineamiento técnico y administrativo de sala de lactancia materna para instituciones de 2015 Promoción, Protección a la Maternidad y Apoyo a la Lactancia Materna, y su Decreto Reglamentario N° 7750/17”. Ministerio de Salud pública y Bienestar Social. (s.f.) [en línea] Recuperado el 7 de octubre de 2018, de [https://www.mspbs.gov.py/dependencias/portal/adjunto/75067a-RESOLUCIONSGN 291DE2018.pdf](https://www.mspbs.gov.py/dependencias/portal/adjunto/75067a-RESOLUCIONSGN%20291DE2018.pdf)**
- **UNICEF Uruguay: *¿Qué es la protección integral de la infancia?*, publicado en la página web de UNICEF, Uruguay. (s.f.) [en línea] Recuperado el 2 de octubre de 2018, de https://www.unicef.org/uruguay/spanish/overview_8887.htm**



**REFORMA DEL PROCESO PENAL EN PARAGUAY,
FIGURAS JURÍDICAS INTRODUCIDAS Y LOS ASPECTOS
NEGATIVOS DEL PROCESO PENAL ACTUAL**

Christian Bernal

La sanción, en julio de 1998, de la Ley 1.286 que sanciona un nuevo Código Procesal Penal para la República del Paraguay, significó un arduo esfuerzo destinado a superar un notorio atraso cultural que durante años, al igual que en otros países latinoamericanos, se apegó a la vigencia de procedimientos de raíz inquisitiva, vulnerándose y violentándose todos los derechos y garantías de las personas sometidas a un proceso judicial como nos acostumbraron nuestros dictadores.

La nueva norma, fiel al modelo acusatorio, propone la simplificación de los requisitos formales y la mayor libertad de medios, en el

-
1. Abogado y Escribano egresado de la Universidad Nacional de Asunción UNA. Master en Derecho Público por la Universidade Federal do Parana (UFPR). Curitiba, Brasil. Egresado de la Escuela Judicial del Paraguay. Egresado del Instituto de Altos Estudios Estratégicos (IAE)-Ministerio de Defensa Nacional. Egresado de los Cursos del Centro de Estudios Hemisféricos (CHDS). Washigton, EE.UU. (Año 2013-2018). Docencia en grados y postgrados en diversas Universidades del país. Profesor encargado de Carrera de Psicología Forense, Facultad de Filosofía. Publicaciones: dos libros: “El Defensor Público en el Proceso Penal”, “Chaco una Visión Estratégica”, publicaciones en libros y revistas jurídicas nacionales e internacionales. Investigador Categorizado por el Consejo Nacional de Ciencias y Tecnología Conacyt. Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad Iberoamericana.

modo de exteriorizar los actos procesales. Radicando, muy claramente, una política de desformalización de los actos procesales y simplificando también de esa manera el acceso a la Justicia a todos los habitantes del Paraguay².

La idea de reformar la secular legislación procesal penal paraguaya aparece situada dentro del general proceso de transformaciones institucionales entendidas como imprescindibles luego de largos años de inmovilismo y de relativo aislacionismo vividos en el Paraguay como resultado de sus particulares circunstancias históricas. No es de extrañar que las garantías procesales enunciadas en el título primero del Código Procesal Penal adoptado en el año 1999 por el Paraguay constituya en varios casos la copia literal de las que son enunciadas en nuestra Constitución Nacional del año 1992, pues toda ley procesal no hace sino facilitar la vigencia de la Constitución.

Conforme lo expuesto, las garantías procesales se nos presenta como límites al poder coercitivo estatal utilizado en el proceso penal para garantizar el acceso a la verdad. Estos límites impuestos en el proceso penal se fundan en la necesidad de respetar la dignidad del procesado y de cualquier ciudadano que puede ser afectado como consecuencia de alguna actividad procesal.

Todo lo antedicho también dentro del contexto de los cambios ocurridos en Latinoamérica, pero en especial a la transformación del proceso penal. Distintos países de la región han comenzado en la época a trabajar sobre reformas de enjuiciamiento penal, Guatemala, El Salvador, Colombia, Perú, Ecuador, Honduras, Chile, Bolivia, Costa Rica y algunas provincias argentinas, con distintos niveles de avance, los cuales sirvieron de modelos para que el Ministerio Público del

2. REVISTA JURÍDICA. Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” (UCA). t. I, ob. cit., pág. 73. Artículo: “Régimen de la Actividad Procesal Defectuosa en el Nuevo Código Procesal Penal”, por el Dr. Marcos Köhn Gallardo.

Paraguay pudiera dar el punta pie inicial hacia la transformación del proceso penal paraguayo³.

Evidentemente, como siempre ocurre en esta materia, existió una clara dependencia de los avatares políticos y apareció el intento modificadorio dentro de una generalizada y fuerte tendencia hacia la restitución, consolidación y ampliación democrática, de la que la sanción de un nuevo texto constitucional en el año 1992 es ejemplo, influenciado también por las transformaciones ocurridas en los países de la región⁴.

Así, desde el Ministerio Público, se impulsó lo relativo a establecer las bases de una reforma integral, lo que también contó con el apoyo de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, con la colaboración de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Integral (USAID), correspondiendo mencionar igualmente a la Universidad de Nueva York, el activo trabajo de varios juristas nacionales y de los integrantes del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales del Paraguay (INECIP), se dinamizó todo lo relativo a tan compleja tarea. La misma se lleva a cabo separando de modo paralelo lo relativo a la legislación penal, tanto en su parte general, como especial, confiándose la redacción del anteproyecto a un experto alemán, el profesor doctor Wolfgang Shöne que, finalmente, culminó su gestión con un Código de moderna factura, cuyas disposiciones exigen también un adecuado análisis y una tarea de difusión.

En lo que respecta a los procedimientos aplicativos, se contó con el asesoramiento como consultor internacional del doctor Alberto Binder y se conformó una comisión redactora con otros varios juristas

-
3. REVISTA PENA Y ESTADO. El Ministerio Público. Revista Latinoamericana de Política Criminal. N° 2. Inecip-Argentina. Editores del Puerto: Buenos Aires, 1997.
 4. TORRES KIRMSEER, José Raúl. Hacia una Reforma del Procedimiento Penal. Compilación de trabajos presentados en el marco del Seminario Internacional de Asunción en el ámbito del MERCOSUR. Julio, 1992.

nacionales que dieron su aporte invaluable a la construcción teórica e intelectual de un proceso penal más garantista para el Paraguay.

El Anteproyecto fue publicado en el año 1994 y sometido a una intensa tarea de discusión y difusión que amplió considerablemente los márgenes participativos y que no puede hacerse menos que destacarse. En este sentido se dictaron conferencias y se celebraron numerosos encuentros con especialistas extranjeros, todos los cuales coincidieron en destacar la conveniencia de los puntos centrales del trabajo, debiendo señalarse igualmente la intervención de los proyectistas en diversos foros internacionales donde se trataron algunos de los temas que hacían a los contenidos de la reforma. En el año 1997 coincidentemente se estaba celebrando en el Paraguay el XII Encuentro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, que incluyó en su agenda algunas de las cuestiones de mayor relevancia relacionadas con la modernización procesal en el área penal, las cuales brindó un apoyo importante académico a la iniciativa de la reforma del Proceso Penal paraguayo.

En noviembre de 1997 también se sancionó la Ley 1.160 que puso en vigencia el nuevo Código Penal paraguayo y durante el mes de marzo del año 1998 el Anteproyecto del Código de Proceso Penal convertido en Proyecto, fue sometido a un arduo análisis a través del intenso trabajo de una Comisión Revisora que estaba integrada por senadores y diputados del Paraguay todos de los partidos con representación parlamentaria, a aparte de los redactores y algunos expertos internacionales.

Todo este procedimiento previo llevó a que la Cámara de Senadores el 26 de mayo de 1998 sancionara como Ley N° 1.286, publicándose para toda la República en fecha 8 de julio de 1998, siendo entonces presidente del Paraguay el ingeniero Juan Carlos Wasmosy.

La sanción de la Ley 1.286/98 ha representado una inteligente combinación de utopías republicanas, provenientes de sectores lati-

noamericanos comprometidos con la Democracia, la buena visión de cierta dirigencia política paraguaya, exigencias estructurales de centros mundiales de poder, y ciertas cuestiones coyunturales internas de nuestro proceso histórico, ligadas a intereses diversos y no siempre afines al Estado diseñado en la Constitución, que por motivos hasta banales, o por simple ignorancia prestaron su apoyo a la promulgación del nuevo Código. Esto no es extremo, pues obras de esta naturaleza, combinan pretensiones muy diversas, los ciudadanos debemos aprender a bregar por el progreso social a partir de una correcta lectura de las posibilidades de ir dando pasos, desde la realidad hacia las metas superiores que inspiran nuestro camino.

Cabe destacar, para no cometer nuevos errores históricos de reformas en nuestro sistema, que dicho proceso penal fue modificado en el contexto de apresuramiento del término de un periodo presidencial y parlamentario y la necesidad de un plazo mayor de discusión para cuestiones sumamente delicadas, nos brindan un Código repleto atestado de lagunas legales, aclaraciones sobre leyes que quedan derogadas, ni siquiera una derogación ni un periodo de transición con relación a los procesos iniciados con el Código de Procedimientos del año 1890. El tema de la transición fue postergado en atención a la necesidad de que la discusión que generasen sus problemas encuentre un tiempo y disposición más adecuada para tal efecto.

Ante la ausencia de un proyecto en sede parlamentaria y la necesidad de tener medidas que faciliten la entrada en vigor del nuevo Código, la Corte Suprema de Justicia constituyó una Oficina Técnica a quien encomienda el estudio y acompañamiento de la problemática de la transición. La Oficina Técnica, tomando trabajos anteriores efectuados en el INECIP (Instituto de Ciencias Penales del Paraguay), con el apoyo de asesores internacionales, a los que se tuvo acceso a través de la cooperación internacional (AID) y en coordinación con la Fiscalía General del Estado generó un anteproyecto de Ley de Tran-

sición que fue presentado a la Corte Suprema de Justicia y fue sancionada por ley N° 1.444/99⁵.

El Código Procesal Penal entró en vigencia el 1 de marzo del 2000 a dos años de su promulgación y la etapa de transición prevista para la aplicación del mismo estipulada se extiende desde el 9 de julio de 1999 hasta el 28 de febrero del 2003. Divide dicho periodo en dos etapas; la primera de vigencia parcial, que va desde el 9 de julio de 1999 hasta el 29 de febrero del 2000, y la segunda de vigencia plena, que va desde el 1 de marzo del 2000 hasta el 28 de febrero del 2003 entrando a regir desde esta fecha para todo el territorio de la República del Paraguay este nuevo ordenamiento procesal penal.

Muchos autores han analizado los problemas que vienen arrasando los sistemas penales en América Latina, producto de esas anticuadas estructuras que hemos criticado reiteradamente⁶. Sin embargo son pocos los que se han preocupado de señalar que las dificultades también derivan de una forma de “ser”, de un desajuste de pensamiento y modo de convivir que se enquistó en las sociedades y a las que resulta difícil erradicar⁷.

Para lograr una adecuada transformación de la justicia penal y vencer los principales obstáculos que se le enfrentan, debemos reconocer en primer término que no se trata solamente de calificar como “inquisitivos” a los sistemas procesales de la mayoría de los países,

-
5. REVISTA JURÍDICA. Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, t. I, ob. cit., pag. 89.
 6. AMBOS, Kai Asan, Fauzi Chourk. A Reforma do Processo Penal no Brasil e na America Latina. São Paulo: Editora Método, 2001.
 7. BINDER, Alberto. Su artículo “Estrategias para la reforma de la de la justicia penal”, en Justicia Penal y Estado de Derecho, publicación del Llanud y del Organismo Judicial de Guatemala con motivo del Congreso Regional celebrado entre el 5 y el 8 de marzo de 1992 en ciudad de Guatemala.

dadas sus particulares características que así los denota, sino que se debe admitir que llegó a constituirse un específico modo de “ situarse ante la realidad y considerarla” una verdadera mentalidad, una “cultura inquisitiva”⁸ que se enrizó en el devenir histórico de las naciones de esta parte del continente (como ocurrió en el Paraguay durante muchos años).

Esa cultura presenta ciertos rasgos muy significativos y comunes: una mentalidad eminentemente formalista que conduce al excesivo ritualismo escrito con preservación de las formas, como si esto produjese la solución del conflicto. Jueces y demás sujetos del proceso utilizan un lenguaje alambicado y oscuro (con excusa del tecnicismo) que aleja a la administración de justicia de su propósito dentro de la comunidad, pero que sirve en alguna medida para justificar la necesidad de buscarse la asesoría de un abogado⁹.

También dentro de ese sistema se encuentra una mentalidad burocrática, apegada a los trámites antes que al interés en resolver los conflictos, por lo que los escasos recursos no se utilizan de modo productivo sino de forma dispendiosa e ineficiente. Asimismo, esa mentalidad se manifiesta con toda plenitud en la delegación de funciones, **por la cual funcionarios judiciales de segundo orden asumen y cumplen funciones jurisdiccionales que no les son propias (escribientes u oficinistas que reciben declaraciones de los imputados, de testigos o peritos, o, lo que es aún peor, que hacen resoluciones escritas o toman decisiones para los que no están facultados ni autorizados)**. “La cultura inquisitiva con-

8. HOUED, Mario A., Cecilia Sánchez y David Falla. Proceso Penal y derechos Fundamentales. Costa Rica-San José. Editora: Escuela Judicial, 1997.

9. BINDER, Alberto, ob. cit., señala que: “la gente siente que necesita del abogado no solo para revolver su conflicto, sino también para que oficie como una suerte de “traductor” del complicado lenguaje judicial.

lleva que jueces y abogados tengan por lo general una actitud temerosa, pues les preocupa (muchas veces con razón, dado el criterio igualmente formal y burócrata de sus superiores jerárquicos) la violación de los ritos y formas que derivan en la observancia de las minucias y trámites del proceso, antes que en su verdadero cometido, como el de conseguir esa anhelada justicia”.

Es una obligación para el proceso penal moderno la superación de esa clase de mentalidad con una “cultura inquisitiva”, que tiene anclado el desarrollo de la vida institucional de un país porque “así como no se puede modificar la cultura sin cambiar el sistema procesal, el cambio de este último no garantiza por sí solo una transformación social”. Por ello se puede afirmar hoy día que la reforma en el ámbito de la justicia penal trasciende los alcances de una necesidad política para situarse además en el plano de una necesidad práctica¹⁰ y si aquella, tildada de modo reiterado como colapsada, inoperante y sin claros propósitos puede al fin vislumbrar un camino hacia su mejoramiento, bienvenidos sean todos los esfuerzos que se realicen en nuestras naciones.

Son varios los cambios fundamentales introducidos en el proceso penal paraguayo, sobre la base de que la sociedad pueda transitar de lo tradicional hacia una nueva etapa con la democracia, respetando las garantías y derechos consagrados en la Constitución Nacional del año 1992 en consideración con los principios básicos de legalidad material, de reprochabilidad personal y de la proporcionalidad de las penas. Para estar en concordancia con el orden internacional asume la responsabilidad de los compromisos consagrados en los pactos internacionales ratificado por el Paraguay y de las declaraciones de las Naciones Unidas respecto a los derechos humanos.

10. MAIER, Julio. “Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica” en Reformas Procesales en América Latina. Editora: CPU, Santiago de Chile, 1993.

Esta adaptación a la realidad paraguaya recoge las corrientes de la política criminal moderna internacional y utiliza como fuente del derecho comparado las legislaciones vigentes en el extranjero y además los proyectos de reforma en España y de la República Federal Alemana. Este pensamiento estuvo presente en la elaboración e implementación del Código Penal en el Paraguay. La adaptación a nuestra realidad se obtuvo mediante el análisis y comprobación personal de las situaciones reales de las condiciones social y económica como también de la idiosincrasia nacional. Se reestructuró el sistema de sanciones y las medidas de seguridad jurídica con el fin de obtener utilidad social¹¹.

En material procesal la reforma también es notoria al abandonarse el sistema inquisitivo cuyas características principales se mencionó más arriba, arribando así a un nuevo modelo de justicia de tipo acusatorio con nueva gama de instituciones que redundan principalmente en las garantías del debido proceso.

El proceso de reforma judicial en el Paraguay se inicia con la aprobación de la Constitución Nacional del año 1992, en donde se perfila un nuevo sistema judicial congruente con los principios del sistema de Gobierno republicano, social y democrático de derecho como lo establece nuestra carta magna. Este proceso logra su concreción a través de la vigencia, a partir del 1 de marzo del año 2000, de un nuevo ordenamiento jurídico procesal que desarrolla y torna operativas las garantías y principios constitucionales.

Entre los institutos y procedimientos más novedosos y significativos introducidos con la reforma del Código de Procedimientos Penales se pueden citar por resultar relevantes al trabajo¹²:

-
11. REVISTA JURÍDICA. Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (UCA). t. I, pág.105. Editora: Ediciones y Arte S.R.L. Asunción, 1999.
 12. Seguimiento de los Procesos de Reforma en América Latina. Informe Paraguay (Cooperación Técnica Alemana-GTZ) y (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo-PNDU), 2000.

a) Asignación al Ministerio Público de importantes facultades en la investigación del delito y en la dirección de la Policía durante la etapa preparatoria.

b) Introducción de mecanismos procesales que garanticen al ciudadano el pleno derecho a disfrutar de una defensa efectiva.

c) Incorporación del juicio oral como acto central del procedimiento.

d) Aplicación de mecanismos de control relativos a la duración del proceso.

e) Introducción de mecanismos de resolución alternativa al procedimiento ordinario tales como las figuras de: el Criterio de oportunidad, la Suspensión condicional del procedimiento, la Conciliación, el Procedimiento abreviado y la Suspensión de la ejecución de la Condena.

f) La excepcionalidad, proporcionalidad y limitación de la duración de las medidas cautelares.

g) El establecimiento de procedimientos especiales en atención a la naturaleza del conflicto penal-jurídico para delitos de acción penal privada por ejemplo, en atención a la naturaleza de la sanción, juicio para la aplicación de las medidas y a las características de la población implicada en el conflicto, como los procedimientos para los hechos relacionados con pueblos indígenas.

Sobre la reforma en el procedimiento penal paraguayo debe tenerse en cuenta que si bien cada país tiene su propia experiencia, particularidades y problemas, se ha dado en este terreno una uniformidad, muchos creen que es producto de la tan mentada globalización o de búsqueda de soluciones uniformes a cuestiones comunes derivadas de circunstancias que, objetivamente, exceden las muchas veces arbitrarias e interesadas fronteras.

En consecuencia, muchas de las dificultades que pueden presentarse en el Paraguay no son privativas de esta nación sino que, con

énfasis propio, pero con características preponderantemente comunes, las encontramos en todos los Estados de la gran patria latinoamericana que han emprendido el arduo sendero de la modernización y democratización de procesal penal¹³.

Una de las grandes conquistas con la adopción de esta nueva legislación fue la de lograr imponer un procedimiento de esa verdadera búsqueda de la verdad dentro del proceso penal, pues como se mencionara precedentemente dentro del Código de Procedimientos Penales de 1890 en la estructura procesal penal anterior que era de tinte inquisitivo esa verdad estaba fundada en la noticia criminis y en la detención de las personas, sobre las bases de la facultad investigativa e inquisidora del cual estaba investido el juez durante esa etapa procesal que era designada Sumario¹⁴.

En cambio, en este proceso actual no se necesita entrar a analizar en detalle lo que establece el Art. 279 del CPP en lo referente a la Etapa Preparatoria del proceso, sin percibir que sin duda alguna que la finalidad de la misma es totalmente distinta al Sumario, pues sólo permite fundar la convicción del fiscal en lo que respecta a la acusación¹⁵ y no la convicción que funda la decisión de aplicar o no coerción penal como respuesta al hecho, que para el órgano jurisdiccional sigue siendo un simple supuesto. Esta diferencia del sentido de la búsqueda de la verdad que se verifica por un lado en la Etapa Preparatoria y por otro lado en el sumario, es fundamental que sea comprendida por la defensa a los efectos de que cumpla con su rol en el proceso.

Otra característica que se puede resaltar del nuevo proceso penal vigente es el significado diferente que adquiere la escrituración en dicho proceso penal con relación a la escrituración en el anterior, ya

13. HOUED, Mario A., Cecilia Sánchez y David Fallas, ob. cit.

14. REVISTA PENA Y ESTADO, ob. cit.

15. REVISTA PENA Y ESTADO, ob. cit.

que actualmente sirve como simple registro de ciertos actos procesales fundamentales llevados a cabo dentro del proceso. El proceso en sí es oral a sabiendas de que toda decisión en cuanto a controversias y resoluciones se substanciará oralmente, estableciéndose una nueva lógica escriturista (artículos 281 y 283 del Código Procesal Penal paraguayo) que obliga a la oralidad.

La información almacenada vía escritura no puede ser utilizada como fuente de decisión, la misma surge de los debates orales con la presencia inmediata de las partes: imputado, fiscal, defensa, juez y dicha convicción se encontrará en los sujetos dentro de la relación procesal que expondrán y defenderán sus posturas jurídicas en dichas audiencias o en escritos fundamentales que sean útiles para garantizar que la resolución surja de la audiencia oral correspondiente.

Por último se puede agregar que de todo ese mecanismo dado en el Etapa Preparatoria con la oralidad como medio de realización del proceso también surge el aspecto de la informalidad del mismo. No pudiendo ocultarse; salvo algunas excepciones por el bien de la investigación, datos del proceso a la Defensa del procesado. Como ejemplo: la defensa debe estar enterada de los posibles testigos que el Ministerio Público llame a declarar. También la Fiscalía tiene libre ámbito de realización de su investigación pudiendo trasladarse al lugar de los hechos, conversar con las personas afectadas, realizar croquis, preguntas y todo lo que sea necesario para argumentar su futura acusación contra la o las persona sospechosas de la realización de algún ilícito y sólo requerirá autorización para el acto investigativo que pretende realizar, conllevando todo esto a la desformalización de la investigación que redundará en beneficio de la celeridad del proceso.

Otra de las innovaciones fundamentales en este nuevo proceso pena adoptado por el Paraguay en su oportunidad **son las figuras jurídicas relacionados a las medidas cautelares y en especial a la prisión preventiva, que por razones humanitarias el Có-**

digo Procesal paraguayo establece en su el Art. 238: *“No se podrá decretar la prisión preventiva de las personas mayores de setenta(70) años, de las mujeres en los últimos meses de embarazo, de las madres durante la lactancia de sus hijos o de las personas afectadas por una enfermedad grave y terminal debidamente comprobada. En estos casos, si es imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretará el arresto domiciliario”.* También no podrá aplicarse prisión preventiva en los delitos de acción penal privada listados en el Art. 17 incisos 1 al 14 del Código Penal paraguayo, cuando la pena prevista no sea privativa de libertad o cuando la privación de libertad aplicable como sanción sea inferior a un año (Art. 237 del Código Procesal Penal paraguayo).

Con este nuevo concepto adoptado dentro de la figura de la prisión preventiva queda demostrado el contexto sobre el cual fue bordado este proceso penal paraguayo vigente basado en el respeto a la dignidad humana y los derechos del hombre. A la luz de este nuevo proceso está muy claro que en el sistema inquisitivo el encausado de un proceso no era precisamente un sujeto portador de garantías y derechos, sino más bien un objeto de información el cual debía ser bien resguardado dentro de las rejas, para poder rescatar desde lo más profundo del mismo mediante las torturas, en sentido figurado, por supuesto, esa confesión tan anhelada por los jueces u otras autoridades. Es sabido que en sus comienzos las torturas estaban reglamentadas como medio para obtener confesiones. Se puede decir que la transición de un proceso inquisitivo al contexto de las repúblicas constitucionales modernas se puede confrontar con ese cambio en el trato que se le otorga a la dignidad humana y que los medios coercitivos de las torturas fueron demostrados como insuficientes para superar la finalidad propia de su origen¹⁶.

16. SHÖNE, Wolfgang. Contribuciones al Orden Jurídico-Penal Paraguayo. Paraguay, Asunción: Editora Intercontinental, 2000.

En esta descripción del Sistema Penal paraguayo consideré pertinente **citar esas tres figuras jurídicas adoptadas, cuales son: la Etapa Preparatoria** como medio de investigación por el órgano encargado de la acción penal, **la Oralidad como medio de resolución de los procesos y la Prisión Preventiva como medida cautelar**, dentro del nuevo proceso que representarían las características y las transformaciones fundamentales más relevantes con relación a las garantías penales del imputado y a un derecho a la defensa más efectivo.

Construyendo de esa manera el camino hacia una proceso penal más justo dentro del Paraguay y por sobre todo brindando las oportunidades a las personas que son sometidas a un proceso penal a sabiendas de todo el peso psicológico y moral que representa, de ejercer ampliamente sus derechos y garantías establecidas en nuestra Constitución y en las leyes.

Desde mi experiencia como Agente Fiscal en lo Penal durante 9 años y como Juez Penal de Sentencia hace tres años (es decir, hacemos los juicios orales), puedo también presentar algunos aspectos negativos y que influye en la mala praxis jurídica en el Paraguay que he notado con los años de práctica Judicial como ser:

a) Mentalidad Inquisitiva y falta de Criterio Jurídico: Todavía en nuestro país el magistrado y los agentes fiscales, tiene una mentalidad inquisitiva en razón de establecer por ejemplo la prisión preventiva como una regla y las Medidas Alternativas a la misma como la Excepción, debiendo ser una excepción la aplicación de las Medidas de Prisión Preventiva¹⁷ durante la Etapa Investigativa tanto

17. Artículo 242 CPP. PRISIÓN PREVENTIVA. El juez podrá decretar la prisión preventiva, después de ser oído el imputado, solo cuando sea indispensable y siempre que medien conjuntamente los siguientes requisitos:
1) que existan elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un hecho punible grave;

los agentes fiscales en la persecución penal como los jueces penales de Garantías, que son los encargados de controlar el proceso durante esa etapa, no existiendo tampoco en un alto grado de porcentaje un Criterio Jurídico para la aplicación de las mismas, por ejemplo en dos procesos penales con los mismos hechos investigados o juzgados distintas posiciones jurídicas o distintas soluciones jurídicas, vulnerando reglas básicas de la lógica jurídica y razonamiento judicial para fundamentar tantos los Requerimientos Fiscales como las sentencias.

b) Falta de Preparación jurídica y en relaciones humanas (psicología y otros): Otro gran déficit que encontramos también es en un alto porcentaje tanto de jueces y fiscales y de los operadores de justicia en general es la falta de conocimiento jurídico, conocimiento de los tratados internacionales, conocimientos básicos de convencionalidad, de razonamiento lógico para fundar sus requerimientos fiscales o sus sentencias, dejando por tal motivo muchos hechos impunes y muchas sentencias judiciales anuladas por el órgano revisor. En relación a la psicología, hablo porque los agentes fiscales en especial deben tratar con las víctimas o sus parientes, en especial en el lugar de los hechos muchas veces y no están preparados ni psicológica ni emocionalmente, afectando al mismo en su psiquis por lo que tiene que vivir en ese momento (entrega de cadáveres a los parientes de la víctimas, padres, hijos y otros), tomar declaraciones y escuchar relatos en hechos punibles de Abuso Sexual en Niños, por ejemplo, y lógico esto afecta mucho también a la investigación y a las personas víctimas indirectas de los delitos cometidos.

-
- 2) sea necesaria la presencia del imputado y existan hechos suficientes para sostener, razonablemente, que es autor o partícipe de un hecho punible ; y,
3) cuando por la apreciación de las circunstancias del caso particular, existan hechos suficientes para suponer la existencia de peligro de fuga o la posible obstrucción por parte del imputado de un acto concreto de investigación.

En relación a los jueces, también presentan dichos problemas en las audiencias orales, falta de respeto a los profesionales y fiscales durante las mismas, misma situación en los juicios orales, falta de personalidad para dirigir las audiencias y muchas veces desequilibrios emocionales que afectan lógico el proceso penal y a las partes.

c) Por último, abarco el tema de la corrupción, siendo el mal que nos deviene desde hace algún tiempo, el Sistema Judicial paraguayo está en un alto grado de porcentaje de corrupción corporativa y económica, como también sé que existe en el Brasil y Argentina, pero no el porcentaje que tenemos en Paraguay; según una encuesta encargada la segunda institución menos creíble es el Poder Judicial, después del Poder Legislativo, ubicándonos en un pozo sin fondo del cual no podemos salir hace años, ayudando también este sistema procesal penal adoptado en razón de los poderes que se le dio al Ministerio Público para la investigación, no existiendo tiempo para imputar una causa, por ejemplo, cuando se tienen elementos o evidencias para imputar o darle la formalidad respectiva y otros aspectos negativos que deben ser mejorados en relación a los plazos procesales para tener una mejor Justicia.

En conclusión, es mi humilde opinión que en la Justicia paraguaya en estos momentos no son problemas las leyes, son los hombres que aplican las mismas, haciéndolos a su antojo, al mejor postor o al grupo corporativo que pertenece, perjudicando terriblemente el Estado de Derecho, el Derecho Penal y la Justicia que necesita la gente.

Bibliografía

1. “INTRODUCCIÓN AL DERECHO PROCESAL PENAL”. Autor: Alberto Martín Binder. Editorial AD-HOC S.R.L. Buenos Aires, Argentina. Edición original del año 1993. Edición corregida y ampliada del año 1999.

2. “MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL”. Autor: Alfredo Enrique Kronawetter Zarza. Ajustado al nuevo programa de estudios de Derecho Procesal Penal. Año 2009.
3. “CÓDIGO PROCESAL PARAGUAYO COMENTADO”. Autores: Jorge Vázquez Rossi y Rodolfo Fabián Centurión. Editorial Intercontinental S.A.
4. “LINEAMIENTO SOBRE EL CÓDIGO PROCESAL PENAL”. Autor: María Carolina Llanes Ocampo. Instituto de Educación Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Editorial Litocolor S.R.L. Asunción, Paraguay. Año 2002.

Bibliografía complementaria

1. “CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY”. LEY 1.286/98 con la exposición de motivos y fundamentos del proyecto. Autor. INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales). 2ª Edición Ampliada y Corregida. Año 2002.
2. Ley 1500, reglamenta el Habeas Corpus.
3. Constitución Nacional del año 1992.
4. Sistema Penitenciario del Paraguay, Ley 210/70 y modificaciones.



ESTRATEGIAS DE PREVENCIÓN EN EL USO DE DROGAS DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACIÓN DE CALLE

*Gloria Isabel Duarte Ruiz*¹

Resumen

El uso de drogas entre los niños y niñas es uno de los mayores problemas psicosociales en la sociedad actual. La prevención del uso de drogas es un tema difícil y controvertido, más aún en contextos sociales empobrecidos, en los que existen carencias y necesidades básicas insatisfechas, y donde las políticas públicas se presentan aún de manera incipiente. En el derecho vigente se contempla la prevención del consumo de drogas. El énfasis en las estrategias de prevención del uso de drogas hace necesario el estudio de los factores determinantes del inicio y mantenimiento del uso de drogas en niños en

-
1. Abogada por la UNA. Magister en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia UP. Ha participado de varios congresos nacionales e internacionales. Especialista en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Especialista en Didáctica Universitaria. Diplomado en Procedimiento General y Procedimiento Especial en la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia. Diplomado en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Diplomado en Negociación - Mediación. Diplomado en Derecho Penal General. Didáctica con Énfasis en Derechos Humanos. Ocupó cargo de Juez de Paz de Choré en los años 1998-1999. Ocupó cargo de Asesora del Ministerio de la Defensa Pública durante el año 2012. Ocupó cargo de Directora de la Dirección de Contraloría de Gestión Jurisdiccional del Ministerio de la Defensa Pública en los años 2013-2017. Actualmente cumple funciones en el área jurisdiccional de la Defensoría Pública Civil del Ministerio de la Defensa Pública de la Capital con el cargo de Directora. Doctoranda en Ciencias Jurídicas por la Universidad Iberoamericana.

situación de calle; las medidas de prevención, los entes responsables de las políticas públicas, los programas diseñados para la prevención del uso de drogas y las leyes que lo protegen. La sociedad en la que vivimos presenta a los niños de escasos recursos factores de riesgos que pueden aumentar la posibilidad de que los niños y niñas usen drogas, lo que constituye un riesgo futuro para los mismos.

Palabras claves: drogas – uso – niños – estrategias- prevención – políticas públicas- leyes

Summary

The use of drugs among children is one of the biggest psychosocial problems in today's society. The prevention of the use of drugs is a difficult and controversial issue, even more so in impoverished social contexts, in which there are basic needs and unsatisfied needs, and where public policies are still incipiently presented. In the current law, the prevention of drug consumption is contemplated. The emphasis on strategies to prevent the use of drugs makes it necessary to study the determinants of the initiation and maintenance of drug use in street children; the prevention measures, the entities responsible for public policies, the programs designed to prevent the use of drugs and the laws that protect them. The society in which we live presents low-income children with risk factors that can increase the possibility of children using drugs, which constitutes a future risk for them.

Key words: drugs – use – children – strategies – prevention – public policies – laws

Presentación

En los medios periodísticos del país se difunden a diario el problema de adicción a las drogas en niños y niñas en situación de calle, cuyo tratamiento es muy complejo, y más aún si esta se inicia a temprana edad, con graves consecuencias sociales.

Los niños y niñas en situación de calle adquieren un matiz diferente a los niños de crianza bajo la tutela de los padres, ya que se los encuentra en las calle en total abandono personal y abandono del hogar, esto da inicio al consumo de las drogas. Para solucionar este mal diferentes organizaciones ya sean públicas o privadas elaboran programas de prevención del uso de drogas, que una vez aplicados en muchos casos resultan positivos y en otros negativos.

Es importante considerar las medidas de prevención de uso de drogas en niños y niñas en situación de calle, las que deben contar con seguimiento y apoyo por los entes responsables que se ocupan de la prevención del uso de drogas.

Las políticas públicas para la prevención en el uso de drogas de niños y niñas, la identificación de los posibles programas preventivos que se pueden aplicar para evitar caer en este mundo tan complicado del uso de drogas y las leyes que protegen a los niños y niñas en situación de calle; tal es el caso de los artículos 54, 68 y 71 de la Constitución Nacional; la Convención Internacional de los Derechos del Niño ratificado por Paraguay por Ley 57/90 en los artículos 3 y 24; la Ley 1.680/2001, Código de la Niñez y la Adolescencia, entre otros aspectos lo que indica la Ley 357/72 que reprime el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y drogas peligrosas y la Resolución del Ministerio de Educación y Ciencias N° 19.972 de fecha 15 de setiembre de 2016 aprueba el circuito de atención ante el consumo y/o presencia de drogas en instituciones educativas de todos los niveles y modalidades.

ESTRATEGIAS DE PREVENCIÓN EN EL USO DE DROGAS DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACIÓN DE CALLE

1. Características de niños y niñas en situación de calle y el abandono del hogar

Estos están privados de atención familiar y protección de un adulto responsable. Los niños en situación de calle viven en edificios abandonados, cajas de cartón, bancos, apartamentos abandonados, estaciones en desuso o en cualquier rincón donde puedan dormir sin ser agredidos ni descubiertos por la policía².

El abandono del hogar de niños y niñas es una realidad frecuente. Las fugas pueden ir acompañadas de actos delictivos, y esto se da a consecuencia de las malas relaciones con los padres y falta de apoyo familiar, se asocian a conductas antisociales.

La desidia de la vivienda familiar por parte de los niños se produce cuando un padre, tutor o persona a cargo de un niño no le brinda la suficiente atención, maltrata, denigra, abusa, este por lo tanto siente la necesidad de dejar su domicilio y lo deja con la intención de no regresar a la misma; y esto ocurre cuando no se brinda el suficiente cuidado a un niño y/o niña que vive bajo el mismo techo.

El abandono de niños de su hogar envuelve una ruptura familiar acarreando esto traumas psíquicos, perturbándole en lo emocional y personal ya que en su casa puede ver a un padre alcohólico, o padres adictos a las drogas. Por lo tanto, encuentra en la calle un refugio o un lugar donde todo es permitido y sin restricciones. Lamentablemente, los niños que han abandonado su domicilio no tienen sus necesidades

2. **Casquero, Roberto** (2006). *La Realidad sobre los Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Calle*. Perú: Editorial Cedro.

satisfechas, crecen con baja autoestima, dependencia emocional, impotencia y otros problemas³.

En su libro Laurence Steinberg escribe lo siguiente: Que no es sorprendente que los niños abandonen el hogar sin decir a sus padres a dónde van. Si este es un incidente aislado y si el niño regresa a casa el mismo día o va a casa de un amigo, vecino o pariente... los padres no deben preocuparse mucho. Este dramático acto pudiera estar diseñado para llamar la atención a un problema que necesita resolverse en casa. Sin embargo, si el niño huye frecuentemente (más de una vez en tres meses), incluso por un corto período, algo anda mal. Si el adolescente huye a la calle y no a la casa de un amigo o vecino, los padres deben alarmarse, indica.

“Me voy de la casa” es una frase que lo dicen cuando no le gusta nada, la mejor forma de evitar que los niños huyan de su casa es guardar el contacto con sus sentimientos y sus necesidades.

Trabajar y enseñar sobre las consecuencias del consumo de drogas. Los efectos del uso de drogas se observan a corto plazo, es decir, las drogas no presentan efectos futuros, más bien son rápidas ya que los resultados funcionan de forma inmediata⁴. Según la página digital Aciprensa el consumo de drogas produce las siguientes consecuencias:

Trastornos fisiológicos y psicológicos: tales como el síndrome de abstinencia, convulsiones, cambios en el ritmo cardiaco, deterioro del sistema nervioso central, etc. y trastornos psicológicos como alucinaciones, tendencias paranoicas, depresión, neurosis, etc.

-
3. **Gento**, Samuel. **Sánchez**, Esteban. (2010). Tratamiento de la diversidad de personalidad, problemas de disciplina y desadaptación social. Madrid. Editorial: UNED.
 4. **Luengo**, María y otros (2002). La prevención del consumo de drogas y la conducta antisocial en la escuela: análisis de un programa. España: Universidad de Santiago de Compostela.

Deterioro y debilitamiento de la voluntad: convirtiendo al consumidor de drogas en esclavo de la misma, pudiendo hacer lo que sea para conseguirla.

Deterioro de las relaciones personales: el consumo de drogas ocasiona la incapacidad de mantener relaciones estables con familiares o amigos, pudiendo incurrir en robos o engañar para conseguir droga, lo cual deteriora aún más sus relaciones.

Baja del rendimiento en el trabajo o en el estudio. Se llega al grado de renunciar metas y planes, apelando a la droga como único “recurso”.

Consecuencias sociales: el toxicómano puede verse implicado en agresiones o problemas. Bajo la influencia de la droga se pueden llegar a cometer crímenes tales como robos o asesinatos.

Consecuencias económicas: El uso de drogas puede llegar a ser muy caro, llevando al drogadicto a destinar todos sus recursos para mantener el consumo. Las drogas no solamente tienen consecuencias negativas para quienes las usan. También se ven afectadas las personas que rodean al drogadicto, especialmente las de su entorno más cercano, como familiares y amigos. No es sólo la vida del drogadicto la que está en juego⁵.

2. Medidas de prevención

Se refiere a programas que han sido diseñados racionalmente basándose en evidencia científica actual, han sido rigurosamente probados y se ha demostrado que producen resultados positivos. Los programas preventivos que se fundamentan en estudios científicos están orientados en una actuación anticipada ya cuando el niño está en

5. <https://www.aciprensa.com/recursos/cuales-son-las-consecuencias-del-abuso-de-drogas-2428/>

crecimiento para potenciar los componentes de protección antes que aumenten los inconvenientes en el comportamiento. Los estudiosos han desarrollado una amplia gama de programas que altera positivamente el equilibrio entre los factores de riesgo y de protección para las situaciones de peligro del uso de drogas en familias, escuelas y comunidades⁶.

Seguimiento y apoyo por los entes responsables. Es significativo señalar que en Paraguay existen instituciones que se ocupan de la prevención del consumo de las drogas, los mismos entes están capacitados para prevenir, luchar contra la comercialización y venta, como también hacer un seguimiento a aquellos que están viviendo este estilo de vida. Las instituciones que velan en combatir el uso de las drogas son:

Secretaría Nacional Antidrogas (SENAD). Es el órgano a nivel nacional que tiene como principal objetivo ejecutar y hacer ejecutar la política del gobierno nacional en la lucha contra la producción y el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y demás drogas peligrosas, la prevención del uso, abuso y dependencia de drogas, el tratamiento y reinserción social de drogodependientes y el control del lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos.

La SENAD dentro del marco de la prevención del uso y consumo de drogas, ofrece programas de prevención, tratamiento, rehabilitación y reinserción social de personas con consumo de drogas a través de la Dirección de Prevención Integral, cuenta con programas de prevención familiar, prevención en instituciones educativas, comunicación de prevención y tratamiento, prevención comunitaria y descen-

6. National Institute on Drug Abuse. Preventing Drug Abuse among Children and Adolescents: A Research-Based Guide for Parents, Educators, and Community Leaders (Second Edition) (NIH Publication N° 04-4212[A]). Rockville, MD, 2003.

tralización y universitario así como charlas preventivas sobre el uso indebido de drogas y asesoramiento destinados a colegios e instituciones que lo soliciten.

Ministerio de Educación y Ciencias. Cuenta con la Resolución 19972/16 que establece el circuito de atención ante el consumo de drogas y/o presencia de drogas en instituciones educativas, una herramienta útil para el abordaje de diferentes casos que puedan presentarse en la comunidad educativa sobre la problemática social. Conforme a dicha normativa, cualquier miembro de la entidad de enseñanza, que tenga información responsable acerca de una situación relacionada al consumo y/o tenencia de drogas, debe poner a conocimiento al director de la institución. El director coordinará todas las acciones, y conformará un equipo técnico compuesto por: orientador y psicólogo si los hubiere, profesor guía y docente referente para el abordaje de las acciones a implementar.

Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. Se ocupa de la prevención del consumo de drogas a través del Centro Nacional de Control de adicciones. En dicho centro se realizó por cuarto año consecutivo el proyecto Deporte mi Opción, que forma parte del programa de prevención realizado en convenio con la Secretaría Nacional del Deporte (SND). Dicho convenio tiene el objetivo de proveer un conjunto de alternativas para evitar el uso de drogas, ya que la práctica deportiva es parte fundamental en la salud y la rehabilitación de los pacientes; es un factor de protección, que se utiliza como un elemento clave de prevención.

Secretaría Nacional de la Niñez y Adolescencia: Existen dos programas que tienen como objetivo la atención focalizada a la niñez y adolescencia en situación de vulneración de derechos: El Programa de Atención Integral a las Niñas, Niños y Adolescentes que viven en las calles (PAINAC) y el Programa nacional de transferencia condicionada para la disminución progresiva del trabajo infantil que

suma los componentes de: calle, familia, centros y redes de protección. (ABRAZO), ambos programas si bien atienden la población vulnerada en sus derechos, no incluyen componentes de prevención. La Secretaría Nacional de la Niñez y Adolescencia, ente rector en políticas públicas de niñez no cuenta actualmente con una política preventiva.

3. Políticas públicas y programas de prevención de uso de drogas en niños y niñas en situación de calle

El principio de las políticas públicas de prevención del uso de drogas consisten en acciones de gobiernos que surgen de un proceso de diagnóstico e involucra a los padres, educadores, y líderes comunitarios a planificar, e introducir programas preventivos del abuso de drogas con bases científicas.

Estas acciones preventivas del consumo de drogas se logran a través de programas de prevención que deben dirigirse a todas las formas del abuso de drogas, por separado o en conjunto, incluyendo el consumo de drogas legales (ej., el tabaco o el alcohol) por menores; el uso de drogas ilegales (ej., la marihuana o la heroína); y el uso inapropiado de sustancias obtenidas legalmente (ej., los inhalantes), los medicamentos de prescripción, o aquellos que no necesitan prescripción.

Los programas de prevención deben dirigirse al tipo de problema de abuso de drogas en la comunidad local, escoger los factores de riesgo que se pueden modificar, y fortalecer los factores de protección que se conocen.

Los programas de prevención deben ser diseñados para tratar riesgos específicos a las características de la población o de la audiencia, tales como la edad, el sexo, y la cultura, para mejorar la eficacia del programa, como:

Habilitación de espacios para actividades de convivencia y deportivas. Es fundamental la construcción de actividades alter-

nativas para la prevención del uso de drogas, aquellas deben contar con la participación de los beneficiarios, e iniciarse en las necesidades sentidas de la población que participará en dichas actividades.

El deporte como medio de desarrollo humano, ofrece la oportunidad de combinar el esparcimiento, el mejoramiento propio y la competición. Las prácticas deportivas con verdadero espíritu del deporte, o sea, que se basen en el respeto y la honradez deportiva, naturalmente tendrán un eficaz efecto como factores preventivos por sí mismos. Los directivos de equipos y los padres y madres de familia han de inculcar con sus palabras y actos el respeto y la honradez deportiva. Un código de conducta tendrá más sentido para los/las jugadores/as si han participado en su elaboración y si los directivos y padres y madres de familia lo apoyan decididamente⁷.

La información y adquisición de aptitudes que permitan desenvolverse en la vida. Estas se obtienen y adquieren a través de personas dignas de crédito que sirven de referentes y pueden ser entrenadores/as, capitanes/as de equipo, preparadores/as o enfermeras/os y médicos especializados en medicina deportiva. Es importante poner atención a la posible utilización de sustancias psicotrópicas en el rendimiento deportivo. Solicitar a los adultos que participen en el programa (entrenadores/as, padres y madres de familia) que emitan mensajes con contenido saludable y eviten los que transmiten actitudes hacia el uso de drogas. Durante toda la temporada deportiva el entrenador debe referirse a la temática de las drogas, ya que una intervención aislada no bastará. El desarrollo de capacidades que permiten desenvolverse en la vida, como la capacidad de reprimir la ira, requiere que los/las capitanes/as que no tengan inconveniente en desarrollar este tipo de sesiones demuestren poseer esa capacidad y

7. www.unodc.org

que los/las jugadores/as la practiquen (mediante juegos de rol). Es conveniente lograr que el equipo escoja a un/una jugador/a que pueda prestar apoyo a los compañeros y compañeras que tienen problemas e informarles de los recursos de que dispone la comunidad⁸.

El deporte puede servir para despertar el interés de los niños y niñas contribuyendo a mejorar sus condiciones de vida comunitaria y adquirir la confianza para hacerlo. Como la buena marcha de un programa depende en gran medida de los/las entrenadores/as, es necesario que se preste mucha atención a su selección, formación y apoyo. Además de la capacitación en disciplinas específicamente deportivas, los/las entrenadores/as podrán familiarizarse con el mundo de los y los niños y adquirir conocimientos en materia de comunicación, uso de drogas y diversidad.

Velar por la continuidad del programa y constituir un programa de formación eficaz, con el respaldo de una persona reconocida de la comunidad que se adhiera a los objetivos del programa contribuirá a la continuidad de éste. Se debe aprovechar toda ocasión posible para elogiar a los/las voluntarios/as y a los que respaldan el programa. Renovando el programa y adaptando a las necesidades e intereses de los y los niños y niñas⁹.

Evaluar el programa preventivo mejorará y gozará de mayor aceptación. Es necesario incorporar un/una evaluador/a en las primeras etapas de ejecución del programa, ya que podrá ayudarle a mejorar el plan y determinar si el programa está listo para someterlo a evaluación. Es necesario que los niños y niñas participen en las evaluaciones.

8. *Ibíd.*

9. *Ibíd.*

Por lo que es importante buscar alternativas que lleven a alejarse de las drogas, como ser actividades distractoras, que motiven a estar bien de salud física, mental y espiritual¹⁰.

Programa habilidades para la vida. En atención a los avances positivos de la implementación del programa habilidades para la vida (Hpv) la SENAD promueve la prevención del uso de drogas aplicando estas nuevas estrategias entrenando a quienes serán los multiplicadores de la prevención en escuelas, colegios y comunidades. Dichas habilidades son:

1. Autoconocimiento consiste en el conocimiento propio, identificando las debilidades y fortalezas conforme al contexto donde se desenvuelve.

2. Empatía es la capacidad de ubicarse en el lugar del otro y desde ese enfoque controlar sus emociones.

3. Comunicación asertiva es la destreza de exponer de forma asertiva en el contexto de las relaciones sociales donde se desenvuelve.

4. Relaciones interpersonales, habilidad de relacionarse en forma con las demás personas.

5. Toma de decisiones es la destreza para tomar decisiones razonables.

6. Soluciones de problemas y conflictos; capacidad de enfrentar los desafíos de la vida diaria.

7. Pensamiento creativo es la habilidad para resolver los retos que se les presenta.

8. Pensamiento crítico es la habilidad para analizar objetivamente las vivencias.

10. **Riso**, Walte (2003). Aprendiendo a quererse a sí mismo. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

9. Manejo de las emociones y sentimientos es la capacidad de conocer y manejar las emociones.

10. Manejo de la tensión y el estrés es la destreza para identificar el origen del sentimiento negativo y en consecuencia actuar positivamente para su dominio.

Programas para la familia

Los programas de prevención para las familias deben mejorar la afinidad y las relaciones familiares e incluir habilidades para ser mejores padres; entrenamiento para desarrollar, discutir y reforzar la política de la familia con relación al abuso de sustancias; y la información y educación sobre las drogas.

El monitoreo y la control de los padres son esenciales para prevenir el abuso de las drogas. Se pueden mejorar estas habilidades con entrenamiento de cómo establecer reglas; técnicas para la vigilancia de actividades; el elogio por conducta apropiada; y la disciplina moderada y consistente que hace respetar las reglas de la familia anteriormente definidas.

La educación y la información sobre las drogas para los padres o los cuidadores refuerzan lo que los niños están aprendiendo sobre los efectos dañinos de las drogas y brinda la oportunidad para la discusión familiar sobre el abuso de sustancias legales e ilegales.

Las intervenciones cortas enfocadas en la familia y dirigidas a la población en general pueden cambiar positivamente conductas específicas de los padres que pueden reducir los riesgos futuros para el abuso de drogas.

10 Tips que ayudarán en la prevención de adicciones en la familia

En su página digital Fundación televisa.org, menciona ciertas tips para ayudar a alejar a los hijos de las adicciones de la siguiente manera:

1. Apoyar con el ejemplo. Los padres de familia son los modelos más importantes para los hijos. Enseñar a los niños que pueden superar los problemas y salir adelante sin necesidad de consumir drogas.

2. Conocer a los amigos de los hijos. Motivar a los hijos a invitar a sus amistades en la casa cuando los padres estén presentes y relacionarse con otros padres de familia, que les puede ayudar a estar atentos y unidos para detectar a tiempo cualquier problema.

3. Fomentar en los hijos valores positivos hacia la vida. Cuando un niño vive con principios y valores claros y estos se le refuerzan y reconocen, sabrá decir NO al consumo de drogas y evitar amigos o lugares que lo pongan en riesgo.

4. Motivar a los hijos a tener amistades positivas. Impulsar a los hijos a frecuentar ambientes positivos y sanos, de esta manera tendrá una buena influencia en los amigos que ahí hagan. Se apoyarán entre ellos y será menos probable que consuman alcohol, tabaco o drogas ilegales.

5. Escuchar a los hijos. La comunicación es muy importante con la ella se puede lograr que los hijos compartan con los padres sus experiencias y sentimientos, problemas y logros. Será más fácil si los padres escuchan con atención e interés y sin juzgarlo.

6. Fortalecer la autoestima de los hijos demostrando cariño y afecto con elogios y correcciones y evitar herirlos son importantes, siempre con cariño. Valorar los esfuerzos y logros de los hijos.

7. Hablar con los hijos sobre las drogas. Apoyar a los hijos con información sobre los daños a la salud, económicos y legales que oca-

siona el consumo de drogas. Que sepa que el uso y el abuso de alcohol y tabaco no son necesarios para el éxito social.

8. Enseñar a los hijos a saber decir NO. Fortalecer la seguridad y confianza en los hijos para que aprendan a decir “NO” ante la presión de sus compañeros frente al consumo de drogas. Poner reglas claras en la familia con respecto al uso y abuso de alcohol, tabaco y drogas ilegales.

9. Fomentar actividades saludables. Impulsar a los hijos para que se involucre en actividades saludables, como practicar algún deporte, actividades artísticas, culturales u otras que le resulten interesantes, atractivas y divertidas.

10. Aprender a identificar las señales asociadas al consumo de drogas (cambio de amistades, comportamiento rebelde, constantes actividades fuera de casa). Actuar con calma, hablar con los hijos y comentarle sobre las dudas que tienes sobre su posible consumo de drogas, apoyarlo si dice que las está usando, no la agredas¹¹.

Programas en la escuela

Los programas de prevención para los niños de la primaria deben ser dirigidos al mejoramiento del aprendizaje y socio-emotivo para tratar factores de riesgo para el uso de drogas como la intervención temprana, el fracaso académico, y la deserción de los estudios. La educación debe enfocarse en las siguientes habilidades como auto-control; conciencia emocional; comunicación; solución de los problemas sociales; y apoyo académico, especialmente en la lectura.

Programas comunitarios. Son programas de prevención dirigidos a las poblaciones en general, tiene como fin fortalecer la figura

11. <http://www.fundaciontelevisa.org/mejorenfamilia/adicciones/10-recomendaciones-ayudes-prevenir-consumo-alcohol-tabaco-y-drogas-ilegales-tus-hijos/>

del líder comunitario como referente en la prevención del consumo de drogas que contribuirá al mejoramiento de la calidad de vida en la comunidad, con la utilización de una metodología participativa basada en el aprendizaje cooperativo con diversos grupos.

4. Leyes que protegen a niños en situación de calle de consumo de drogas

La legislación nacional garantiza los derechos de la niñez siendo el Estado el principal garante junto con la familia y la sociedad. Así la Carta Magna garantiza los derechos de la niñez en el Artículo 54 que establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores y en caso de conflicto tienen carácter prevaleciente, es decir que los derechos de los niños y adolescentes están en un rango superior en casos de controversia.

Esta disposición concuerda con el artículo 68 de la norma constitucional que estatuye que el Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad, estando toda persona obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana.

En igual sentido, el artículo 71 prescribe que el Estado reprimirá la producción, y el tráfico ilícito de las sustancias estupefacientes y demás drogas peligrosas, así como los actos destinados a la legitimación del dinero proveniente de tales actividades. Igualmente combatirá el consumo ilícito de dichas drogas y su reglamentación, estableciendo programas de educación preventiva y de rehabilitación de los adictos, con la participación de organizaciones privadas. Dicha políti-

ca del Estado es canalizada a través de la Secretaría Nacional antidrogas, Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y Ministerio de Educación y Ciencias.

Paraguay ratificó por Ley 57/90 la Convención sobre los Derechos del Niño estableciendo en los artículos 3 y 24 la protección y garantía del derecho al bienestar integral de la niñez y la adolescencia así como el derecho a la salud y atención médica.

Así también el Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado por Ley 1.680/2001, en el artículo 3° contempla el principio del interés superior del niño, dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño y del adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías, respetando los vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico y la opinión del mismo en equilibrio con sus derechos y deberes como condición de persona en desarrollo. Este principio debe ser tenido en cuenta en la formulación de políticas públicas y programas referentes a la niñez y adolescencia.

Igualmente el artículo 13 del mencionado cuerpo legal establece que el niño o adolescente tiene derecho a la atención de su salud física y mental, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de condiciones a los servicios y acciones de promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud. Respetando siempre los usos y costumbres si fuese el niño o adolescente perteneciente a un grupo étnico o a una comunidad indígena, debiendo los médicos brindarles asistencia profesional que no puede ser negada o eludida por ninguna razón y en el caso en estudio el tratamiento y prevención de consumo de drogas.

Por su parte la Ley 357/72 que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas y otros delitos afines establece medidas de prevención y recuperación de fármaco dependientes en sus artículos 25, 26 y 27. Se establece la creación del Departamento de Represión del Tráfico de Estupefacientes, Drogas Peligrosas y Otros Delitos

Afines, dependiente del Ministerio del Interior que tiene por finalidad capacitar, formar, y adiestrar a sus funcionarios para la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes, drogas peligrosas y otros delitos afines; realizar campañas de información y divulgación pública sobre los peligros de la toxicomanía y las graves consecuencias individuales y sociales que ella acarrea; colaborar con el Poder Judicial, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social u otras instituciones nacionales similares, en la coordinación de sus actividades para el mejor cumplimiento de las disposiciones de la ley de su creación; mantener relaciones e intercambio de información con instituciones similares extranjeras o de carácter internacional con fines de coordinación y cooperación.

A nivel local el trabajo será realizado en coordinación con los Ministerios de Educación y Ciencias, de Salud Pública y Bienestar Social y del Interior, a través de campaña permanente de información, de educación y esclarecimiento de los peligros que entraña el consumo de sustancias estupefacientes y drogas peligrosas nocivas a la salud.

A su vez, el Ministerio de Educación y Ciencias por Resolución N° 19.972 de fecha 15 de setiembre de 2016 aprueba el circuito de atención ante el consumo y/o presencia de drogas en instituciones educativas de todos los niveles y modalidades del sistema educativo nacional del Ministerio de Educación y Ciencia definiendo el mecanismo de prevención.

Conclusiones

En referencia a las estrategias de prevención se ha comprobado que la Secretaría Nacional Antidrogas, Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y Ministerio de Educación y Ciencias cuentan con programas preventivos en el consumo de drogas, las mismas desarrollan programas a nivel país, por lo que se hace necesaria que se visua-

lice la presencia de los entes estatales con la aplicación de los programas preventivos existentes acorde al contexto.

Los niños y niñas que viven en las calles están privados de atención familiar y protección de un adulto responsable.

Lo que necesitan los niños y niñas para salir adelante y combatir a las drogas es una familia organizada, estable, con fuertes valores morales y sociales, por lo que sería beneficioso diseñar programas de ayuda social a las familias y uno de estos lugares donde más se puede fomentar los valores familiares son las instituciones educativas, ya que desde allí se puede apreciar la situación de las familias y de los padres, contar con programas que hablen de la unión familiar, las consecuencias que esta trae si los hijos abandonan el hogar, esto fomentara la crianza de hijos estables, seguros de sí mismos y capaces de decir no a las drogas.

En cuanto a la identificación de leyes y políticas públicas relativas a la prevención del consumo de drogas se constató que la prevención es materia incorporada en el marco legal así se expresan en los artículos 54, 68, 71, de la Constitución Nacional; Convención de los Derechos del Niño adoptada por el país por Ley 57/90, en sus artículos 3 y 24; Código de la Niñez y adolescencia Ley 1.680/01, en sus artículos 3 y 13; Código Sanitario, Ley 357/72, Ley 108/91 de creación de la Secretaría Nacional Antidrogas y Resolución del Ministerio de Educación y Ciencias 19.972/16; dichas disposiciones legales mencionan la prevención en general, enfocados en intervención. El país cuenta con un marco normativo garantista que delinea la política de prevención por lo que no existen barreras legales para la implementación de políticas preventivas, siendo necesario el elemento abstracto, intangible y vital cual es la voluntad de los responsables de ejecutar políticas públicas, y más tratándose de niños y adolescentes cuyo interés superior debe ser velado y tenido en cuenta para desarrollar políticas tendientes a su bienestar general, cuando se hace referencia al interés

superior del niño, se debe observar que este principio es una meta-norma es decir, está por encima de todas las normas relativas a la prevención del consumo de drogas y sirve como reglas orientadoras que garantiza la eficacia de los derechos que persiguen el bienestar de los niños y adolescentes y es la que debe regir en el momento de elaborar un programa preventivo.

Referencias bibliográficas

Casquero, Roberto (2006). La Realidad Sobre Los Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Calle. Perú: Editorial Cedro.

Gento, Samuel. Sánchez, Esteban. (2010). Tratamiento de la diversidad de personalidad, problemas de disciplina y desadaptación social. Editorial:UNED. Madrid.

Luengo, María y otros. (2002) La prevención del consumo de drogas y la conducta antisocial en la escuela: análisis de un programa. Universidad de Santiago de Compostela. España

Riso, Walte. (2003) Aprendiendo a quererse a sí mismo. Grupo Editorial Norma. Bogotá

Servicio de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencias (1981) La dependencia de las drogas. Madrid.

Leyes y resoluciones

- Constitución Nacional de 1992. Artículos 54, 68, 71.
- Convención de los Derechos del Niño adoptada por el país por Ley 57/90, en sus artículos 3 y 24
- Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 1.680/01, en sus artículos 3 y 13.
- Código Sanitario, Ley 357/72, Ley 108/91, de creación de la Secretaría Nacional Antidrogas.

- Resolución del Ministerio de Educación y Ciencias N° 19.972/16.

Bibliográficas digital

- <https://www.aciprensa.com/recursos/cuales-son-las-consecuencias-del-abuso-de-drogas-2428/>
- National Institute on Drug Abuse. Preventing Drug Abuse among Children and Adolescents: A Research-Based Guide for Parents, Educators, and Community Leaders (Second Edition) (NIH Publication N° 04-4212[A]). Rockville, MD, 2003.
- www.unodc.org
- <http://www.fundaciontelevisa.org/mejorenfamilia/adicciones/10-recomendaciones-ayudes-prevenir-consumo-alcohol-tabaco-y-drogas-ilegales-tus-hijos/>



INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL LABORAL

Leticia Paola Noldin Riveros¹

Resumen

El presente trabajo consiste en una investigación documental sobre la indemnización del daño moral laboral, a partir de la cual se realizó un análisis acerca de la situación de este instituto en el Derecho y la jurisprudencia de Paraguay.

La investigación documental incluye un marco teórico en el cual se describe el concepto de daños y una sucinta clasificación, las posiciones acerca de la procedencia de la indemnización por daño laboral, jurisprudencia argentina al respecto y las normas jurídicas aplicables del ordenamiento jurídico de Paraguay. La metodología que se empleó es la investigación cualitativa de teoría fundamentada.

Palabras claves: Daño contractual – Daño extracontractual – Daño moral – Daño moral laboral – Daño patrimonial – Indemnizaciones tarifadas.

-
1. Leticia Paola Noldin Riveros egresó con el título de abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A., siendo distinguida como Mejor Egresada de la Promoción con Medalla de Oro de la UNA. Escribana por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la U.C.A. Especialista en Derecho Civil por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. Magister en Derecho Civil por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. Ejerció la profesión de abogada entre los años 2012 y 2014. Desde el 2014 hasta la fecha se desempeña como Asistente de Defensoría. Doctoranda en Ciencias Jurídicas por la Universidad Iberoamericana.

1. Consideraciones preliminares

El Código del Trabajo, Ley N° 213/1993, establece en su artículo 91 la indemnización debida al trabajador para los casos de despido injustificado y para los casos de retiro justificado, y la citada disposición normativa prevé un mecanismo cierto de liquidación de los haberes debidos al trabajador, a determinarse a través de cálculos matemáticos.

Cuando un trabajador es despedido injustificadamente, o cuando se retira justificadamente, reclama el pago de la indemnización contemplada en el citado artículo 91 del Código del Trabajo y además a este rubro se le suelen sumar los montos debidos en concepto de preaviso, conforme a lo previsto en el artículo 87 del mismo cuerpo normativo, así como otros haberes, tales como salarios caídos no pagados, aguinaldo proporcional, etc.

Ahora bien, desde hace varios años atrás los juzgados del Trabajo del Paraguay han reconocido jurisprudencialmente la posibilidad de reclamar la reparación del daño moral derivado de la relación laboral, y han concedido el pago de indemnizaciones en dicho concepto, a pesar de que el pago de este rubro, con esa concreta denominación, no se halla contemplado entre las sumas tarifadas debidas al trabajador por despido injustificado o retiro justificado.

2. El concepto de daño

El desarrollo del presente trabajo requiere la determinación de qué debe entenderse por daño moral, para lo cual conviene partir del concepto mismo de daño.

En este sentido el Dr. Bonifacio Ríos ofrece el siguiente concepto: “La palabra daño proviene de la voz latina “damnum”, que significa deterioro, menoscabo, destrucción, ofensa o dolor que se provocan en

la persona, cosas, valores morales o sociales de alguien. (...) En efecto, el daño en rigor, es toda lesión de derecho o cualquier menoscabo al derecho a un sujeto, reconocido por el ordenamiento jurídico como centro de imputación de efectos jurídicos, sean personas en general, o de intereses colectivos o difusos, afectando a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales”².

MARTÍNEZ ofrece la siguiente definición: “*el daño es el perjuicio cierto, propio, subsistente e injusto que sufre una persona, en su cuerpo, bienes materiales o intereses intangibles, todos ellos legítimos, por culpa atribuible a otra persona, o por cuya producción otra debe responder*”³.

3. Clases de daños

MARTÍNEZ señala varias especies de daños, atendiendo a diversos criterios de clasificación. El citado autor expone que atendiendo al bien jurídico afectado pueden clasificarse en daños a la salud, daños patrimoniales y daños morales; atendiendo a los rubros reclamados pueden clasificarse en daño emergente, lucro cesante y daño moral; y que si se toma como punto de referencia al origen de los daños estos pueden clasificarse en contractuales y extracontractuales⁴.

El análisis de las diversas especies de daños sería sumamente enriquecedora, pero superaría ampliamente las intenciones de este humilde trabajo, por lo cual se procederá a considerar solamente los siguientes daños: daño patrimonial y daño moral, daño contractual y daño extracontractual.

-
2. RÍOS, Bonifacio. *Factores de atribución de la Responsabilidad civil. Los diversos daños. Doctrina. Jurisprudencia*. Primera edición. Asunción: La Ley Paraguaya S.A., 2015. (Págs. 1 y 2).
 3. MARTÍNEZ, Alberto. *Esbozo de las Obligaciones Civiles*. Asunción: Editora Litocolor S.R.L., 2016. (Págs. 109 y 110)
 4. *Ibidem*. Págs. 110 a 117.

3.1. Daño patrimonial y daño moral

Primeramente se analizará el daño patrimonial.

BUSTAMANTE señala que el daño patrimonial se encuentra integrado por el daño emergente y por el lucro cesante. El primero consiste en el perjuicio efectivamente sufrido e implica un empobrecimiento del valor actual del patrimonio. El segundo en la ganancia que el damnificado ha dejado de percibir, es la utilidad de la cual se ha visto privado el sujeto. El daño patrimonial debe reunir determinados requisitos para que pueda ser exigible. En primer lugar el daño, sea presente o futuro, debe ser cierto, es decir, no eventual, hipotético o meramente conjetural porque la sola remota posibilidad de que ocurra un perjuicio no es justificativo para reclamar el resarcimiento. En segundo lugar el daño debe ser subsistente, es decir, no debe haber desaparecido al momento en que se reclama el resarcimiento. En tercer lugar el daño debe ser personal, propio de quien reclama la reparación del mismo, ninguna persona puede pretender ser indemnizada por causa del daño que ha padecido alguien más; el daño personal puede ser directo cuando el mismo recae en la persona de la propia víctima o sobre sus bienes (por ejemplo los gastos que realiza la víctima de un accidente para hacer curar sus heridas), o puede ser indirecto cuando el daño recae sobre la persona o los bienes de la víctima y se refleja en el patrimonio de alguien distinto que resulta también perjudicado (por ejemplo los gastos realizados por una persona para pagar la curación de la víctima de un accidente). El cuarto y último requisito es el interés legítimo, que consiste en un interés tutelado por la ley, es decir, un interés no contrario a la ley, tal sería el caso de un contrabandista que reclama daños y perjuicios a su cómplice, por ejemplo⁵.

5. BUSTAMANTE, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad civil*. 9ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. (Págs. 140 al 174).

RÍOS refiere al respecto lo siguiente: “El termino daño patrimonial significa menoscabo, lesión o agravio al concepto de patrimonio: él provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero. Una correcta reparación del daño, in natura o por su equivalencia en metálico, para restablecer la utilidad perdida.

Los presupuestos para la indemnización del daño patrimonial son los siguientes:

1. Que haya un sujeto que sea titular de un patrimonio;
2. Que sea posible traducir el daño en dinero; y
3. Que exista nexo causal”⁶.

Seguidamente se procederá al análisis del daño moral.

*“Podemos definir el daño moral como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos insusceptibles (sic) de apreciación pecuniaria”*⁷.

BUSTAMANTE refiere que el daño moral puede referirse a ciertos derechos extrapatrimoniales como la vida, la integridad física, el honor, la reputación, la intimidad, el nombre, la imagen, etc.⁸.

RÍOS, apud cit. MOISSET, señala que el daño moral es aquel que no provoca un menoscabo actual o futuro en el patrimonio, sino que causa a la persona un sufrimiento en sus afecciones, en su seguridad o en el goce de sus bienes; si el hecho provoca una repercusión patrimonial, entonces se trata de un daño patrimonial indirecto, en lugar de un daño moral con consecuencia patrimonial⁹.

6. RÍOS, Bonifacio. Ob. cit. Pág. 20.

7. BUSTAMANTE, Jorge. Ob. cit. Pág. 237.

8. Ibídem, Pág. 245.

9. RÍOS, Bonifacio. *El daño moral. Doctrina y jurisprudencia*. Asunción: La Ley Paraguaya S.A., 2011. (Pág. 56).

Ahora bien, la esencia del daño material se prueba mediante la demostración de los elementos constitutivos del mismo (del daño emergente y el lucro cesante), y el mismo surge de la extensión e intensidad de afectación del patrimonio. La esencia del daño moral, en cambio, se demuestra mediante la estimación objetiva que realiza el juez de las supuestas modificaciones o alteraciones espirituales que afecten el equilibrio emocional de la víctima, es decir, la intensidad de manifestación en el sentimiento de la víctima¹⁰.

RÍOS refiere que la destrucción de cosas inanimadas puede provocar un daño moral, además de un daño patrimonial, un ejemplo de ello sería el caso de la destrucción de una obra de arte y la consecuente privación de la satisfacción estética de poseer y disfrutar de la misma, lo cual constituye un daño a un interés extrapatrimonial y, por lo tanto, un daño moral. Ahora bien, un atentado en contra de la vida o la integridad física de una persona puede provocar daño en la víctima (daño directo o inmediato) o en los terceros (daño indirecto o mediato), denominado por la doctrina francesa *par ricochet* o de rebote. Entre los daños directos pueden distinguirse el perjuicio al placer, el perjuicio juvenil y el perjuicio de sufrimiento. El perjuicio al placer (*préjudice d'agrément*) se produce por la privación de ciertos hechos que generan gozo o disfrute en la vida, tales como practicar deportes, la danza, la posibilidad de viajar, los sentidos del olfato, del gusto, etc.; el perjuicio sexual y el perjuicio juvenil, refiere el autor, se consideran como perjuicios al placer. El perjuicio estético se configura cuando una persona sufre mutilaciones, queda con cicatrices o desfigurada, ya sea en el cuerpo o en el rostro. El perjuicio de sufrimiento (*pretium doloris*) constituye el dolor físico, o dolor en el sentido médico de la palabra, provocado por un accidente corporal. El perjuicio a la afección (*pre-*

10. BUSTAMANTE, Jorge. Ob. cit. Pág. 246.

tium affectionis) es aquel daño moral que padece de manera indirecta una persona distinta a la víctima y consiste en la pena o aflicción, en el sentido afectivo, que se origina en el sufrimiento del damnificado directo, es aquel dolor emotivo que deviene de la muerte de la víctima o de la percepción de su sufrimiento¹¹.

BUSTAMENTE señala que la probanza del daño moral no requiere prueba directa de los padecimientos, porque ello es imposible, sino que el juez deberá apreciar las circunstancias del hecho lesivo y la calidad moral de la víctima, a los efectos de determinar presuntivamente el agravio sufrido. La prueba directa del daño moral es imposible porque el mismo se encuentra en la esfera más íntima de la personalidad, aunque pueda expresarse a través de signos exteriores. Ningún ser humano puede penetrar en el espíritu de otro para afirmar la existencia y la intensidad del dolor, de la angustia o la decepción¹².

Asimismo, si el perjuicio no es naturalmente medible, tampoco lo es la cuantía de la indemnización, por lo cual se debe recurrir a pautas relativas según un criterio de razonabilidad. Por el ello, el daño moral se estima conforme a la constatación realizada por el juez, no en función de la representación que de dicho daño se haga la víctima. La apreciación del juez para determinar la indemnización en dinero debe ser objetiva y abstracta, por lo cual el monto de esta debe ser fijado atendiendo al posible estado de una persona común ubicada en las mismas circunstancias en las que se halló la víctima. Por otro lado, la cuantía del daño moral debe estimarse con independencia de la cuantía del daño material, debido a que la valuación del mismo debe responder a valores espirituales afectados, no a bienes patrimoniales lesionados debido a que estos son una cuestión separada¹³.

-
11. RÍOS, Bonifacio. Ob. cit. Págs. 58 al 60.
 12. BUSTAMANTE, Jorge. Ob. cit. Pág. 247.
 13. Ibídem. Págs. 247 y 248.

3.1. Daño contractual y daño extracontractual

MARTÍNEZ señala que esta clasificación proviene del origen de los daños y que el elemento que diferencia uno del otro es la existencia o no de la voluntad en la circunstancia generadora del daño. Los daños contractuales se producen cuando las partes que celebran un acto jurídico se hallan vinculadas por una manifestación de voluntad, y una de estas partes no cumple total o parcialmente con aquello a lo que se obligó, o su cumplimiento es deficiente, por lo cual el acreedor de esa prestación no queda satisfecho. Los daños extracontractuales, en cambio, se producen cuando ocurre un perjuicio en contra de los intereses de una persona sin que haya existido un acuerdo de voluntad previo entre el damnificado y el causante del daño, un ejemplo típico es el del accidente de tránsito¹⁴.

Esta distinción de los daños en contractuales y extracontractuales tiene la mayor relevancia para el tema que estamos analizando pues, como se verá en el siguiente apartado, una cuestión debatida en la doctrina y la jurisprudencia es si el daño moral laboral tiene naturaleza contractual o extracontractual.

4. Posiciones acerca de la procedencia del reclamo de daño moral en la jurisdicción laboral

Existen varias posiciones en la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera con respecto a la procedencia de la reclamación del daño moral en la jurisdicción laboral, que básicamente (y en principio) se resumen en dos posturas:

- a) Negar la posibilidad de reparación del daño moral.
- b) Admitir la posibilidad de reparación del daño moral.

14. MARTÍNEZ, Alberto. Ob. cit. Pág. 116.

Ahora bien, esta última posición tiene a su vez numerosas variantes, conforme a las cuales la reparación del daño moral obedece a criterios distintos. Seguidamente se procederá a analizar las mismas.

4.1. Posición negatoria del daño moral laboral

Esta posición niega la posibilidad de reparación del daño moral laboral por existir un sistema de indemnizaciones tarifadas que se considera debe cubrir todo daño derivado del despido injustificado o del retiro justificado, por lo cual todo perjuicio derivado de la relación laboral se considera reparado mediante el pago de las indemnizaciones contempladas en la legislación laboral.

Sobre esta cuestión es interesante considerar la jurisprudencia argentina existente al respecto.

“La indemnización del art. 245 LCT es tarifada y ello significa que la misma ley establece la forma de cálculo, excluyendo otra reparación por causa del despido, ya que es de la esencia de las reparaciones tarifadas que el titular carezca de legitimación para obtener una suma superior a la tarifa demostrando que ha experimentado daños no contemplados en ella, y el obligado a su vez, para pagar menos, o no pagar, aduciendo la inexistencia de todo daño, o que de existir, la tarifa excede su valor real. Por ende, es improcedente la reparación por daño moral, al margen de las compensaciones tarifadas previstas en la LCT y estatutos especiales. (Del voto del Dr. Morando, en minoría).

CNAT Sala VIII Expte N° 1646/06 Sent. Def. N° 34.578 del 31/10/2007 “Nicotra, Natacha c/ FST SA s/ despido” (Catardo – Morando - Vázquez)”¹⁵

15. RIANCHO, Claudio; PRIORE, Claudia (Co). *Boletín temático de Jurisprudencia. Daños resarcibles derivados del despido (Sumarios de jurisprudencia de la CSJN y CNAT)*. Buenos Aires: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, 2015. Recuperado de: <https://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00024/00083307>. Pdf (Pág. 3).

4.2. Posición que admite la reparación del daño moral laboral

Parte de la doctrina y la jurisprudencia admite la posibilidad de reparación del daño moral en la jurisdicción laboral en determinados supuestos, y como ya se dijo con anterioridad, toda vez que se reúnan ciertos criterios. Seguidamente se procederá al análisis de algunos criterios distintos para la admisión de la indemnización por daño moral laboral.

Una postura admite la posibilidad de reparación del daño moral toda vez que el monto del perjuicio supere las sumas previstas como indemnizaciones tarifadas en la legislación laboral, es decir, si se estima que las indemnizaciones tasadas son suficientes para reparar el daño moral que padeció el actor no corresponde el pago de montos adicionales en concepto de daño moral. Seguidamente se transcriben dos extractos de jurisprudencia argentina al respecto.

“Cuando la injuria provocada por la empleadora se aprecia debidamente reparada por el régimen tarifado aplicable debe desestimarse el reclamo por daño moral. En orden a esta conclusión es necesario ponderar el criterio restrictivo con el que corresponde evaluar la invocación y prueba acerca de daños adicionales a los razonablemente contemplados en la tarifa, y –en sana crítica– también corresponde evaluar los términos precisos en que se trató y se desarrolló el litigio del que no surgen –en el caso– circunstancias específicas serias que involucren actitudes patronales que merezcan una reprobación particular y autónoma.

CNAT Sala VI Expte N° 11.929/04 Sent. Def. N° 59.583 del 17/5/2007 “Demaría, Verónica y otro c/ Sworn College SA s/ despido” (Fera - Fontana). (...)

No corresponde hacer lugar a la indemnización por daño moral cuando no ha quedado acreditada la existencia de un daño que requiera ser valorado por encima de lo previsto en las indemnizaciones tarifadas propias del contrato de trabajo.

CNAT Sala VI Expte N° 25.912/06 Sent. Def. N° 60.505 del 20/5/2008 “Palmuchi, Gabriela c/ Jardín Maternal El Oso Clarinete SRL y otro s/ despido” (Fontana - Fera)¹⁶.

Otra postura admite la posibilidad de reparación del daño moral en forma independiente a las indemnizaciones tarifadas, y consideran que el daño moral laboral tiene naturaleza contractual, es decir, que el daño moral deriva del contrato celebrado entre el empleador y el trabajador.

Al respecto MÉNDEZ señala que la relación laboral existente entre el empleador y el trabajador tiene carácter contractual, por lo cual las relaciones derivadas del mismo se analizarán y juzgarán en el marco del mismo, y que en la doctrina y la jurisprudencia se ha sostenido que el daño moral en el ámbito laboral es de carácter contractual, esto a pesar de que el contrato de trabajo tiene una naturaleza especial. La mencionada autora, citando a ANTONIO BARRERA NICHOLSON, refiere que el mismo sostenía que la indemnización laboral tarifada debía comprender los daños derivados del despido, pero que al analizar casos contemplados en resoluciones judiciales que admitían la existencia de daño moral en el ámbito laboral constató que la admisión de la reparación de dicho daño derivaban de otras clases de incumplimientos contractuales, que podían o no darse simultáneamente con el despido, y que hacían nacer el deber de indemnizar¹⁷.

MÉNDEZ refiere que muchos autores han hecho hincapié en el carácter cerrado del sistema de indemnizaciones tarifadas de la legislación laboral, aplicable inclusive a los supuestos en que la tarifa legal

16. *Ibidem*. Pág. 2.

17. MÉNDEZ, Alma. *Daño moral laboral*. En M. Santos. (Ed.) *Derecho Laboral Tomo I. Aportes doctrinarios*. (p.p. 145-176) Asunción: Corte Suprema del Paraguay, 2015. (Págs. 157 y 158).

no cubre la reparación de los perjuicios sufridos, pero que dichos autores consideraban que existen casos cuya gravedad reviste tal magnitud que permitir la reparación solo por la tarifa legal sería admitir la consagración de una injusticia. Apunta la citada autora que aceptar esta postura implicaría considerar la apertura al sistema tasado tendría entonces como punto de referencia la magnitud del daño por lo cual la objeción al mismo constituiría una objeción de cantidad, y esta situación determinaría que la apertura del sistema y la consecuente admisión de una circunstancia dañosa u otra al esquema de indemnización por su sola magnitud resultaría así aleatoria, y ello podría derivar en arbitrariedad, al no existir reglas claras que determinen la inclusión de un supuesto u otro¹⁸.

Igualmente tenemos otra postura que admite la posibilidad de reparación del daño moral también en forma independiente a las indemnizaciones tarifadas pero considera que el daño moral laboral tiene una naturaleza extracontractual. Quienes son partidarios de esta postura afirman que las indemnizaciones tarifadas previstas comprenden todos los daños derivados de la relación laboral pero que no comprenden los daños que devengan de otros actos ilícitos extraños a la relación laboral, esto a pesar de que se produzcan en el ambiente de trabajo.

Existe una interesante cantidad de jurisprudencia argentina al respecto, a continuación se pasará revista a algunas de las más interesantes.

Seguidamente se transcribe la porción de un fallo que señala que la indemnización del daño moral laboral requiere, necesariamente de la existencia de un ilícito extracontractual.

“La indemnización tarifada establecida en la LCT cubre la totalidad de los daños y perjuicios, por lo que en principio, no corresponde

18. *Ibidem*. Pág. 159.

la indemnización por daño moral, excepto que el empleador hubiese incurrido en un ilícito susceptible de reparación extracontractual.

CNAT Sala IV Expte N° 21.778/05 Sent. Def. N° 93.359 del 27/5/2008 “Castagnetto, Anabel c/ Danone Argentina SA s/ despido” (Moroni - Guisado)¹⁹.

En el extracto que se transcribe seguidamente se aprecia claramente el criterio de que las indemnizaciones tarifadas previstas en la legislación laboral ya comprenden todos los daños que pueda llegar a sufrir el trabajador, inclusive el daño moral, y señala que la reparación del daño moral laboral procede únicamente cuando existe una conducta ilícita ajena a la esfera de la relación contractual del trabajador y el empleador.

“Si bien hay reiterados pronunciamientos que expresan que la indemnización por despido resulta compensatoria de todos los perjuicios derivados del distracto, cuando la actitud de la empleadora al disolver el vínculo excede el ámbito contractual para llegar al de la ilicitud delictual o cuasidelictual en perjuicio del trabajador, resulta procedente fijar una suma para reparar el daño adicional no previsto en la aludida tarifa.

CNAT Sala X Expte N° 15.042/05 Sent. Def. N° 15.854 del 12/2/2008 “Velázquez, Verónica c/ Sport Centrum SRL s/ despido” (Corach - Scotti)²⁰.

En el caso que seguidamente se expone, el órgano jurisdiccional estimo que la indemnización por daño moral laboral procede cuando se produce una conducta ilícita adicional al despido.

“La indemnización civil por daño moral sólo cabe en supuestos especiales. Desde el punto de vista extracontractual, el daño moral solo procede en aquellos casos en los que el hecho que lo determina

19. RIANCHO, Claudio; PRIORE, Claudia (Co). Ob. cit. Pág. 3.

20. Ibidem. Pág. 2.

haya sido producido por un evento de naturaleza extracontractual del empleador, es decir si el despido va acompañado de una conducta adicional ilícita que resulte civilmente resarcible, aún en ausencia de vínculo laboral. Además debe causar en el trabajador un grave menoscabo en sus sentimientos o buen nombre.

CNAT Sala VII Expte N° 8501/02 Sent. Def. N° 37.171 del 28/11/2003 “Rossi de Gasperis, Mabel c/ Piero de Neil, Herminia y otro s/ despido” (Ferreirós - Ruiz Díaz). En el mismo sentido, Sala VII Expte N° 3.771/2011 Sent. Def. N° 44.526 del 16/8/2012 “M., N.B. c/Galeno Argentina SA s/diferencias de salarios” (Ferreirós – Rodríguez Brunengo)²¹.

Se encuentra, incluso, posiciones que sostienen que la reparación del daño moral laboral es procedente independientemente de su naturaleza contractual o extracontractual del mismo, toda vez que los actos de los cuales devenga el perjuicio revistan tal gravedad que se admita una reparación adicional a la prevista en indemnizaciones tarifadas contempladas en la legislación laboral.

“En lo concerniente al resarcimiento del daño moral en el contrato de trabajo y en especial en el tramo de su extinción no corresponde proscribir en todos los casos la procedencia de una reparación por los agravios extrapatrimoniales padecidos. Ello así pues existen hipótesis en las que la reparación del daño moral no puede ser marginada, si éste pudo demostrarse. Así, cuando el empleador o las personas que dependen de él –por las que debe responder– han propinado agresiones o maltratos verbales al trabajador, de una manera constante y continuada durante el desarrollo de la relación, o cuando, como en el caso, se han perpetrado conductas que por su gravedad entrañan un ataque a la autoestima de la persona, tan necesaria para que se pueda alcanzar la felicidad humana, el daño moral, que guarda relación

21. *Ibidem*. Pág. 1.

causal adecuada con el ilícito, debe ser indemnizado, sea cual fuere la égida de responsabilidad en la que se ubique la controversia, es decir, contractual o extracontractual (arts. 522 y 1078 CC). (Del voto de la Dra. Vázquez, en mayoría).

CNAT Sala VIII Expte N° 1646/06 Sent. Def. N° 34.578 del 31/10/2007 “Nicotra, Natacha c/ FST SA s/ despido” (Catardo – Morando - Vázquez)²².

5. Casos en que se ha admitido la reparación del daño moral laboral

Existen varios supuestos en que se ha reconocido la existencia de daño moral laboral, cabe destacar que la jurisprudencia argentina es particularmente rica en el análisis de estos casos, por lo cual se trabajó en gran medida con la misma.

MÉNDEZ cita un caso contemplado en el Acuerdo y Sentencia N° 19 del 11 de setiembre de 2013, dictado en los autos: “HUGO ANASTACIO CALONGA C/ FIRMAA.D.S. IND Y COM. S.A. S/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN ACCIDENTE DE TRABAJO”, en el cual la autora refiere que el actor de la demanda reclama daño emergente, lucro cesante y daño moral derivados de un accidente de trabajo acaecido con motivo de la prestación laboral, debido al cual se le amputó el dedo pulgar de la mano derecha. A pesar de haber sido inscripto en el Instituto de Previsión Social y de haber recibido las prestaciones médicas pertinentes por parte del mismo, esta inscripción se realizó tardíamente, por lo cual no se reconoció al trabajador su verdadera antigüedad y se le asignó una pensión por invalidez inferior a su real antigüedad. En la demanda se concedieron los rubros reclamados como daño tarifado e igualmente el daño moral²³.

22. *Ibidem*. Págs. 2 y 3.

23. MÉNDEZ, Alma. *Ob. cit.* Págs. 167 a 172.

La imputación de la comisión de un hecho punible al trabajador, circunstancia que no es demostrada en sede penal. Al respecto se transcriben algunas muy interesantes jurisprudencias argentinas.

“Si las inquietudes y molestias sufridas por la trabajadora, en virtud de la sustanciación de una causa penal inmotivada, y el consiguiente descrédito ocasionado por una imputación de esa naturaleza, han producido un daño en sus legítimos sentimientos, buen nombre y honor, y un desmedro o desconsideración hacia su persona dentro de su ámbito laboral y familiar, hacen procedente la reparación de tales perjuicios en forma separada de la indemnización tarifada prevista en el art. 245 LCT”.

CNAT Sala IX Expte N° 29.448/05 Sent. Def. N° 14.151 del 12/4/2007 “Carrizo, Otilia c/ Hotel Chile SRL s/ despido” (Zapatero de Ruckauf - Balestrini)”²⁴.

Otro supuesto que justificó la condena a la reparación de daño moral en sede laboral, en Argentina, fue la publicidad de hechos injuriosos que dañaron la imagen de trabajadores, ya sea que dicha publicidad se diera en el ámbito del trabajo, por los medios masivos de comunicación o por hechos que afectaron la imagen crediticia.

“Luego de producido el despido del actor, la demandada no sólo omitió cubrir cheques librados sobre cuentas corrientes de la empresa, en las que aquel figuraba como responsable en su carácter de apoderado y representante de la misma lo cual produjo su inclusión como deudor moroso dentro de los listados del Veraz, sino que, a pesar del reclamo que, a tal efecto realizara el trabajador omitió efectuar las gestiones pertinentes para el levantamiento de dicha inscripción. Tal situación produjo en el ex dependiente un daño legítimo en su buen nombre y honor, situación que podría haberse evitado con un obrar

24. RIANCHO, Claudio; PRIORE, Claudia (Co). Ob. cit. Pág. 5.

diligente por parte de su ex empleadora, por lo que amerita una reparación separada de la indemnización tarifada prevista en el art. 245 LCT.

CNAT Sala IX Expte N° 11.295/04 Sent. Def. N° 13.841 del 15/12/2006 “Sobrino, Jorge c/ Molfino Hnos. SA s/ despido” (Zapatero de Ruckauf - Pasini) (...).

Se configura un supuesto excepcional que justifica la reparación por daño moral más allá del sistema tarifario previsto para la reparación de las consecuencias que normalmente derivan del despido cuando, como en el caso, la demandada proporcionó a los medios de información local (en el caso “Clarín” suplemento zonal de Morón - Ituzaingó) datos precisos de investigaciones llevadas a cabo dentro de su ámbito y en sede judicial y sindicó como involucrados (precisando claramente los datos identificatorios) a los actores, cuando no existía pronunciamiento judicial que los responsabilizara personalmente por las maniobras defraudatorias denunciadas. Dicho proceder debe calificarse como una difamación pública que afectó la dignidad de los trabajadores despedidos y que les provocó una afectación de índole moral.

CNAT Sala II Expte N° 14.468/06 Sent. Def. N° 95.816 del 4/6/2008 “G., F. y otros c/ PAMI s/ despido” (Pirola - Maza)²⁵.

Otro supuesto en el que se ha admitido la reparación del daño moral laboral es en los casos de acoso moral o *mobbing*.

“Si bien el “acoso moral en el trabajo” aún no se halla legislado como figura autónoma justificante del despido, no resulta ser menos cierto que ello puede constituir injuria en los términos del art. 242 LCT y justa causa de despido, conforme la ponderación que realice el juez y en virtud del carácter tuitivo de la legislación laboral en aten-

25. Ibidem. Págs. 9 y 10.

ción a la naturaleza del vínculo que se suscita en una relación laboral dependiente además de las modalidades y circunstancias personales en cada caso. El contexto de “mobbing” o “psicoterror” al que se ve expuesto el trabajador permiten inferir el daño moral ocasionado, el cual debe ser reparado. (En el caso, la trabajadora se desempeñaba en un cargo jerárquico, se reintegró de su licencia por maternidad y debió soportar el retiro de su asistente, desaires por parte de su jefe, no ser invitada a participar de las reuniones ni decisiones de trabajo haciendo caso omiso de su jerarquía, retiro de su computadora personal – laptop– y asignación de otra PC pero vacía de toda documentación e informes que la actora necesitaba como herramienta de trabajo, correos electrónicos; revelando una intención empresarial tendiente a que la trabajadora se viera obligada a abandonar el trabajo).

CNAT Sala VII Expte. N° 12.669/07 Sent. Def. N° 41.746 del 29/04/2009 “G., J. B. c/Aguas Danone Argentina S.A. s/despido” (Rodríguez Brunengo - Ferreirós)²⁶.

Otro supuesto en que se ha admitido la reparación del daño moral laboral en Argentina es la discriminación realizada en contra del trabajador.

“Debe considerarse por parte de la empleadora como un trato desigual y una conducta divorciada del principio de equidad que le es exigible y lesiva por discriminación de tipo gremial, el hecho de haber excluido de ciertos aumentos remuneratorios a algunos de los profesionales que se desempeñaban en la Gerencia de Planificación de Redes de Telefónica de Argentina, debido a su pertenencia y afiliación al Centro de Profesionales de Empresas de Telecomunicaciones (CEPE-TEL). Corresponde en el caso la indemnización por daño moral, pues sufre agravio en el espíritu quien es perseguido por su actividad gre-

26. Ibidem. Págs. 11 y 12.

mial o bien, en sentido amplio, por ejercer la garantía constitucional de libertad sindical.

CNAT Sala VIII Expte N° 29.883/06 Sent. Def. N° 36.886 del 19/02/2010 “Valmaggia, Juan Santos y otros c/Telefónica de Argentina SA s/cobro de salarios”. (Vázquez – Morando - Catardo)²⁷.

Otro supuesto de reparación del daño moral laboral son los casos de violencia física, verbal o de otra índole en el ámbito laboral o con motivo de dichas funciones.

“Se halla acreditado que en ocasión de ausentarse el trabajador de la empresa por estar guardando reposo aquejado de una infección con un cuadro febril, el codemandado fue a su domicilio, perdió el control y profirió insultos al actor y su esposa aludiendo de manera despectiva a su color de piel y nacionalidad, con el objeto de que se presentara a trabajar. Tal actitud no sólo puede considerarse como desafortunada o lamentable, sino también despectiva y discriminatoria por lo que es procedente la reparación por daño moral solicitada por el trabajador.

CNAT Sala VII Expte N° 21.277/02 Sent. Def. N° 39.103 del 27/3/2006 “P. F., J. c/ Compañía de Comunicaciones Capital SA y otros s/ despido” (Rodríguez Brunengo - Ferreirós)²⁸.

Un caso interesante fue el de reparación del daño moral causado a la trabajadora por retención de los montos pertinentes para el pago del seguro médico, pero sin cumplir luego con el pago de dicha prestación.

“Procede la condena por daño moral a la empleadora que efectuaba las retenciones pero omitía los depósitos de los importes correspondientes a la cobertura médica prepaga que amparaba a la trabajadora y su familia, toda vez que como consecuencia de tal accionar la misma

27. *Ibidem*. Pág. 17.

28. *Ibidem*. Pág. 23.

y su grupo familiar fueron dados de baja de dicha cobertura, con el agravante de encontrarse la trabajadora embarazada, por lo que debió recurrir a la contratación particular de otro plan de medicina pre-paga.

CNAT Sala IX Expte N° 25.805/03 Sent. Def. N° 14.141 del 12/4/2007 “Gómez, Hilda c/ San Sebastián SA s/daños y perjuicios” (Balestrini - Zapatero de Ruckauf)²⁹.

6. Disposiciones normativas aplicables del ordenamiento jurídico paraguayo

Como ya se señalara con anterioridad, el Código del Trabajo, Ley N° 213/1993, prevé en el artículo 91 un sistema tarifado de indemnización debida al trabajador atendiendo a la antigüedad del mismo, para los casos de despido injustificado y para los casos de retiro justificado, y el monto de dicha reparación se determina a través de cálculos matemáticos. En los casos de despido injustificado o de retiro justificado se reclama el pago de la indemnización contemplada en el citado artículo 91 del Código del Trabajo y además a este rubro se le suelen sumar los montos debidos en concepto de preaviso, conforme a lo previsto en el artículo 87 del mismo cuerpo normativo, así como otros haberes.

Ante lo expuesto con anterioridad debe analizarse si existe alguna disposición normativa que pueda servir de basamento para reconocer el derecho del trabajador a una reparación del daño moral.

En este sentido, primeramente, se debe partir del análisis de las disposiciones constitucionales que guardan relación con la materia.

En ese orden de ideas tiene gran relevancia el artículo 45 “De los derechos y garantías no enunciados”, que dispone: “*La enunciación de*

29. Ibidem. Pág. 29.

*los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía*³⁰.

En este artículo se afirma expresamente que aunque un determinado derecho no se halle consagrado expresamente, no quiere decir que la Constitución lo niegue, toda vez que ese derecho sea inherente, propio, de la personalidad humana. Lo antes expuesto se evidencia en uno de los fundamentos señalados por el convencional constituyente Eusebio Ramón Ayala, apud PLANO, quien señalaba:

“...Ciudadano Presidente, ciudadanos Convencionales: pido la aprobación de este Artículo 45, porque implica una garantía fundamental para la persona humana. Es decir, que, no solamente los derechos y garantías contenidos en esta Constitución, son los taxativamente enumerados, los que pueden estar en vigencia, sino cualquier otro derecho y garantía inherente a la personalidad humana tiene pleno valor. Además, explica también que: “la falta de ley reglamentaria no puede ser invocada para negar ni menoscabar ningún derecho”³¹.

Del análisis de esta disposición y de los fundamentos esgrimidos a favor de su reconocimiento se puede extraer que aunque no se halle expresamente previsto el derecho a reclamar una indemnización por daño moral laboral eso no implica, en principio, que dicho derecho no exista, toda vez que el mismo sea inherente a la persona humana.

MÉNDEZ sustenta el reconocimiento de la existencia del derecho a reclamar el daño moral en lo laboral en los artículos 86 y 88 de la Constitución Nacional, pues estima que estas disposiciones norma-

30. PARAGUAY. Constitución Nacional. Asunción: El Foro S.A., 2013. (Pág. 15).

31. PLANO, José. *La Constitución de la República del Paraguay. Con sus fundamentos Concordada y Reglamentada*. Asunción: Id Latindata, 2001. (Pág. 81).

tivas consagran la protección de los derechos personalísimos del trabajador, diciendo cuanto sigue:

“Nuestra Constitución Nacional en los Arts. 86 y 88 dispone: “Todos los habitantes de la República tienen derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas...” y “No se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión, condición social y preferencias políticas o sindicales...”. Como puede apreciarse, nuestra propia carta magna protege los derechos personalísimos del trabajador, es decir, su dignidad y su derecho a no ser sujeto de discriminación de ninguna índole”³².

A la interpretación expuesta por la autora podemos sumarle lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución Nacional, que reza: “... *Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación...*”. De la lectura del extracto transcrito se aprecia que el Estado debe velar por la protección de ciertos derechos personalísimos de las personas, como su integridad física y psíquica, su honor y su reputación, y a través del reconocimiento por parte de los tribunales nacionales del derecho del trabajador a percibir una reparación por el daño moral sufrido se puede hacer efectivo ese deber de protección a la persona.

Ahora bien, conviene iniciar el análisis de las disposiciones del Código del Trabajo que rigen la materia partiendo justamente de aquella que delimita que supuestos se rigen por sus normas. El artículo 1° dispone: “*Este Código tiene por objeto establecer normas para regular las relaciones entre los trabajadores y empleadores, concernientes a la prestación subordinada y retribuida de la actividad laboral*”³³.

32. MÉNDEZ, Alma. Ob. cit. Págs. 159 y 160.

33. PARAGUAY. *Código Laboral Paraguayo. Código Procesal Laboral. Disposiciones sobre el Régimen Jubilatorio del IPS. Negociación Colectiva – Función Pública. Modelos de escritos y liquidaciones*. Asunción: El Foro S.A., 2017. (Pág. 1).

De la lectura de este artículo se extrae que para que una cuestión se rija por las disposiciones normativas contempladas en el Código del Trabajo, es menester que se trate de relaciones jurídicas derivadas de la actividad laboral (subordinada y retribuida), por lo cual para que puedan aplicarse los artículos de dicho cuerpo normativo a los supuestos de reclamaciones de daño, es necesario que las circunstancias que provoquen el perjuicio se vinculen con esa prestación laboral. Por ejemplo, el supuesto de que el empleador discuta con el trabajador, le grite todo tipo de improperios y le propine una golpiza con motivo de asistir a un estadio de fútbol para una competencia deportiva completamente ajena a la relación laboral, es una cuestión que se regirá por el Código Penal y el Código Civil, en caso ejercitarse una acción penal y una civil de reparación de daños, respectivamente, pues la situación en si no se vincula con la relación laboral. Sin embargo, si debido a la discusión ocurrida por dicha competencia deportiva el empleador decide tomar actitudes vejatorias hacia el trabajador en el trabajo, aprovechándose de que es su subordinado, esto si caería en la órbita del Código del Trabajo, si es que existen normas en el mismo que contemplen dicha situación o si la regulación se halla implícita o puede ser extraída del proceso de interpretación o integración de la norma jurídica.

En este punto es conveniente tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 5º, que en su primer párrafo dispone: *“Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de garantías y derechos en beneficio de los trabajadores. Ese mínimo no podrá alterarse en detrimento de éstos”*³⁴. La disposición antes citada consagra que el Código Laboral previó las garantías y derechos básicos de los trabajadores, es decir, todo lo que no puede faltarle en ningún caso. Las disposiciones del

34. Ibidem. Pág. 2.

Código solo pretendían constituirse en previsiones mínimas que permitan que el trabajo sea digno y rentable, no aspiraban a ser un limitante que implique que solo eso y nada más que eso debe cubrir el empleador, por lo cual el hecho de que no exista un artículo que expresamente consagre el derecho a la reparación de los daños morales, con esa concreta denominación, en principio no significa que su reparación sea inadmisibile.

Cabe destacar que ante la falta de disposiciones normativas aplicables al caso concreto el Código del Trabajo estableció una solución en el artículo 6º, que dispone: “A falta de normas legales o contractuales de trabajo, exactamente aplicables al caso controvertido, se resolverá de acuerdo con la equidad, los principios generales del Derecho Laboral, las disposiciones de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo aplicables al Paraguay, los principios del derecho común no contrarios a los del Derecho Laboral, la doctrina y la jurisprudencia, la costumbre o el uso local”³⁵.

Al artículo antes transcrito cabe sumarle lo dispuesto en el artículo 7º que reza: “*Si se suscitase duda sobre interpretación o aplicación de las normas de trabajo, prevalecerán las que sean más favorables al trabajador*”³⁶. De la lectura del extracto antes transcrito se aprecia que ante la duda las disposiciones normativas del trabajo se interpretan y aplican del modo que resulte más favorable al trabajador, por lo cual ante la interrogante de si es factible el reconocimiento del derecho del trabajador a la reparación del daño moral por el sufrido, se debe juzgar que si es posible, por ser esta la interpretación más favorable al mismo.

Otro artículo que también se debe considerar del Código del Trabajo es el 9º, que dispone: “*El trabajo es un derecho y un deber social y*

35. *Ibidem*. Pág. 2.

36. *Ibidem*. Pág. 2.

*goza de la protección del Estado. No debe ser considerado como una mercancía. Exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta, y se efectuará en condiciones que aseguren la vida, la salud...*³⁷.

Con respecto a este artículo MÉNDEZ refiere: “En nuestro derecho positivo el principio tuitivo del trabajador es integral. Es decir, no se limita a garantizar los derechos patrimoniales o económicos del trabajador, sino que se ocupa también –y sobre todo– de salvaguardar los derechos personalísimos del mismo, es decir, de aquellos derechos subjetivos que tienen por bien jurídico protegido los presupuestos de la personalidad: la paz, la tranquilidad de espíritu, la privacidad, el honor, la honra, la dignidad, etc.”³⁸

Igualmente, conviene recordar que el artículo 62 del Código del Trabajo contempla determinadas obligaciones que tiene el empleador con respecto al trabajador en 19 incisos, entre las cuales se hallan el guardar la debida consideración al trabajador respetando su dignidad y absteniéndose de maltratarlo (k), el adoptar medidas adecuadas en los establecimientos comerciales e industriales para mantener la higiene y la seguridad (inc. l) o atender las quejas justificadas que elevasen los trabajadores (inc. o). Estas circunstancias tienen relevancia para fundar, por ejemplo, reclamos de daño moral por *mobbing* o violencia, u otros supuestos que podrían darse.

Finalmente conviene referirnos al artículo 82 del Código del Trabajo, que dispone: “...*En caso de imputación de una justa causa de despido que no fuera judicialmente probada, el trabajador tendrá derecho además de las indemnizaciones de los Artículos 91 y 91, a una indemnización complementaria, equivalente al total de los salarios desde que presentó su reclamación judicial hasta que la Sentencia quede ejecutoriada...*”³⁹.

37. *Ibidem*. Pág. 2.

38. MÉNDEZ, Alma. Ob. cit. Págs. 160 y 161.

39. PARAGUAY. *Código Laboral Paraguayo. Código Procesal Laboral*. Pág. 25.

Con respecto a este artículo MÉNDEZ señala que la reparación prevista en el artículo 82 a favor del trabajador, cuando no se demuestra la causal de despido alegada por el empleador, es una compensación por un menoscabo a la reputación del trabajador, el cual es un presupuesto de la personalidad del mismo. La citada autora refiere que los daños patrimoniales que sufre el trabajador con motivo del despido injustificado se cubren a través de los artículos 89, 90, 91, 96 y 97 del Código del Trabajo, por lo cual la reparación prevista en el artículo 82 no se refiere a daños económicos, sino que debe entenderse como la indemnización de un daño distinto al contemplado en los artículos antes citados, y debido a que la reparación contemplada deviene de la imputación de hechos que menoscaban la personalidad del trabajador se puede colegir válidamente que estamos en presencia del daño moral. MÉNDEZ apunta que a pesar que el resarcimiento previsto en el artículo 82 constituye una indemnización tarifada no puede desconocerse que a veces el agravio moral sufrido por el trabajador es mucho mayor a la reparación prevista y que mediante una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico laboral se llega a una solución justa, y es que si se reconoce la reparación del daño moral devenido de la imputación de una causal injusta de despido también corresponde hacerlo ante otros supuestos como el ejercicio abusivo del derecho, o el *mobbing*, entre otros casos, pues operar de otra manera implicaría admitir una discriminación irracional en el sistema legal y constitucional⁴⁰.

Conclusiones

La elaboración de este trabajo me ha permitido arribar a las siguientes conclusiones:

40. MÉNDEZ, Alma. Ob. cit. Págs. 161 a 163.

1. Existen varias posiciones con respecto a la procedencia de la reclamación del daño moral en la jurisdicción laboral. Una posición niega su procedencia alegando que las indemnizaciones laborales se hallan establecidas en forma tarifada. Otras posiciones admiten su procedencia solo cuando el daño supera las indemnizaciones tarifadas, otras cuando es contractual, otras solo si tiene naturaleza extracontractual, y otras incluso admiten su reparación independientemente de la naturaleza contractual o extracontractual del daño.

2. La realización de una interpretación sistemática y finalista de las disposiciones de la Constitución Nacional y del Código del Trabajo permite admitir la posibilidad de demandar la reparación del daño moral en la jurisdicción del trabajo.

3. La reparación del daño moral laboral requiere el menoscabo o perjuicio de derechos o intereses extrapatrimoniales del trabajador.

4. El menoscabo o perjuicio de los derechos o intereses extrapatrimoniales del trabajador debe darse en el ámbito de la relación laboral para que pueda ser procedente la reparación de los mismos, y es también por ese motivo que necesariamente se debe concluir que el daño moral laboral tiene una naturaleza contractual, pues si su naturaleza fuera extracontractual entonces su regulación, sanción y consecuente reparación caería en la órbita de otros fueros, como el penal y el civil.

Bibliografía

1. BUSTAMANTE, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad civil*. 9ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
2. MARTÍNEZ, Alberto. *Esbozo de las Obligaciones civiles*. Asunción: Editora Litocolor S.R.L, 2016.
3. MÉNDEZ, Alma. *Daño moral laboral*. En M. Santos. (Ed.) *Derecho Laboral Tomo I. Aportes doctrinarios*. Asunción: Corte Suprema del Paraguay, 2015. Págs. 145-176.

4. PARAGUAY. Constitución Nacional. Asunción: El Foro S.A., 2013.
5. PARAGUAY. *Código Laboral Paraguayo. Código Procesal Laboral. Disposiciones sobre el Régimen Jubilatorio del IPS. Negociación Colectiva – Función Pública. Modelos de escritos y liquidaciones*. Asunción: El Foro S.A., 2017.
6. PLANO, José. *La Constitución de la República del Paraguay. Con sus fundamentos Concordada y Reglamentada*. Asunción: Id Latindata, 2001. (Pág. 81).
7. RIANCHO, Claudio; PRIORE, Claudia (Co). *Boletín temático de Jurisprudencia. Daños resarcibles derivados del despido (Sumarios de jurisprudencia de la CSJN y CNAT)*. Buenos Aires: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, 2015. Recuperado de: <https://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00024/00083307.Pdf>
8. RÍOS, Bonifacio. *El daño moral. Doctrina y jurisprudencia*. Asunción: La ley paraguaya S.A., 2011.
9. RÍOS, Bonifacio. *Factores de atribución de la Responsabilidad civil. Los diversos daños. Doctrina. Jurisprudencia*. Primera edición. Asunción: La Ley Paraguaya S.A., 2015.

LA EVOLUCIÓN DE LA FIRMA EN EL DERECHO PARAGUAYO: NUEVOS PARADIGMAS EN MATERIA DE CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

*Karina Giménez Harika**

Palabras claves: Firma ológrafa. Firma electrónica. Firma Digital. Consentimiento. Consentimiento Digital. Medio de Identificación.

Introducción

El régimen de la firma en el Derecho paraguayo ha sufrido cambios paradigmáticos considerables. Basta tener en cuenta las disposiciones sobre el tema establecidas en el Código Civil de Vélez Sarsfield que data del año 1871, las disposiciones del Código Civil paraguayo que entró en vigencia en 1987 y finalmente las modernas disposicio-

* Docente investigadora: Karina Giménez Harika, Abogada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” (1994). Docente de la Cátedra de Derecho Informático de la Universidad Iberoamericana (Unibe). Secretaria General de la Unibe 2017. Colaboraron en la recolección de fuentes bibliográficas para la elaboración de la presente investigación científica, los siguientes alumnos del Segundo Curso, Cuarto Semestre 2018 de la Facultad de Derecho de la Universidad Iberoamericana: Tatiana Bauza, Laura Benitez, Francisco Cardozo, Felisa Cristaldo, Rosalia Cubilla, Aida Duarte, Hady Duarte, Víctor Feliuz, Leticia Dahiana Ortellado, Emiliano Patiño, María Guadalupe Riveros y Kevin Selaez.

nes contenidas en la Ley N° 4.017/2010 “De validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico”; en la Ley N° 4.610/2012 “Que modifica y amplía la Ley N° 4.017/10, De validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico”; en el Decreto N° 7.369/2011 “Por el cual se aprueba el reglamento general de la Ley N° 4.017/2010, De validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico”; en la Ley N° 4.868/2013 “De Comercio Electrónico” y su correspondiente decreto reglamentario, el Decreto N° 1.165/2014 “Por el cual se aprueba el reglamento de la Ley N° 4.868 del 26 de febrero de 2013, De Comercio Electrónico”.

El principal cambio de paradigma se da con el énfasis en la identificación del firmante, pues se ha pasado de un régimen jurídico donde la firma representaba la manifestación de voluntad de una parte aunque no propiamente una identificación de la misma –de allí que la firma le sea atribuida como un rasgo de su personalidad y que la misma deba ser reconocida¹– a un régimen jurídico donde la firma representa en sí misma la identificación de la parte.

Dentro del esquema representado por la firma ológrafa, tenemos casos en donde la parte realiza un grafo manuscrito al cual le atribuye la calidad de firma, casos en los cuales la parte escribe su nombre y considera que esa es su firma, y casos en los cuales la parte también simplemente escribe su nombre, pero el ornamento dado a las letras utilizadas en la escritura del nombre dan a entender que en realidad está firmando. La necesidad de escribir la aclaración de la firma nos indica la distinción entre el puro acto de firmar como manifestación de la voluntad y la identificación del que manifiesta esa voluntad como

1. Artículos 404 y 405 del Código Civil, artículos 309 y 445 del Código Procesal Civil.

parte. El propio Código Civil en su normativa nos indica que la firma en los instrumentos privados es indispensable para su validez y que no está permitido sustituirla por signos, ni por las iniciales de los nombres o apellidos (artículo 399). Asimismo, el artículo 405 dispone que “ninguna persona que hubiere suscrito con iniciales o signos un instrumento privado podrá ser obligada a reconocerlos como su firma, podrá, empero, reconocerlos voluntariamente, y en tal caso, las iniciales o signos valdrán como su verdadera firma”.

Por otra parte, en las definiciones de firma electrónica y firma digital establecidas en la Ley N° 4.017/2010, aparecen dichas firmas como un medio de identificación del signatario (artículo 2°). Este énfasis en la identificación del signatario llega a un nivel de abstracción tal, que la propia persona jurídica cuenta con su propia firma², la cual es independiente a la firma del representante de dicha persona jurídica. Esto se contrapone al tradicional sistema de la firma ológrafa, donde el representante de la persona jurídica utiliza su misma firma ológrafa tanto para manifestar su propia voluntad en los actos jurídicos por él celebrados, como para manifestar la voluntad de la persona jurídica a la cual él representa en los actos jurídicos celebrados por la persona jurídica.

En este contexto se analizará la evolución de la firma en el sistema jurídico paraguayo tomando en cuenta el cambio de paradigma con respecto a lo que es la firma y de esa manera presentar la evolución de la misma a lo largo del tiempo. Este cambio de paradigma no se produjo evidentemente en forma aislada, sino como consecuencia del cambio de paradigma en la forma de contratar, pues la firma electrónica es la consecuencia de la contratación electrónica.

2. Artículo 2° de la Ley N° 4.017/2010: “(...) Firmante, suscriptor o signatario: es toda persona física o jurídica titular de la firma electrónica o digital. Cuando el titular sea una persona jurídica, ésta es responsable de determinar las personas físicas a quienes se autorizarán a administrar los datos de creación de la firma electrónica o digital”.

I. La firma como declaración de la voluntad

El artículo 674 del Código Civil determina que el consentimiento en los contratos se manifiesta por medio de la oferta y de la aceptación. En el mismo se indica que el consentimiento “Se lo presume por el recibo voluntario de la cosa ofrecida o pedida; o porque quien haya de manifestar su aceptación hiciere lo que en caso contrario no hubiere hecho, o dejare de hacer lo que habría hecho si su intención fuere la de rechazar la oferta”. El nivel de abstracción en la redacción del artículo 674 obedece al hecho de que la forma de los contratos puede ser no escrita, e inclusive ni siquiera verbal; pues antes que tener en cuenta las expresiones verbales o escritas de los contratantes, el Código Civil toma en consideración la conducta de los contratantes como medio de exteriorización de su voluntad de contratar.

Ahora bien, cuando el contrato tiene una forma determinada, por ejemplo, consta en un instrumento privado, la declaración de la voluntad no se determina a partir de la conducta de los contratantes, sino a partir de la firma que obra en el respectivo instrumento. En este sentido, la firma puesta al pie del instrumento constituye una declaración de voluntad, ya sea de oferta o de aceptación, a los efectos de la manifestación del consentimiento.

Como el trazado de grafía manuscrita que una parte realice en tanto acción de firmar puede ser ilegible, la mayoría de las veces figura en forma impresa o manuscrita el nombre de la parte signataria, de manera a poder identificar a esa firma con esa persona a través de la correspondiente aclaración de firma³. Aquí es donde entran a regir las disposiciones de los artículos 399, 404 y 405 del Código Civil.

3. Firma: “es el trazado gráfico, conteniendo habitualmente el nombre, apellido y rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos para darle autoría y obligarse con lo que en ellos se dice”. Ver COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1983.

No existen dudas, en este caso, en lo que respecta a la declaración de voluntad realizada, pues la firma figura al pie del instrumento donde consta la voluntad declarada. La firma, en este sentido, constituye la manera a través de la cual cada parte exterioriza su voluntad; o hablando en términos contractuales, lleva a cabo su oferta o aceptación en tanto manifestación del consentimiento, el cual constituye uno de los requisitos esenciales del contrato⁴. El otro requisito esencial del contrato que siempre está presente cuando nos referimos a la firma, es la forma; la cual necesariamente está presente a través de un instrumento público o privado, pues en los contratos verbales o en aquellos en donde basta la observación de la mera conducta de las partes para determinar la voluntad de contratar no puede haber firma, puesto que no existe instrumento alguno que deba ser firmado.

La duda que puede surgir a partir de la firma de un instrumento privado es si el firmante es quien dice ser, es decir, si la persona que firma se identifica con la persona que figura en el contrato como contratante. A nivel probatorio, es necesario pues, que la parte a quien se atribuye una firma proceda al reconocimiento de la misma, de manera que el reconocimiento de la firma importa a su vez el del cuerpo del instrumento (artículo 404).

La firma ológrafa se caracteriza pues, por ser en alguna medida una extensión de la personalidad del firmante, pues su autenticidad, en caso que la misma no sea reconocida, solamente puede llevarse a cabo por medio de una pericia caligráfica al realizar el cotejo con una firma reputada indubitable⁵. En este contexto, la firma ológrafa al

-
4. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "Impresión digital, firma y firma a ruego", *Jurisprudencia Argentina*, Doctrina, 1972, p. 811.
 5. BARRETO ZUÑIGA, Lizbeth Angélica. "Evolución de la firma autógrafa a la firma electrónica avanzada", *Revista Digital Universitaria*, México D.F., Volumen 12, N° 3, 2011, ISSN: 1067-6079, p. 4.

constar en un instrumento constituye la declaración de voluntad del firmante de aceptar lo que en ese instrumento figura, razón por la cual dispone el artículo 404 del Código Civil que el reconocimiento de la firma importa el del cuerpo del instrumento. En tal sentido, no existen dudas con respecto a que una declaración de voluntad fue llevada a cabo, aunque sí podría dudarse de la identidad del que llevó a cabo dicha declaración de voluntad o inclusive, el propio signatario podría luego negar que haya firmado el instrumento.

Las consideraciones precedentes con respecto a la firma ológrafa también comprenden a los casos en los cuales hay una declaración de la voluntad fuera del ámbito de celebración del contrato; como por ejemplo, la promesa unilateral en su variante de promesa de pago (pagaré); o bien, la orden de pago dirigida al banco cuando se emite un cheque, así como el libramiento de un recibo de pago que debe hacer el acreedor (artículo 572).

II. La firma como medio de identificación del contratante

Mientras que la firma ológrafa se caracteriza por la certeza en la declaración de la voluntad, pues la firma figura en el propio instrumento cuyo contenido se reconoce; la firma electrónica y la firma digital enfatizan la identidad del contratante y generalmente están separadas del documento donde consta la voluntad que ha sido declarada⁶.

Este énfasis en la identificación de la parte contratante tiene lugar a raíz de un fenómeno nuevo, a saber, el aspecto telemático de la

6. Tales son los casos de la firma con lápiz óptico en pizarra digital, el PIN (*Personal Identification Number*) de los cajeros automáticos, el lector biométrico (manos, ojos, huellas digitales y voz), etc. Sobre el punto, ver VIEGA RODRÍGUEZ, María José y RODRÍGUEZ ACOSTA, Beatriz. *Documento Electrónico y Firma Digital. Cuestiones de Seguridad en las Nuevas Formas Documentales*, <http://mjv.viegasociados.com/wp-content/uploads/2012/07/Libro.pdf>.

contratación⁷. En un mundo en donde contratamos con personas que no conocemos personalmente, pues la relación personal fue reemplazada por la comunicación a través de la computadora y de internet, donde el ciberespacio reemplazó al mercado local, donde los productos son ofrecidos a través de imágenes en una página *web* antes que exhibidos en una góndola o *showroom*, son completamente irrelevantes los rasgos que pueda tener una firma en tanto trazado gráfico, pues a pesar de que la misma figure en una hoja de papel, persiste la incertidumbre con respecto a la identidad de la parte contratante⁸ e inclusive, los medios de contratación electrónica no admiten generalmente el formato papel sino que se realizan en un entorno digital donde no es posible realizar una grafía manuscrita⁹.

Por esta razón, autores como Cámara Largo ponen en duda el carácter de “firma” de la denominada firma electrónica, al compararla con la tradicional firma ológrafa: “Contrariamente a la firma autógrafa, la firma electrónica es una institución creada exclusivamente por un acto legislativo, cuyo valor y formas se definen de forma estricta en sus normas reguladoras. Conceptualmente, cabe incluso dudar de su naturaleza de ‘firma’, dado que solo se asemeja a ella en cuanto a algunos de sus efectos jurídicos, pero no en sus elementos definitorios”¹⁰. Por su lado, López Jiménez nos indica que la expresión “firma electrónica” no es más que una metáfora para atribuir a un procedimiento electrónico la carga semántica y la tradición legal concreta que

7. PAZ, Santiago y VIEGA, María José. “La firma electrónica desde la óptica de la Ley N° 18600 – Aspectos jurídicos y tecnológicos”, *Revista Transformación*, Año 6 – N° 47, 2011, p. 76.

8. *Ibid.*, p. 77.

9. A menos que se trate de una firma en pizarra digital. Sobre el punto, ver CÁMARA LARGO, Antonio Octavio. “La firma de contratos en pizarra digital como firma manuscrita”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N° 34, 2013, pp. 89-92.

10. *Ibid.*, p. 90.

dicho término conlleva, ya que en realidad es más apropiado utilizar la denominación de sello electrónico¹¹. En efecto, el propio artículo 2° de la Ley N° 4.017/2010 define a la firma electrónica como “el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación...”. Con ello vemos que el énfasis de la firma electrónica está en la identificación del contratante, sirviendo la “firma” en primer lugar para identificar al contratante y simultáneamente en forma casi subsidiaria, como un modo de manifestar la voluntad. A la par que uno se identifica está manifestando su voluntad, esa es la novedad en la firma electrónica a diferencia de la firma ológrafa donde el consentimiento no se manifiesta por medios telemáticos.

En este punto habría que considerar las distintas variantes en forma individual. Por ejemplo, cuando uno tiene acceso a través del *login* escribiendo su usuario y luego introduciendo su clave de acceso, en realidad se está identificando para acceder a un sistema electrónico online. En tal sentido, no podemos afirmar que está manifestando su voluntad, aunque sí se está identificando. Una vez dentro del sistema, el usuario podría ir realizando otros actos que sí constituyen manifestación de la voluntad aunque no propiamente implican el acto de firmar, como por ejemplo, cuando marcamos “OK” o “aceptar” en sucesivas ventanas que van surgiendo a medida que realizamos una transacción por medios electrónicos¹². En otras ocasiones, el usuario simplemente accede al sistema electrónico online luego de identificar-

-
11. LÓPEZ JIMÉNEZ, David. “La autorregulación de la firma digital: Las declaraciones de prácticas y las políticas de certificación”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, s/f, p. 280.
 12. Tal es el caso de la aceptación inequívoca en los denominados “*contratos click*”. Ver BARRAL VIÑALS, Immaculada. “Los contratos electrónicos en masa mediante Tecnología web’: opciones básicas en su regulación”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 20:3, p. 481.

se como tal (*login*) y seguidamente no realiza ninguna transacción, como por ejemplo, cuando se accede a la cuenta bancaria por medio del *internet banking* al solo efecto de verificar el estado de cuenta.

Los grados de seguridad de la firma, en tanto medio de identificación y de manifestación de la voluntad, varían de acuerdo con la Ley N° 4.017/2010, la cual distingue entre la firma electrónica y la firma digital. En la firma digital estamos ante lo que es la firma electrónica definida en párrafos precedentes, pero con el agregado de que dicha firma electrónica está certificada por un prestador acreditado. Así, la firma digital “es una firma electrónica certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría” (artículo 2° de la Ley N° 4.017/2010).

III. La contratación por medios electrónicos

La firma, entendida como medio de exteriorización de la voluntad, no evolucionó de su carácter ológrafo a su carácter electrónico en forma independiente a la evolución de las formas de contratación. Antes bien, la aparición de la firma electrónica y su variante de mayor seguridad, la firma digital, es la respuesta a la profunda necesidad de atender el fenómeno cada vez más creciente de la contratación por medios electrónicos.

En este contexto, parece más apropiado, siguiendo las consideraciones realizadas por Monge Dobles¹³ sobre el punto, referirnos a un

13. MONGE DOBLES, Ignacio. “Consentimiento electrónico y la regla de *interpretatio contra stipulatorem*”, *Revista Judicial*, Costa Rica, N° 108, 2013, pp. 11-12.

“consentimiento digital” antes que a una firma electrónica o digital, atendiendo a que dicho concepto parece adecuarse con mayor precisión a los delineamientos de lo que se entiende por consentimiento en el artículo 674 del Código Civil, que a lo que se entiende por “firma” en el mismo cuerpo legal.

La forma de contratar forzó a que se cambie la forma de manifestar el consentimiento. Cuando esta forma de contratar es electrónica, no es posible manifestar el consentimiento por medio de la firma ológrafa, a lo cual debemos agregar que el simple acto de reemplazar el atributo o calificación de ológrafa a la firma por los de “electrónica” o “digital”, no implicó modificar el tipo de firma, sino la forma de manifestar el consentimiento. Esa forma de manifestar el consentimiento no es “firmando” algo, en el sentido de realizar un trazado gráfico, sino de “hacer lo que en caso contrario no se hubiere hecho, o se dejare de hacer lo que se habría hecho si la intención fuere la de rechazar la oferta”¹⁴. Pues bien, ese hacer lo constituye la mera utilización de la denominada firma electrónica, o digital, en su caso, que a veces sirve únicamente para identificarse y no precisamente para manifestar la voluntad, como es el caso mencionado precedentemente del uso del *internet banking* al solo efecto de verificar el estado de cuenta; pues si se quiere realizar una transacción se requerirá de un segundo factor de autenticación (*Token*) o de una clave transaccional distinta a la clave de acceso. Otras veces, como sucede con los sistemas de compras *online*, el usuario accede a su cuenta previo *login*, pero luego necesita ir marcando “OK” o “aceptar” a las sucesivas ventanas que se van

14. En los contratos electrónicos la característica es que el consentimiento se presta de forma tácita y, a menudo, sin intervención humana, sino a través de dispositivos automáticos. Este tipo de contratos se denominan contratos “mediante tecnología web”, lo cual constituye la esencia de la contratación electrónica en masa. Ver BARRAL VIÑALS, Immaculada. *Op. cit.*, p. 465.

abriendo y que le van guiando durante el proceso de compra. Cada *click* en sí mismo constituye una manifestación de voluntad, inclusive cuando se hace *click* en “cancelar” en vez de “aceptar”, acción que es completamente independiente a la acción de identificarse que se lleva a cabo cuando se accede al sistema previo *login*.

Es en este contexto que los medios electrónicos de contratación dieron lugar a la formación de los denominados principios generales de la contratación electrónica. Si bien el Código Civil reconoce la autonomía de la voluntad a las partes contratantes, tal como lo encontramos en las disposiciones del artículo 669¹⁵, la forma electrónica de contratación introdujo variantes en la manera tradicional de contratar, lo cual nos lleva a la consagración de los denominados principios generales de la contratación electrónica, algunos de los cuales no existen en los modos tradicionales de contratación.

Así, tenemos que en lo que respecta al principio de la autonomía de la voluntad, la exteriorización de la voluntad realizada por medios electrónicos requiere de un alto grado de seguridad. De allí que aparezcan normas jurídicas que busquen dar certeza de los actos realizados por las partes contratantes, como es el caso de la certificación de la firma electrónica por parte de un prestador acreditado, lo cual da lugar a la definición de lo que es la firma digital. En el caso de la firma digital, se busca con ella un mayor grado de seguridad en la contratación al permitir, por ejemplo, la detección posterior de cualquier modificación que pueda producirse en los datos transmitidos. De esta manera, la exteriorización de la voluntad por medios electrónicos es equiparada a la manifestación de la voluntad por medio de la firma ológra-

15. El artículo 669 establece como límites de la autonomía contractual a las normas imperativas de la ley, a las disposiciones del Título I del Código Civil referente a la Parte General de los Contratos y a las disposiciones relativas a los actos jurídicos. Dentro de ese perímetro las partes pueden celebrar libremente el contrato.

fa o inclusive de la declaración verbal. Lo mismo ocurre con el principio de la equivalencia funcional, en virtud del cual se equipara de manera funcional y jurídica la utilización de documentos, contratos, pruebas, actos y firmas digitales al uso de documentos, contratos, pruebas, actos y firmas manuscritas o en papel¹⁶.

El principio de neutralidad tecnológica, que está contemplado en la Ley N° 4.017/2010 de la firma electrónica y la firma digital, en vez de la Ley N° 4868/2013 “De Comercio Electrónico”, se refiere a que la regulación de los medios electrónicos de contratación no deben circunscribirse a una tecnología concreta, sino más bien abarcar cualquier tipo o forma de tecnología que pueda existir en el futuro y no legislar por cada nueva tecnología que pueda ir surgiendo en el futuro¹⁷.

Así, vemos que la firma electrónica (y la digital, en su caso) antes que tipos de firma constituyen más bien formas de consentimiento digital. En realidad la distinción no debería hacerse entre la firma ológrafa y las firmas electrónica y digital; sino entre el consentimiento y el consentimiento digital, pues la forma como éste se manifiesta no es a través de una firma, sino a través de una acto realizado por el contratante, acto que primariamente constituye un modo de identificación, y subsidiariamente, puede o no constituir un modo de declaración de una voluntad.

Conclusiones

La firma electrónica y la firma digital no constituyen en sí mismos un tipo de firma que coexista junto con la firma ológrafa. Antes bien, constituyen un medio de identificación de las partes. Esta fun-

16. MONGE DOBLES, Ignacio. *Op. Cit.*, p. 15.

17. MONGE DOBLES, Ignacio. *Ibíd.*, p. 16.

ción identificatoria puede a su vez constituir una manifestación de la voluntad en tanto exteriorización del consentimiento como en el caso del lector biométrico (manos, ojos, huellas digitales o voz), o bien agotar su función en la mera identificación del usuario, por ejemplo permitiendo que éste tenga acceso a un sistema *online* o plataforma por medio de su usuario y su clave de acceso, donde luego podrá –según sea el caso– volver a introducir un segundo factor de autenticación a través de un *token* de una clave transaccional, por medio del cual sí estará declarando una voluntad y no meramente identificándose, tal como ocurre con el denominado *internet banking*.

En este orden de ideas la firma electrónica y la firma digital constituyen una nueva forma de manifestar el consentimiento, el consentimiento digital. Esta nueva forma de manifestar el consentimiento no es “firmando” algo, en el sentido de realizar un trazado gráfico, sino de “hacer lo que en caso contrario no se hubiere hecho, o se dejare de hacer lo que se habría hecho si la intención fuere la de rechazar la oferta” en los términos del artículo 674 del Código Civil.

Referencias bibliográficas

- BARRAL VIÑALS, Immaculada. “Los contratos electrónicos en masa mediante ‘tecnología web’: opciones básicas en su regulación”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 20:3, pp. 459-486.
- BARRETO ZUÑIGA, Lizbeth Angélica. “Evolución de la firma autógrafa a la firma electrónica avanzada”, *Revista Digital Universitaria*, México D.F., Volumen 12, N° 3, 2011, ISSN: 1067-6079, pp.1-9.
- CÁMARA LARGO, Antonio Octavio. “La firma de contratos en pizarra digital como firma manuscrita”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N° 34, 2013, pp. 89-92.

- COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1983.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David. “La autorregulación de la firma digital: Las declaraciones de prácticas y las políticas de certificación”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, s/f, pp. 271-301.
- MONGE DOBLES, Ignacio. “Consentimiento electrónico y la regla de *interpretatio contra stipulatorem*”, *Revista Judicial*, Costa Rica, N° 108, 2013, pp. 11-22.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Impresión digital, firma y firma a ruego”, *Jurisprudencia Argentina*, Doctrina, 1972, p. 811 y sgtes.
- PAZ, Santiago y VIEGA, María José. “La firma electrónica desde la óptica de la Ley N° 18.600 – Aspectos jurídicos y tecnológicos”, *Revista Transformación*, Año 6 – N° 47, 2011, pp. 76-86.
- SASSOT BETES, Miguel A. *Código Civil Argentino. Anotado y Concordado con la Jurisprudencia*, Buenos Aires, Economía Argentina, 1932.
- VIEGARODRÍGUEZ, María José y RODRÍGUEZACOSTA, Beatriz. *Documento Electrónico y Firma Digital. Cuestiones de Seguridad en las Nuevas Formas Documentales*, <http://mjv.viegasociados.com/wp-content/uploads/2012/07/Libro.pdf>.
- CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO, Asunción, Corte Suprema de Justicia, 1987.
- LEY N° 4.017/2010 “De validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico”, Asunción, Gaceta Oficial, Gaceta N° 252, 2010.
- LEY N° 4.610/2012 “Que modifica y amplía la Ley N° 4017/10 ‘De validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico’ ”, Asunción, Gaceta Oficial, Gaceta N° 89, 2012.

**LA LEGÍTIMA DEFENSA.
LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA**

Juan Carlos Valenzuela Giménez¹

Palabras clave: Agresión, Antijurídica, Actual, Necesaria, Racional, Proporcional, Bien Jurídico, Peligro Inminente, Típica, Intención de defensa.

La legislación, doctrina y jurisprudencia

El Prof. Dr. Nelson R. Pessoa² en su obra “Legítima defensa en el Código Penal del Paraguay” refiere cuanto sigue: El Código Penal, en el Art. 19 dispone: *“Legítima defensa. No obra antijurídicamente quien*

-
1. Abogado, promoción 1977, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Notario y Escribano Público – Promoción 1.978. Egresado Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Magister en Ciencias Penales 6-V-2014. Egresado del Post Grado Derecho U.N.A, con título de Magister expedido por el Rectorado de la U.N.A. Especialización en Didáctica Universitaria. Egresado del Post Grado Derecho U.N.A, con promedio general: 4,5. Magistrado Judicial. Juez de Primera Instancia en lo Criminal de Concepción y luego Juez de Primera Instancia en lo Criminal de la Capital. Fiscal del Crimen del Primer Turno de la Capital. En el Ejercicio de la profesión desde 1989. Actualmente, Defensor Público Penal de la Capital, desde el 15 de agosto de 2017. Doctorando en Ciencias Jurídicas en la Universidad Iberoamericana.
 2. PESSOA, NELSON R. *Legítima Defensa en el Código Penal del Paraguay*. 2ª edición. Mave. Buenos Aires, Argentina. 2000.

*realizara una conducta descrita en el tipo legal de un hecho punible, cuando ella fuera necesaria y racional para rechazar o desviar una agresión, presente y antijurídica, a un bien jurídico propio o ajeno*³. Recordemos también que la Constitución Nacional en su Art. 15, después de establecer la prohibición de hacer justicia por sí mismo ni reclamar derechos con violencia, establece que **“se garantiza la legítima defensa”**⁴.

Naturaleza jurídica

Si bien es cierto que en el pasado fue tema de discusión la naturaleza jurídica de la legítima defensa, hoy se puede afirmar, y es opinión prácticamente unánime, que este instituto es una causa de justificación o de legitimación de la conducta típica. Lo que es tema de discusión en la doctrina penal es lo referido a los argumentos o razones materiales que dan fundamento a la licitud del acto defensivo⁵.

El nuevo Código Penal paraguayo se inscribe en esta línea y claramente establece en su Art. 19, que quien obra en legítima defensa “no obra antijurídicamente”.

Significa entonces, conforme al esquema del hecho punible trazado por el texto legal, que quien obra conforme a lo dispuesto por el citado Art. 19, realiza un acto típico, que no es antijurídico, en razón de esta causa de justificación.

Afirmar que un instituto, en este caso la legítima defensa, consagrado por el Art. 19 del Código Penal, es una causa de justificación,

-
3. GARCETE PIRIS, UBALDO M. *Normas Penales Fundamentales*. Lexijuris. Asunción, Paraguay, 2017.
 4. SISULALVARIZA, RAMIRO A. *Constitución de la República del Paraguay*. Editora Intercontinental. 2001. Asunción, Paraguay.
 5. LUZÓN PEÑA, DIEGO M. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978.

tiene consecuencias, no solo en el campo penal, sino también en otros ámbitos, como ser, por ejemplo, en el campo del Derecho Civil⁶.

En materia penal, refiere el Prof. Pessoa⁷, pueden señalarse estas importantes consecuencias:

a) Como el acto es justificado, no existe injusto (Art. 14, inc. 1º,4), y al no existir injusto quien eventualmente colabora con el autor de ese acto no actúa antijurídicamente. Imaginemos la situación de quien ayuda al agredido a defenderse, por ejemplo, entregándole un arma con la que repele la agresión. En otras palabras, si no hay un injusto realizado por el autor (en nuestro ejemplo, el agredido que al defenderse lesionó o mató al agresor) no es posible la participación bajo la forma de instigador o cómplice. Tanto el instigador como el cómplice inducen o ayudan al autor a realizar un hecho antijurídico doloso. Al respecto, son de fundamental importancia los Arts. 30 y 31⁸.

b) En caso de que un **inimputable**, sea por razones de trastorno mental (Art. 23) o por edad, realice un acto en legítima defensa, por ejemplo, un acto homicida (Art. 105), o un acto lesivo (Arts. 111 y 112), no podrá imponérsele medidas de seguridad, pues es condición para ello que el inimputable realice un acto antijurídico conforme lo disponen –acertadamente– los Arts. 73, 74 inc. 1º y concordantes. En otras palabras, el inimputable que obra en legítima defensa **no** es penalmente responsable, es decir, no hay delito, por **ausencia de antijuridicidad del acto** –Art.14, inc. 1º, 4– y no por simple inculpabilidad del autor. Esto es fundamental, no solo en función de las cuestiones penales apuntadas, sino en razón de las consecuencias civiles a que hacemos mención en el punto siguiente.

6. CEREZO MIR, JOSÉ. *Curso de Derecho Penal "Parte General"*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1994, pág. 497

7. PESSOA, NELSON R. Op. cit. Pág 16.

8. WESSELS, JOHANNES. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.F. MÜLLER JURISTISCHER VERLAG, HEIDELBERG, 1985, pág. 85.

c) Desde el punto de vista de las consecuencias civiles que trae consigo el acto visto en términos de legítima defensa, corresponde decir que, como lógico efecto de la justificación del mismo por parte del orden jurídico, el agresor ilegítimo –o sus herederos– no tendrá derecho a pretender reparaciones civiles emergentes de las consecuencias que surgen a causa del acto defensivo.

Principios fundantes de la legítima defensa

a) El criterio “individual” privilegia la situación particular del ofendido, su derecho a conservar el bien jurídico.

b) El criterio de lo “colectivo” privilegia el orden jurídico, la conservación del derecho como hecho general o colectivo⁹.

Estructura de la legítima defensa

Conforme a conceptos de la moderna doctrina penal, habremos de analizar el instituto de la legítima defensa, distinguiendo un tipo objetivo y un tipo subjetivo.

I. EL TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo se puede descomponer, a su vez, en dos partes:

a) Una primera referida al presupuesto de esta causa de justificación, que es la “agresión antijurídica”

b) La segunda, se refiere al “acto defensivo”, se trata de las condiciones que de poseer el mismo para estar legitimado.

9. LUZÓN PEÑA, DIEGO M. Op. cit. Pág. 17 y ss.; MAURACH, REIHART y ZIPF, HEINZ. *Derecho Penal “Parte General”*. Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 437.

Seguidamente pasamos a estudiar cada uno de estos elementos del permiso consagrado por el Art. 19 de la ley penal.

A) Agresión Antijurídica.

1. Concepto: Como primera tarea y de fundamental importancia es necesario delimitar el concepto de “agresión antijurídica”¹⁰.

2. Agresión: Es conducta **humana**, es el hacer u omitir final del hombre¹¹.

3. Afectación de un bien jurídico: Para que una conducta humana revista la calidad de agresión, en función del permiso que nos ocupa, es decir, como presupuesto del acto defensivo lícito, es necesario que la misma afecte un bien jurídico. Roxin¹² define al bien jurídico diciendo: “bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”.

4. Antijuridicidad de la agresión: La agresión, como hemos visto, es una conducta humana que afecta a un bien jurídico. Esto último – que afecta a un bien jurídico- es la razón de ser de la causa de justificación que tratamos; pero, para que sea posible que opere el permiso, es necesario que la afectación del bien jurídico sea ilegítima. En otras palabras, la agresión debe ser antijurídica.

5. Actualidad de la agresión: Para que pueda ejercerse el derecho de legítima defensa, es necesario que la agresión antijurídica sea “ac-

10. JAKOBS, GÜNTER. *Derecho Penal Parte General*. Madrid, 1995. Pág. 463 y ss.

11. JESCHECK, HANS H. *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 462.

12. ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal Parte General*. Civitas. Madrid. 1997. Págs. 608 y ss.

tual¹³. Este requisito del acto defensivo está expresamente consagrado por la ley penal, cuando habla de agresión “presente”.

“Actual” quiere decir que la agresión antijurídica crea un peligro inminente de lesión o que la lesión del bien jurídico ya se haya causado sin haber concluido.

Hay peligro inminente cuando la lesión aún no se produjo pero es de inmediata producción.

B) El Acto Defensivo.

El acto de defensa, para ser legítimo debe reunir ciertas **exigencias** impuestas por el orden jurídico y que son las siguientes:

- a) Que el acto sea una conducta típica;
- b) Que el acto defensivo sea necesario y racional;
- c) Que el acto sea realizado con intención de defensa.

Seguidamente pasamos a considerar tales requisitos:

a) Conducta típica: Lo enuncia en forma expresa el Art. 19 del C.P. cuando dispone que no obra en forma antijurídica “quien realizara una conducta descrita en el tipo legal de un hecho punible”

b) Necesidad racional del medio empleado: para que la conducta defensiva sea legítima, se requiere, conforme expreso mandato de la ley penal que la misma sea “necesaria y racional”.

En este punto el texto legal paraguayo se ha apartado de su fuente, es decir, del texto alemán, y creemos que ha sido un acierto. En este punto, el texto legal vigente es similar a la ley argentina (Art. 34, inciso 6º, b) y española (Art. 20, inciso 4º, 2º). Desde nuestro punto de vista, la expresión legal “necesidad racional” tiende a generar un concepto que es una síntesis de los conceptos de “necesidad” y de “racionalidad”.

13. CASAÑAS LEVI, JOSÉ, GOROSTIAGA BOGGINO, GUSTAVO y VERA, HELIO. *Lecciones Preliminares de Derecho Penal*. Asunción, Paraguay. 1999. Pág 150.

En primer lugar debe decirse que la “necesidad racional” es la cualidad que debe tener la “conducta”, entendida esta como el medio para rechazar o desviar una agresión.

¿Qué significa Necesidad?

Una conducta es necesaria cuando es el único camino eficaz para neutralizar la agresión antijurídica.

¿Qué significa Racionalidad?

Una conducta puede ser necesaria, pero puede no ser “racional”. Racionalidad significa proporcionalidad. ¿Proporcionalidad con respecto a qué cosa? Proporcionalidad entre el mal evitado o salvado por el acto defensivo y el mal causado por dicho acto.

c) Lesión de bienes del agresor: Otro requisito que debe reunir el acto defensivo para ser legitimado es que el mismo debe afectar bienes del agresor.

d) La agresión provocada por el agredido: El Art. 19 del C.P. establece como requisito del permiso “la falta de provocación suficiente de parte del que se defiende”.

II. EL TIPO SUBJETIVO

A) Estructura del tipo subjetivo de la legítima defensa: Es necesario que se configuren ciertos elementos o datos subjetivos en el autor.

B) Situaciones de error: 1) Error sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa (legítima defensa putativa). Ejemplo: Una persona “A”, ante la broma que le hace un amigo “B”, “A” simula un robo para asustar a “B”, y este (B) cree que se trata realmente de un robo y ejerce un acto defensivo y lesiona o mata a “A”. Esto es lo que se denomina en doctrina “legítima defensa putativa”¹⁴.

14. MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal Parte General*. 4ª Edición. Barcelona. 1996. Págs. 425 y ss.

En realidad, es correcto lo señalado por Hans Welzel¹⁵, en el sentido de que hay dos tipos de situaciones o formas posibles de error: a) La creencia equivocada de la existencia de agresión, el caso pertenece a esta modalidad, pues como se habrá advertido hay un error sobre los presupuestos de la legítima defensa, “B” cree que hay una agresión antijurídica (el robo), reacciona y lesiona o mata a “A”, y la existencia equivocada de la antijuridicidad de la agresión; b) La segunda modalidad es la creencia equivocada sobre la antijuridicidad de la agresión. Un ejemplo de Welzel nos muestra esta modalidad de defensa putativa: “A” quiere sustraer la motocicleta de “B”, ya que es el único medio para llevar rápidamente al médico a su hijo gravemente enfermo; “B” lo sabe, pero se lo impide a la fuerza, por creer que ni bajo esta circunstancia está autorizado un tercero para perturbar su propiedad.

Nociones sobre la legítima defensa

Para poder comprender a cabalidad lo que es la legítima defensa tenemos que realizar un profundo estudio de lo que esto implica, ello se puede empezar a lograr haciendo un análisis de las palabras que componen el nombre de esta causa de justificación tan importante, empezamos por la palabra LEGÍTIMA, de ahí extraemos que la conducta a ser desplegada debe necesariamente subsumirse a lo permitido en la legislación y la doctrina, consecuentemente comprendemos que la **legitimación** debe darse dentro de los límites de lo estipulado en la legislación vigente. La otra palabra que conforma este análisis es DEFENSA resulta bastante evidente que para cerrar el concepto en conjunto se debe comprender que la conducta en cuestión además de tener una legitimación, debe consistir en un quebrantamiento de un

15. WELZEL, HANS. *Derecho Penal Alemán*. Jurídica de Chile. 1970. Pág. 129.

bien jurídico de otro, pero **siempre** en defensa de un bien jurídico propio o ajeno, dicho en otras palabras, solamente se computa como legítima defensa si la conducta se realiza con motivo de salvaguardar un bien jurídico equivalente pero propio o ajeno, pero dicho permiso legal reside justamente en el hecho de salvaguardar una cosa, persona o a sí mismo.

Al hacer un análisis de un hecho que se encuadra dentro de la materia penal, siempre se hace un estudio primario respecto a si se trata de una conducta humana de acción u omisión, luego, a si se trata de un hecho típico –si la conducta realizada por la persona contraría la norma, conformándose así la tipicidad objetiva, también si se obró con dolo o culpa, o sea la tipicidad subjetiva. Una vez conformados los elementos de la tipicidad, se pasa a la antijuridicidad del hecho, es en ese exacto momento cuando examinamos si el hecho es antijurídico, ya que no es suficiente saber que una conducta es típica, es necesario que también sea antijurídica.

La antijuridicidad es un elemento del hecho punible que se analiza dentro de la teoría del delito. En general, cuando un hecho atenta contra lo que el orden jurídico valora positivamente, se lo considera como antijurídico.

Si un hecho es antijurídico necesariamente debe ser típico, no existe hecho antijurídico que no sea típico, en otras palabras, solamente se puede analizar la antijuridicidad una vez confirmada la tipicidad. Debido a eso, el decir “hecho antijurídico” resulta suficiente para saber que existe una conducta descripta en la ley penal como prohibida.

El condicionante principal de la antijuridicidad es que la conducta sea típica; la segunda condición para confirmar la existencia de antijuridicidad es la falta de causa de justificación.

Una de las causas de justificación de carácter penal es la Legítima Defensa prevista en el Art. 19 del Código Penal vigente: “No obra

antijurídicamente quien realizara una conducta descripta en el tipo legal de un hecho punible, cuando ella fuera necesaria y racional para rechazar o desviar una agresión, presente y antijurídica, a un bien jurídico propio o ajeno”.

¿Qué es agresión?

1) La agresión es cualquier conducta humana, voluntaria dirigida a un fin, cuya consecuencia es el daño o la puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido. Puede tratarse de una acción (golpe de puño) o una omisión (no proveer alimentos a un niño que se tiene bajo cuidado).

2) La agresión tiene que ser obra de un ser humano: no se admite legítima defensa ante situaciones de peligro generadas por cosas inanimadas (vehículos en movimiento) o por animales (ataque no dirigido)¹⁶. En consecuencia, solo la agresión humana se adecua a lo dispuesto en el Art. 19.

3) La agresión debe ser **presente**: La presencia de la agresión se refiere al momento en el cual se desarrolla la agresión respecto de la correspondiente defensa¹⁷, es decir, en otras palabras es determinante el factor tiempo para concluir valorando una acción como agresiva en los términos del Art. 19. Ejemplo: En una agresión corporal con golpe de puño, ¿Cuándo se la considera presente? Una alternativa sería considerar la presencia de la agresión desde que el autor se prepara para dar el golpe, en este caso, la agresión comenzaría cuando se presenta el peligro para el bien jurídico amenazado hasta que termine la conducta e inmediatamente después. Una vez agotada la acción de “lanzar” el golpe por parte del agresor, la persecución para “devolver-

16. ZAFFARONI, RAÚL E. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Ediar, Buenos Aires. 1981. Págs. 596 y ss.

17. STRATENWERHT, GÜNTER. *Derecho Penal Parte General*. 2ª Edición, Edersa, Madrid, 1982. Pág. 141.

lo” ya no puede considerarse como aceptable a efectos de la legítima defensa, pues la agresión dejó de ser presente.

En los casos de agresión a la integridad física y a la propiedad como en los robos, no se encuentra unanimidad respecto del momento de conclusión de la agresión a efectos de justificar la legítima defensa.

Ejemplo: el “caballo loco” arranca la cadenilla a alguien y corre, ¿en qué momento deja de ser presente esta agresión?

Una alternativa es considerar la presencia mientras el autor tenga en su poder el objeto sustraído. Si sostenemos que la presencia de la agresión depende de la posesión del objeto, deberíamos aceptar que, cuando el autor está en su casa y guarda la cadenilla en el ropero, la agresión sigue siendo presente porque él la tiene en su poder, sin embargo, es difícil sostener que en esta fase la agresión sigue estando presente.

En consecuencia, no resulta claro si la persecución del autor inmediatamente después de haber cometido el hecho puede considerarse dentro del concepto temporal de agresión presente, lo cual admitiría la legítima defensa.

En una lesión corporal (Art. 111 del Código Penal), la agresión termina cuando el autor deja de atacar la salud de su víctima, de manera que no existan dudas respecto de su intención¹⁸ de interrumpir definitivamente su conducta típica. La presencia de la agresión depende, por tanto, del comportamiento del autor, no del comportamiento de quien se está defendiendo.

Lógicamente, la defensa no será punible aun cuando la agresión haya terminado, si es que la misma responde a los parámetros del exceso de la legítima defensa (Art. 24 C.P.) o del reproche reducido (Art. 23, 2 C.P.), pues de lo contrario, se produciría una doble victimización del titular del bien jurídico primariamente agredido.

18. CÓRDOBA RODA, JUAN. *Notas a la traducción del tratado de derecho penal de Reinhart Maurach*. Barcelona. 1962. Pág. 343.

4) La agresión debe ser antijurídica: La agresión originaria del conflicto debe ser también antijurídica. Es decir, no debe estar amparada por una causa de justificación, pues, de estarlo, no se darían los presupuestos objetivos de la legítima defensa: agresión presente y antijurídica. No es admisible invocar causas de justificación frente a conductas amparadas en una causa de justificación.

La legítima defensa está estructurada para proteger bienes jurídicos mediante la realización de conductas típicas.

¿Qué es la defensa?

La defensa es la conducta humana de quien pretende rechazar una agresión contra un bien propio o desviarla cuando se dirige a un tercero.

¿Cuáles son los elementos objetivos que deben componer la defensa?

Los elementos objetivos que deben componer la defensa son: Necesaria y Racional.

a) Necesaria: La defensa es necesaria cuando quien se defiende:

a.1) No tenía la posibilidad de acudir a otro medio; y

a.2) Tampoco dispone de la posibilidad de recurrir al auxilio de la autoridad pública. Es necesario recordar aquí que, como regla, **es el Estado quien debe garantizar la protección de los bienes jurídicos, y sólo cuando el Estado no puede hacerlo, los particulares están autorizados.**

Del principio señalado anteriormente, se deduce que la víctima debe utilizar el “medio menos gravoso” para contrarrestar la agresión.

Es oportuno recordar que la legítima defensa como causa de justificación es un permiso que el orden jurídico otorga a alguien para proteger un bien jurídico, pero de manera **racional**.

b) Racional: La defensa es racional cuando guarda proporción en su intensidad con la agresión. No se trata de la proporcionalidad de los medios empleados para la agresión y la defensa. Se tienen en

cuenta tanto el medio empleado como también la posibilidad que tiene el agredido de utilizar otros medios (necesariedad). Igualmente se considera el bien jurídico que se quiere proteger frente al que se daña.

Si la defensa no es necesaria, no se analiza la racionalidad, pues ambos elementos deben estar presentes.

La legítima defensa es admitida frente a la agresión de cualquier bien jurídico propio o de un tercero, es decir, puede obrarse en defensa de un tercero que es agredido, lo que se conoce como legítima defensa de terceros.

Elementos de la legítima defensa

En síntesis, los elementos de la legítima defensa son: a) agresión presente y antijurídica; y b) la defensa necesaria y racional.

Únicamente, si se cumplen todos estos requisitos se puede alegar legítima defensa como causa de justificación, lo que **inhibiría la antijuridicidad** de la conducta y, consecuentemente, **la sanción**.

Análisis de procedencia o no de la legítima defensa

a) Situación de emergencia ante la agresión presente y antijurídica. ¿Agredió una persona algún bien jurídico en forma antijurídica y era esta agresión presente, al tiempo de la defensa?

b) Necesariedad de la defensa: Se trata de una pregunta de hecho objetiva, que debe ser realizada desde el punto de vista del agredido y de la siguiente manera: ¿Qué debo hacer para detener la agresión de forma segura y sin riesgo? De existir varios medios a elegir, la regla es que **debe optarse por el menos gravoso**. Dicha regla es aplicable siempre y cuando el medio menos gravoso sea **igual de efectivo** que el más gravoso. Ahora bien, en caso de que el autor se decida por el más grave existiendo otro más leve, la situación deja de estar justificada por ausencia del elemento necesidad.

La posibilidad de recurrir a la autoridad (llamar a la policía) y evitar así la agresión descarta en todos los casos la necesidad de la defensa. La protección estatal precede a la protección privada.

c) La proporcionalidad entre los **medios utilizados** para la agresión y los empleados para la defensa. No se refiere a la proporcionalidad entre el bien jurídico agredido y la defensa del bien jurídico lesionado. No se trata de comparar cuál de los bienes jurídicos es más valioso.

Ejemplo: Una persona que encuentra a un ladrón dentro de su casa, de noche, le dispara un tiro cuando aquel se le acerca armado con un arma blanca, y lo mata. La proporcionalidad a que nos referimos es la que existe entre la pistola del propietario y el puñal del ladrón y no la proporcionalidad que podría existir entre el bien jurídico vida (del ladrón) y el bien jurídico patrimonio (del propietario) y eventualmente la integridad física y hasta la vida. La pregunta es: ¿Tenía el propietario otros medios de defensa ante la agresión? En caso afirmativo: ¿Tenía posibilidad de optar por un medio menos gravoso? En caso de no existir otros medios, su conducta está justificada¹⁹.

d) Elemento subjetivo: ¿Actuó el sujeto en conocimiento de la situación de emergencia? Si faltó el conocimiento del autor respecto de la misma, el autor es punible por el hecho consumado.

Utilizando el mismo ejemplo anterior, si el propietario no reconoce al sujeto como un intruso ladrón. En realidad pensaba que era un vecino a quien él detestaba y aprovechó la oportunidad para matarlo. El vecino no tiene un cuchillo y solo entraba para dormir subrepticamente con la empleada doméstica del propietario.

En esta variante, el autor no es consciente de que está siendo agredido por un ladrón, por lo que no actúa en estado de legítima defensa.

19. CASAÑAS LEVI, JOSÉ. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editora Intercontinental. Asunción, Paraguay. 2009.

Doctrina

Según el maestro del Derecho Penal alemán Claus Roxin²⁰ este sostiene que el derecho a legítima defensa actualmente vigente se basa en dos principios: la **protección individual** y el **prevalecimiento del derecho**. En otras palabras, la justificación por legítima defensa supone que la acción típica debe ser necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual. En relación al derecho a defender a terceros solo se da en la medida en que el agredido quiera ser defendido; si no quiere, no precisa protección individual, por muy censurable que por lo demás pueda ser la conducta agresiva. Si el lesionado no quiere impedir la agresión pese a que tanto jurídica como materialmente podría tomar esa decisión, tampoco tendrá un tercero derecho a imponer su auxilio y defender al otro. Por último, contra una tentativa inidónea, aunque sea punible no cabe legítima defensa, pues la misma no pone en peligro ningún bien jurídico individual.

Ahora bien, el legislador, al permitir toda defensa necesaria para la protección del particular, persigue simultáneamente un fin de prevención general; pues considera deseable que el orden legal se afirme frente a agresiones a bienes jurídicos individuales aunque no estén presentes los órganos estatales que estarían en condiciones de realizar la defensa. El derecho de legítima defensa también intimida eficazmente con carácter general frente a la posibilidad de realizar un injusto. Por eso la ley permite en principio la acción lesiva de bienes jurídicos necesaria para una defensa activa incluso cuando huir o esquivar garantizarían exactamente igual o mejor la seguridad del agredido. Pues toda agresión repelida en legítima defensa pone de manifiesto que no se vulnera sin riesgo el ordenamiento jurídico y

20. ROXIN, CLAUS, Ob. cit., pág. 608.

estabiliza el orden jurídico. A esa intención preventivo-general es a lo que se alude cuando se habla del “Prevalecimiento del Derecho” o de la “afirmación del Derecho” como idea rectora del derecho de Legítima defensa. También se debe al principio del prevalecimiento del Derecho el que se conceda la protección individual no solo dentro del marco de la proporcionalidad, sino en principio con independencia de ella, de tal manera que el daño causado puede ser considerablemente mayor que el que se impida.

La agresión en la legítima

¿Qué es una agresión?

Una agresión es la amenaza de un bien jurídico por una conducta **humana**. De este concepto queda claro que solamente podemos aplicar la Legítima Defensa a la conducta del ser humano, por consiguiente resulta lógico que la conducta de un animal no la genera, excepto en la circunstancia en que dicho animal sea utilizado como un elemento de agresión por un ser humano.

La antijuridicidad de la agresión

La antijuridicidad de la agresión coincide con el concepto de antijuridicidad de la teoría general del delito. Por tanto, una agresión no es ya antijurídica cuando amenace provocar un desvalor del resultado, sino que tiene que suponer también un desvalor de la acción. En consecuencia, en primer lugar faltará la antijuridicidad de la agresión cuando el agresor esté amparado por una causa de justificación; pues entonces la agresión no supone ni desvalor de acción ni desvalor del resultado. Por tanto, nunca es posible legítima defensa contra legítima defensa, estado de necesidad justificante u otra actuación amparada por derechos de intromisión. Tampoco cabe legítima defensa si la

agresión está amparada por consentimiento; por eso no actúa en legítima defensa el que en una riña mutuamente aceptada va llevando las de perder y entonces se defiende con un cuchillo contra su adversario más fuerte. Pero también se excluye la legítima defensa solamente con que una actuación, aún sin estar cubierta por un derecho de intromisión, no vulnere el cuidado debido en el tráfico; pues en tal caso falta el desvalor de la acción y por eso también la antijuridicidad de la agresión. Por tanto, si un automovilista observa cuidadosamente todas las reglas del tránsito y pese a ello un peatón imprudente se le cruza ante el vehículo de modo tan imprevisible que está a punto de atropellarlo, no se da una agresión antijurídica por parte del automovilista; y por eso el peatón no puede actuar en legítima defensa disparando por ejemplo al conductor.

La actualidad de la agresión

La actualidad de la agresión es uno de los requisitos más utilizados al momento de hablar de la Legítima Defensa, ya que, una agresión es actual cuando es inmediatamente inminente, precisamente está teniendo lugar o todavía prosigue. Como el “estar teniendo lugar” —por ejemplo una paliza está plenamente en curso cuando aparece el tercero defensor— está situado entre los dos extremos temporales de la inminencia y de la prosecución y por tanto no puede plantear problemas de delimitación, solo es preciso interpretar el comienzo y el fin de la actualidad.

Casos en que no procede la legítima defensa

No toda defensa necesaria es también “requerida o indicada”. Si alguien mata de un tiro a un niño para impedir un hurto de fruta, ello podrá ser necesario para repeler la agresión si no se puede preservar

de otro modo la propiedad. Pero que no se puede permitir una defensa semejante, es algo que todo el mundo reconoce al menos en un supuesto tan craso como este.

I. La agresión no culpable o con culpabilidad sustancialmente disminuida.

Las agresiones no culpables también dan derecho a la legítima defensa, pero el interés en el prevalecimiento del derecho es sustancialmente menor que en el caso normal.

II. La agresión provocada antijurídicamente por el agredido.

Una posición especial le corresponde a la provocación intencional, que es muy discutida pero en la práctica casi no se da o al menos no se puede demostrar. Ejemplo: Hay provocación intencional cuando alguien provoca a otro a que realice una agresión, para poderle dañar bajo la protección de la Legítima Defensa.

III. La agresión irrelevante.

También en caso de agresiones irrelevantes es necesario restringir el riguroso derecho de Legítima Defensa, porque el interés en el prevalecimiento del derecho es considerablemente menor que en el caso normal. Ese debilitamiento del interés en el prevalecimiento del derecho se manifiesta en la vigencia del principio de oportunidad en asuntos bagatelarios.

La defensa de terceros

Respecto de auxilio necesario o defensa de un tercero frente a agresiones antijurídicas, en principio no rige nada distinto que respecto de la legítima defensa en sentido estricto, puesto que el legislador las ha equiparado a ambas al definir la legítima defensa como la defensa que “es necesaria para impedir o repeler una agresión actual y antijurídica contra uno mismo o contra otro”. Ahora bien, el derecho a la defensa de un tercero solo es aplicable en la medida en que **el tercero agredido quiera ser defendido.**

Así, por ejemplo, en el caso de un hombre que había querido ayudar a una joven, que estaba siendo físicamente agredida por su novio, al principio era adecuado ese apoyo, pero luego dejó de ser correcto el continuar con ese auxilio cuando se puso de manifiesto que la joven ya no le daba mayor importancia y prefería seguir discutiendo a solas con su novio; pues debido a la intromisión **no solicitada**, se produjo una escalada que acabó con la muerte del hombre cuyo auxilio ya no se solicitaba; y esto es algo que no debía ser favorecido por el derecho penal.

¿La voluntad de defensa como elemento subjetivo de justificación?

Para que el defensor esté justificado el mismo ha de actuar con conocimiento de la situación de Legítima Defensa; es decir, el defensor debe estar motivado por su interés en la defensa del bien jurídico tutelado (y no así, por ejemplo, por cólera o por la intención de dañar al agresor).

Según el maestro del derecho penal español Enrique Basigalu-po²¹, la antijuridicidad y la justificación refiere cuanto sigue: La teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al derecho, es decir, el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró.

21. BACIGALUPO, ENRIQUE. Manual de Derecho Penal Parte General. Editorial Hammurabi S.R.L. 2014.

Una acción típica, por lo tanto, será también antijurídica si no interviene en favor del autor una causa o fundamento de justificación. La tipicidad de una acción es, consecuentemente, un indicio de antijuridicidad. Precisamente porque aquella señala la posibilidad de ésta debe verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación.

Esta verificación es una tarea independiente de la comprobación de la tipicidad y en cierto sentido inversa. Es independiente por que solo cabe plantearse la cuestión de la antijuridicidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción es típica, es decir que se subsume bajo un tipo penal. A la vez es inversa porque consistente en la verificación de que el caso no se subsume bajo el supuesto hecho de una causa de justificación (por ejemplo: defensa necesaria, estado de necesidad, consentimiento presunto).

Los principios justificantes y la teoría clásica de la justificación

Es opinión generalizada en la teoría que las causas o fundamentos de justificación se encuentran en todo el ordenamiento jurídico.

La característica fundamental de una causa de justificación es la de **excluir** totalmente la posibilidad de cualquier consecuencia jurídica.

La defensa necesaria

El Código Penal español regula en forma expresa la defensa necesaria (Art. 20.4º). Pese a ciertas diferencias en la formulación, hay también una evidente coincidencia en lo que se refiere a sus requisitos con el resto de derecho penal europeo. Por lo general se designa a esta causa de justificación como “**legítima defensa**”. Esta terminología es sin duda correcta, aunque sea preferible la que aquí se propone

(porque tiene en cuenta que la defensa solo es legítima si es necesaria); esto debe quedar claro ya en la designación.

El fundamento de la defensa necesaria (propia o de un tercero) se ve en el principio según el cual “el derecho no necesita ceder ante lo ilícito”; de éste surge una doble consecuencia: **No solo se acuerda un derecho de defensa individual, sino también de ratificación del orden jurídico como tal.**

Los requisitos de la defensa necesaria son:

- a) Agresión (actual o inminente) ilegítima.
- b) Necesidad racional del medio empleado.
- c) Falta de provocación suficiente.

Estos requisitos se deben estudiar separadamente.

a) La agresión:

La agresión debe haber partido de un ser humano. La defensa frente a animales, no está regulada por la defensa necesaria, sino por el Estado de Necesidad²². Por otra parte, la agresión puede tener lugar en forma activa (acción) o en forma pasiva (omisión)²³. La jurisprudencia exige que la agresión sea de carácter **violento**, aunque tiende a mitigar esta exigencia.

Problemático es saber si se puede considerar agresión la acción de un incapaz de culpabilidad o inimputable o del que obra por error. Un sector minoritario piensa que en estos casos falta ya la agresión. Otro sector piensa que en el supuesto de un enfermo mental, de un niño, se restringe la amplitud de la defensa, dado que, frente a tales sujetos, carece de sentido la ratificación del orden jurídico y solo queda un derecho individual de defensa sino era posible eludir la agresión.

La agresión, puede ser **intencional** tanto como provenir de **una acción realizada sin la debida diligencia.**

22. PUIG PEÑA, FEDERICO. *Derecho Penal Parte General*. Madrid. 1969. Pág. 343.
23. BOCKELMANN, PAUL. *Strafrecht Allgemeiner Teil (Grundriss)*. 2ª edición. München. 1975. Pág. 92.

En la legislación española, Art. 20.4º, se prevé la posibilidad de la defensa de un **tercero**, pues la defensa puede ser de la “persona o derechos, propios o **ajenos**”. Sin embargo, la defensa del tercero presupone que **éste quiera ser defendido**.

b) La actualidad e ilegitimidad de la agresión:

La agresión es **actual** mientras se está desarrollando. La **inminencia** de la agresión, es decir, la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a aquélla, es equivalente a la actualidad.

La agresión es **ilegítima** cuando es antijurídica.

Un sector de la doctrina define la **antijuridicidad** de la agresión sosteniendo que cumplen con este requisito toda acción que recaer sobre los bienes de quien “no tiene obligación de tolerar” dicha acción. Desde otro punto de vista se sostiene que es **antijurídica** la agresión en la medida que sea una acción no autorizada (justificada).

c) Necesidad de la defensa:

La defensa es **necesaria** si la acción del agredido es la menos dañosa de las que estaban a su disposición para rechazar la agresión en la situación concreta. La exigencia de que la necesidad sea racional se explica dentro de este marco: La necesidad de la acción de defensa es **racional** cuando esta es adecuada para impedir o repeler la agresión. No se debe confundir la relación que debe haber entre agresión y defensa y la proporción entre el daño que hubiera causado la acción y el causado por la defensa.

d) Falta de provocación suficiente:

El derecho español ha requerido tradicionalmente como presupuesto de la defensa necesaria la falta de provocación de la agresión por parte del que se defiende.

e) Limitación del derecho de defensa necesaria:

Como se desprende del fundamento de la defensa necesaria, no es exigible, en principio, que haya proporcionalidad entre el daño que hubiera causado la agresión y el daño causado por la defensa, sino

simplemente la necesidad de ésta respecto al fin de impedir la agresión (racionalidad).

f) El elemento subjetivo de la defensa:

La exigencia del que se defiende haya obrado conociendo la circunstancias de la agresión ilegítima de la que era objeto y con intención de defenderse (*animus defendendi*) puede considerarse hoy opinión dominante.

g) Defensa propia y defensa de terceros:

El Código Penal español (hasta su reforma de 1983, Art. 8º, números 5 y 6) se refería a la defensa de terceros (sean parientes o extraños), que tiene el mismo fundamento que la defensa propia. Aunque el texto vigente no haga referencia a la defensa de terceros la justificación de estos casos no ofrece dudas.

Jurisprudencia

a) Acuerdo y Sentencia N° 19 de fecha 16 de febrero de 2001. Causa: “AMADO AQUINO MOLINAS S/ HOMICIDIO EN BENJAMÍN ACEVAL”. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Ministros: Wildo Rienzi Galeano, Jerónimo Irala Burgos, Felipe Santiago Paredes.

b) Acuerdo y Sentencia N° 211 de fecha 11 de mayo de 2001. Causa: “TERESAACUÑAS/HOMICIDIO EN ISERIA- ISLAUMBÚ”. Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Ministros: Felipe Santiago Paredes, Jerónimo Irala Burgos, Wildo Rienzi Galeano.

c) Sentencia Definitiva N° 132 de Fecha 18 mayo de 2007. Causa: “ZULLY LORENA SAMUDIO AGÜERO S/ HOMICIDIO DOLOSO” N°: 01-01-02- 13-2006-791. Tribunal de Sentencia integrado por los Jueces: Alba María González Rolón, Digno Arnaldo Fleitas Ortiz y Luz Marlene Ruiz Díaz.

Conclusión

El hombre agrede a otro por diversas razones muchas veces injustificadas que, autorizan la defensa, que para ser legítima requiere el cumplimiento de las exigencias establecidas en el artículo 19 del Código Penal vigente²⁴.

Referencia bibliográfica

1. BACIGALUPO, ENRIQUE. Manual de Derecho Penal Parte General. Editorial Hammurabi S.R.L. 2014.
2. BOCKELMANN, PAUL. Strafrecht Allgemeiner Teil (Grundriss). 2ª edición. München. 1975.
3. CASAÑAS LEVI, JOSÉ. Manual de Derecho Penal Parte General. Editora Intercontinental. Asunción, Paraguay. 2009.
4. CASAÑAS LEVI, JOSÉ, GOROSTIAGA BOGGINO, GUSTAVO y VERA, HELIO. Lecciones Preliminares de Derecho Penal. Asunción, Paraguay. 1999.
5. CERESO MIR, JOSÉ. Curso de Derecho Penal “Parte General”. 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1994
6. CÓRDOBA RODA, JUAN. Notas a la traducción del tratado de derecho penal de Reinhart Maurach. Barcelona. 1962.
7. DUARTE MARTÍNEZ, JUAN CARLOS. Legítima Defensa Fuentes Históricas, Derecho Comparado, Legislación y Jurisprudencia. El Foro S.A. Asunción, Paraguay. 2013.
8. GARCETE PIRIS, UBALDO M. Normas Penales Fundamentales. Lexijuris. Asunción, Paraguay, 2017

24. DUARTE MARTÍNEZ, JUAN CARLOS. *Legítima Defensa fuentes históricas, derecho comparado, legislación y jurisprudencia*. El Foro S.A. Asunción, Paraguay. 2013. Pág. 199

9. JAKOBS, GÜNTER. Derecho Penal, Parte General. Madrid, 1995.
10. JESCHECK, HANS H. Tratado de Derecho Penal Parte General. Bosch. Barcelona. 1981.
11. MAURACH, REIHART y ZIPF, HEINZ. Derecho Penal “Parte General”. Astrea, Buenos Aires, 1994, pág. 437
12. MIR PUIG, SANTIAGO. Derecho Penal Parte General. 4ª Edición. Barcelona. 1996.
13. PESSOA, NELSON R.: Legítima Defensa en el Código Penal del Paraguay. 2ª edición. Mave. Buenos Aires, Argentina. 2.000
14. PUIG PEÑA, FEDERICO. Derecho Penal, Parte General. Madrid. 1969
15. ROXIN, CLAUS. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Civitas. Madrid. 1997.
16. SISULALVARIZA, RAMIRO A. Constitución de la República del Paraguay. Editora Intercontinental. Asunción, Paraguay. 2001.
17. STRATENWERHT, GÜNTER. Derecho Penal, Parte General. 2ª Edición, Edersa, Madrid, 1982.
18. WELZEL, HANS. Derecho Penal Alemán. Jurídica de Chile. 1970.
19. WESSELS, JOHANNES. Derecho Penal, Parte General. Depalma, Buenos Aires. 1980.
20. ZAFFARONI, RAÚL E. Tratado de Derecho Penal Parte General. Ediar, Buenos Aires. 1981.



LA FUNCIÓN NOTARIAL EN LA ERA DIGITAL

*Sandra Johana González Rivas*¹

Resumen

Con este pequeño aporte a la investigación, se expone un recuento de las principales disposiciones legales y reglamentarias que hicieron posible la utilización de medios digitales en la realización de diversos trámites y en la obtención de variados documentos relacionados a la labor del Notario.

Palabras claves: notario – escribano – digital – virtual – electrónico

Keywords: notary – notary – digital – virtual – electronic

-
1. Abogada, Notaria y Escribana Pública, graduada en la Universidad del Norte, sede Caacupé con la mención “Mejor Egresada – Medalla de Oro”. Titular del Registro de la ciudad de Asunción, desde el año 2015. Docente de la Universidad Iberoamericana de las cátedras Derecho Notarial I y II, Técnica y Práctica Notarial I y II. Postgrado en Didáctica Superior Universitaria, Diplomado en Asesoría Jurídica de Empresas, Diplomado en Derecho Registral Inmobiliario, Diplomado Superior en Derecho Catastral Inmobiliario, 6ª Edición de la Universidad del Notariado Mundial, Buenos Aires, Argentina. Coordinadora Nacional por Paraguay del Tema: “*El futuro de la función notarial. El ciber notario (redes sociales): E-commerce y la función notarial*” en la XX Jornada del Notariado Novel del Cono Sur y del XIII Encuentro Nacional del Notariado Novel. Primer Premio por la presentación del Trabajo de Investigación Científica sobre el tema “*Intervención Notarial en las sucesiones*” en ocasión al XVIII Congreso Notarial Paraguayo. Segundo Premio por la presentación en coautoría de la Ponencia: “*Modernas perspectivas sobre sucesiones notariales en el derecho internacional*” en ocasión al XXVIII Encuentro Nacional del Notariado Novel y XIX Jornadas del Notariado Novel del Cono Sur, Jujuy, Argentina. Autora de artículos jurídico- notariales y del libro “Guía para postulantes del concurso de oposición de notarios”, Año 2017.

Introducción

Hace 10 años atrás, pagar una tasa judicial o solicitar algún certificado pre escriturario desde la comodidad de la oficina era quizás sólo un deseo lejano. Era común observar largas filas para la realización de dichos trámites y ver pasar las horas, la mañana entera en la espera de que llegue el anhelado turno para presentar las documentaciones en ventanilla.

Con el paso del tiempo, este panorama fue evolucionando y actualmente, varios trámites notariales necesarios para la formalización e inscripción de una escritura pública pueden realizarse incluso desde un celular, 24 horas al día.

Es indudable que estamos ante una nueva era, donde la tecnología y el uso de internet como herramientas de trabajo, van cobrando cada vez mayor protagonismo.

Un primer acercamiento a la gestión de trámites electrónicos y digitales en el ámbito notarial

Es indudable que la implementación de la Ley N° 4.017/10 “De validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico” y su modificatoria la Ley N° 4.610/12, representó una de las principales bases legales para la regulación de numerosas gestiones pre y pos escriturarias en forma electrónica y digital; las cuales facilitaron no sólo la actividad del notario y del registrador, sino que también, se mostraron beneficiados los requirentes de servicios notariales y el tráfico jurídico-comercial a nivel país en general, puesto que los tiempos de tramitación de las documentaciones se redujeron considerablemente, además de los costos como: traslado, impresiones y copias.

Sistema de Liquidación de Tasas Judiciales por Internet y Cobro Bancarizado

A partir del 16 de octubre del año 2012, las largas filas para el pago de tasas judiciales quedaron en la historia con la entrada en vigencia de este sistema, consistente en la liquidación de tributos vía web y la realización de pagos online a través de proveedores de servicios tercerizados, como entes bancarios y bocas de cobranzas.

Para acceder a dicho sistema, se habilitó para los profesionales notarios un nombre de usuario y contraseña, de acceso personal e intransferible. Así mismo, se autorizó la utilización de tal medio para la liquidación de tasas judiciales relacionadas a trámites donde tienen intervención los profesionales abogados y además, un acceso para la ciudadanía; a los efectos de realizar aquellas gestiones que no requieran patrocinio de los abogados, a través del módulo “particulares” en el sitio web del Poder Judicial².

El resultado de la implementación del sistema, aunque resistido en los primeros tiempos, fue todo un éxito, lográndose una mayor agilidad y transparencia en la gestión de los trámites referidos.

Certificados e informes de Anotaciones Personales en Línea

Corría el año 2011 cuando la Corte Suprema de Justicia dicta la Acordada N° 690 del 22 de marzo, mediante la cual se autoriza el desarrollo e implementación de una consulta web a la cual tenían acceso los escribanos, con el fin de obtener informes del Registro de Interdicciones, dependiente de la Dirección General de los Registros Públicos.

2. www.pj.gov.py/ingresos

Sin embargo, esta modalidad no es más que un antecedente del sistema que actualmente se encuentra en vigencia, puesto que en un principio, los informes obtenidos a partir de este módulo, no suplían al informe que expedía la dependencia de los Registros Públicos a través de ventanilla, constituyendo este medio, en ese entonces, sólo un servicio adicional que buscaba apoyar las tareas del notario.

Años más tarde, por Acordada N° 886 del 14 de abril del 2014, la Corte Suprema de Justicia autorizó la implementación del actual sistema en línea de informes y certificados de anotaciones personales. La principal diferencia entre el actual sistema y el anterior, es la plena validez jurídica que tienen hoy en día los instrumentos emitidos por la web.

Dichas documentaciones se expiden a los efectos de informar al rogante acerca de la existencia de sentencias judiciales de interdicción e inhabilitación registradas nombre de la persona, cuya solicitud se requiere.

Este medio electrónico representó también todo un éxito, ya que podría considerársele como un modelo o una tendencia de modernización muy importante, a la que siguieron en años posteriores, la creación de muchos otros módulos referentes a la tramitación de gestiones notariales mediante el uso del internet, y de una plataforma a la cual se accede con un nombre de usuario y contraseña.

Cabe resaltar que el plazo legal de expedición de estos certificados e informes es de 10 días corridos, contados desde el día siguiente al de su solicitud, sin embargo, mediante la utilización de la página web³, el plazo en el que por lo general el Registro Público emite dichos instrumentos es de 24 a 72 hs. aproximadamente. Sin duda, esta herramienta también agilizó bastante la gestión.

3. <http://gestiones.csj.gov.py/AnotacionesPersonales/login.seam>

Reportes de los Notarios Públicos a la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero (SEPRELAD)

En virtud a lo dispuesto en el Art. 13 de la Ley N° 1.015/97 “Que Previene y Reprime los Actos Ilícitos destinados a la Legitimación de Dinero o Bienes”, su modificatoria la Ley N° 3.783/09 y las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero (SEPRELAD) identificó al sector Notarios y Escribanos Públicos, como sujetos obligados dentro de la categoría “Actividades y Profesiones No Financieras Designadas”, a través de la Resolución N° 325 de fecha 15 de octubre de 2013, que aprobó el Reglamento de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes, Financiamiento del Terrorismo y la Financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva basado en un sistema de administración de riesgos, para los Notarios y Escribanos Públicos de la República del Paraguay.

En el marco de dicha resolución se estableció la obligatoriedad de la aplicación de políticas y procedimientos, en las transacciones llevadas a cabo por los requirentes, cuya cuantía alcancen o exceden la suma de USD 50.000 (dólares americanos cincuenta mil), o su equivalente en otras monedas, que no hayan sido canalizadas a través del sistema cooperativo y financiero, con la declaración jurada de origen de fondos.

La SEPRELAD instituyó además el envío de tres tipos de reportes a la SEPRELAD:

Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS), referente a cualquier indicio o sospecha que tenga el Notario Público relacionadas a las leyes citadas anteriormente, respecto de algún hecho u operación realizado por sus requirentes, con independencia de su cuantía, que pueda ser considerado como señal de alerta. Dicha comunicación deberá realizarse a través del aplicativo ROS_WEB (Reporte de Operaciones Sospechosas vía Web).

Reporte Negativo: Del mismo modo, los Notarios deben informar a la SEPRELAD trimestralmente acerca de la no detección de operaciones con indicios o sospechas, a través del módulo “ROS NEGATIVO” del aplicativo ROS_WEB⁴.

Reporte de Operaciones: Así también, por la comentada resolución, los Escribanos tienen la obligación de enviar trimestralmente a la SEPRELAD en formato de Planilla Electrónica (Excel) un listado de todas las escrituras autorizadas durante ese período, a través de un correo electrónico habilitado⁵.

Obtención de Certificado de Cumplimiento Tributario y Constancia de No Ser Contribuyente a través de internet

En fecha 24 de noviembre de 2014 entró en vigencia la Resolución de la Sub Secretaria de Estado de Tributación N° 44/2014, mediante la cual se reglamentó la expedición del Certificado de Cumplimiento Tributario (CCT) y de la Constancia de No Ser Contribuyente (CNSC) vía internet, a través de la página web de la SET⁶, mediante la clave de acceso confidencial del usuario, o ingresando a la opción Servicios Online sin Clave de Acceso / Impresión de documentos. Estas documentaciones pueden ser corroboradas igualmente vía internet, en cuanto a su autenticidad, validez y vigencia mediante un código de control.

El CCT y la CNSC constituyen un requisito pre escriturario, a los efectos de suscribir escrituras públicas de constitución o de cancelación de hipotecas, cuando se actúe en carácter de acreedor, adquisición y enajenación de inmuebles y de automotores, así como para los casos de poder otorgado para vender o administrar muebles e inmuebles.

4. <https://www.seprelad.gov.py:8444/aml/Login.do>

5. reportes@seprelad.gov.py

6. www.set.gov.py

Emisión virtual de comprobantes de retención

Más tarde, por Resolución General N° 61 de fecha 29 de mayo de 2015 se implementó la emisión virtual de comprobantes de retención, considerando la vigencia del Decreto N° 6.539/05, modificado por el Decreto N° 10.797/13 que faculta a la Administración Tributaria a establecer programas y/o sistemas especiales de emisión de documentos, a los efectos de implementar gradualmente la utilización de medios electrónicos.

Tal es así que mediante la citada resolución, se aprobó la generación de los comprobantes virtuales de retención a través del software o programa informático denominado “Tesaka”, cuya descarga puede realizarse ingresando a la página web de la Subsecretaría de Estado de Tributación⁷.

Hasta ese momento, la emisión de los comprobantes se realizaba en formato papel. Sin embargo, recién con la entrada en vigencia de la Resolución General N° 96/2016, se estableció la obligatoriedad a partir del 1 de diciembre de 2016 de realizar todas las retenciones de tributos exclusivamente por medio de comprobantes de retención virtual, estableciéndose que a partir de la mencionada fecha, carecerían de validez todas las retenciones generadas a través de documentos preimpresos y los provenientes de autoimpresores, además, se estableció multas para los casos de incumplimiento.

Cabe destacar que los escribanos públicos actúan como Agentes de Retención en los casos de enajenaciones de bienes inmuebles por parte de personas físicas, condominios y sucesiones indivisas, que no se encuentren inscriptos como contribuyentes del Impuesto al Valor Agregado⁸.

7. <https://www.set.gov.py/portal/PARAGUAY-SET/>

8. **Art. 45 - DECRETO N° 1.030/13. RETENCIONES REALIZADAS POR ESCRIBANOS PÚBLICOS Y EMPRESAS LOTEADORAS.** Los escribanos públi-



Presentación electrónica de los Informes Trimestrales y Anuales de los Notarios Públicos a la Corte Suprema de Justicia

Tras los resultados satisfactorios obtenidos con la implementación del sistema en línea de informes y certificados de anotaciones personales, la Corte Suprema de Justicia autorizó por Acordada N° 963 del 14 de abril del 2015 la aplicación web “Presentación Electrónica de Informes de Notarios Públicos”⁹, a los efectos de reemplazar el soporte papel, constituyendo este medio a partir de agosto del año 2015, el único habilitado para el cumplimiento de la obligación legal prevista en el Código de Organización Judicial¹⁰ acerca de la presen-

→ cos actuarán como agentes de retención en las enajenaciones de bienes inmuebles por parte de personas físicas, sucesiones indivisas y condominios, que no se encuentren inscritos como contribuyentes del Impuesto al Valor Agregado. En caso de que la enajenación sea realizada a través de empresas loteadoras, serán éstas las obligadas a practicar la retención del impuesto.

La retención se realizará sobre el 100% (cien por ciento) del impuesto liquidado, que se determinará aplicando la tasa impositiva sobre el 30% (treinta por ciento) del precio de venta del inmueble transferido.

En estas operaciones, el comprobante de retención deberá ser emitido a nombre del vendedor, debiendo consignarse el nombre completo e Identificador RUC del comprador y en el lugar previsto para detallar el número y fecha del comprobante de venta se deberán consignar los de la Escritura Pública o el contrato celebrado entre la empresa loteadora y el vendedor, según corresponda.

Los contribuyentes podrán utilizar como documentación respaldatoria del crédito fiscal por la adquisición de inmuebles, el comprobante de la retención practicada, cuando dicha adquisición esté directa o indirectamente vinculada a su actividad gravada. A dichos efectos, el escribano o la empresa loteadora deberá otorgar una copia autenticada de este documento al comprador del inmueble.

9. <http://www.csj.gov.py/informeEscribano/>

10. **Art. 111 – Ley 879/81 modificado por la Ley N° 963/82.** “Son deberes y atribuciones del Notario Público: h) proceder el 31 de diciembre de cada año al cierre del protocolo a su cargo, inutilizando bajo su firma los folios en blanco, debiendo comunicar de inmediato a la Corte Suprema de Justicia la fecha, el número y el contenido de la última actuación; o) elevar trimestralmente a la Corte Suprema de Justicia una relación de las escrituras otorgadas en el trimestre, con expresión de su fecha, nombre de los otorgantes y de los testigos, naturaleza del acto o negocio jurídico...”

tación de los informes trimestrales con la relación de las escrituras otorgadas en el trimestre y del informe anual correspondiente al cierre de los protocolos, por parte del notario.

Por otra parte, la disposición normativa referida expone como fundamentación de la adopción de este medio digital, razones como; el hecho de contribuir a disminuir el impacto negativo en la ecología derivada de la utilización del papel.

Rúbrica para hojas sueltas y formularios continuos mediante el uso de “sello digital”

Posteriormente, por Acordada N° 1180 de fecha 13 de junio del 2017, la Corte Suprema de Justicia reglamentó un procedimiento temporal y optativo de rúbrica para hojas sueltas y formularios continuos destinados al uso comercial ante la Sección Registro Público de Comercio, dependiente de la Dirección General de los Registros Públicos, ínterin se tramite un proceso administrativo tendiente a la realización de un llamado a licitación que permita la implementación de una técnica más moderna.

Hasta ese tiempo, la rúbrica de libros y hojas de comercio se realizaba totalmente bajo una técnica de sellado, foja por foja. Tras la entrada en vigencia de la normativa antedicha, la cual comenzó a regir desde el 26 de junio del año 2017, se agregó un procedimiento de carácter optativo, al cual podrían someterse las solicitudes de rúbrica de hojas sueltas y formularios continuos, en caso de que la cantidad requerida sea mayor a 1.000 hojas.

Dicho procedimiento consiste en la provisión de un “sello digital”, en formato PDF, cuya remisión al rogante se realiza mediante un correo electrónico institucional, a los efectos de que el requirente lo estampe en cada hoja o formulario continuo a modo de rúbrica. Cabe destacar que este procedimiento no es aplicable a los libros contables

de tapa dura y tampoco requiere la presentación física de todas las hojas –*como anteriormente se solicitaba*– sino solamente de la primera de ellas, a fin de que el Registro Público de Comercio proceda a extender la habilitación correspondiente.

Entre las razones que fundamentan esta acordada, se leen motivos como la necesidad de implementar una técnica más moderna que se adecue a las exigencias actuales del tráfico comercial, por hallarse la anterior desfasada en el tiempo. Por otro lado, también a los fines de velar por el cumplimiento del plazo legal de expedición de documentos ingresados a los Registros Públicos.

Plataforma de Gestión Electrónica de Informes del Registro de Automotores

Unos meses más tarde, la Corte Suprema de Justicia, mediante Acordada N° 1.204 de fecha 25 de setiembre del 2017, autorizó el desarrollo y la implementación de la “Plataforma de Gestión Electrónica de Informes de la Dirección del Registro de Automotores”¹¹, a través de la cual fue posible la obtención online de Informes de Titularidad, así como de Certificados e Informes de Condiciones de Dominio sobre automotores, previo pago del servicio.

Dicho trámite anteriormente era realizado a través de ventanillas y el plazo de expedición de la documentación oscilaba entre 3 a 5 días aproximadamente. Actualmente estas informaciones pueden obtenerse en forma instantánea, mediante la generación de un documento electrónico, con la validez jurídica equivalente al soporte papel. Además, este instrumento puede ser verificado en cuanto a su autenticidad, a través de un “Validador de Documentos Electrónicos”¹², in-

11. <https://www.csj.gov.py/informesjudiciales/Comun/Login.aspx>

12. <https://www.csj.gov.py/informesjudiciales/Verificador.aspx>

troduciendo en la página web del Poder Judicial un código de verificación asociado al documento.

Finalmente, cabe destacar que este servicio está disponible para escribanos, abogados y particulares en la medida de lo dispuesto en el marco legal.

Tramitación electrónica de expedientes ante el Departamento de Registro y Fiscalización de Sociedades (DRFS) dependiente de la Abogacía del Tesoro

En noviembre del año 2017, la Abogacía del Tesoro dicta la Resolución AT N° 06/2017 “Por la cual se amplían los servicios de tramitación electrónica ante el Departamento de Registro y Fiscalización de Sociedades (DRFS) y se modifica la Resolución AT N° 03/2016 “Por la cual se emiten disposiciones reglamentarias y se adoptan medidas administrativas en materia de registro y fiscalización de Sociedades Anónimas (SA) y de Sociedades de Responsabilidad Limitada (SRL)”.

La mencionada disposición normativa, basada en el Decreto N° 4962/16 que autoriza al Ministerio de Hacienda, a través de la Abogacía del Tesoro a utilizar medios electrónicos en los procedimientos, trámites y actos en materia de registro y fiscalización de sociedades; determinó en su Art. 1° que a partir del 10 de noviembre del año 2017 todas las solicitudes de dictámenes de SA y SRL, se tramiten exclusivamente mediante el sistema de expediente electrónico.

Tal es así, que a partir de dicha reglamentación, las solicitudes de constitución, modificación, fusión, transformación, disolución de sociedades y otros se presentan ante el DRFS a través de dicho sistema; escaneando y anexando copia de todas las documentaciones requeridas de acuerdo al caso, debiendo esta dependencia emitir un dictamen virtual en un plazo no mayor a ocho (8) días hábiles contados desde la solicitud, tras haber analizado y comprobado que los requerimientos se ajustan al Código Civil y demás disposiciones vigentes.

Del mismo modo, la citada norma establece la tramitación de la inscripción ante el DRFS de toda constitución, modificación, fusión, transformación y disolución de sociedades, a través del expediente electrónico, de su inscripción en los Registros Públicos; escaneando y anexando copia de toda la documentación requerida al efecto.

Módulo de Gestión Electrónica de Informes y Certificados del Registro General de Quiebras y de Convocatoria de Acreedores

Por otra parte, días después, por Acordada N° 1211 de fecha 14 de noviembre del 2017, la Corte Suprema de Justicia aprobó la implementación de un Módulo de Gestión en Línea, que posibilitó a los Notarios Públicos, la obtención electrónica de certificados e informes del Registro de Quiebras y de Convocatoria de Acreedores¹³.

Desde la entrada en vigencia de dicha disposición; para el acceso a la aplicación citada, los escribanos deben contar con un usuario y contraseña. Las documentaciones obtenidas por este medio, tienen por disposición de la acordada, la misma validez jurídica que aquellas que se soliciten en formato papel, e ingresen a los Registros Públicos a través de las ventanillas.

Cabe acotar además que la norma expuesta entró a regir desde el día 20 de noviembre del año 2017, y posibilitó además la obtención de los instrumentos referidos a los abogados, magistrados y actuarios judiciales.

13. <http://gestion.es.csj.gov.py/AnotacionesPersonales/login.seam>

Solicitud de urgimiento, pronto despacho de expedientes y exhibiciones registrales a los Registros Públicos a través de correo electrónico

A partir del 1 de diciembre del año 2017, la Dirección General de los Registros Públicos habilitó la remisión vía mail de las solicitudes de urgimiento¹⁴. Tal solicitud se realizaba anteriormente en formato papel para los casos de documentos con plazo legal de expedición ya fenecido, de conformidad a las disposiciones del Reglamento General Técnico Registral¹⁵.

Posteriormente a partir del 9 de julio del año 2018, en el marco del Gobierno Electrónico de la Corte Suprema de Justicia y la aplicación de políticas de protección al medio ambiente, se habilitó el mismo medio para la remisión de solicitudes de pronto despacho, referentes a la petición de pronto trámite de documentos cuyo plazo legal de expedición aún no vencieren. Para el efecto, actualmente, las peticiones deben fundamentarse en documentos que se adjuntan al mail respectivo¹⁶.

14. urgimiento.fiscalizaciondgrp@pj.gov.py

15. **Art. 30° - REGLAMENTO GENERAL TÉCNICO REGISTRAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS PÚBLICOS.** Urgimiento. Vencidos los plazos para expedirse sobre la rogatoria presentada, el interesado podrá urgir a la Dirección del registro respectivo, quien ordenará la expedición solicitada, salvo que la demora estuviera justificada, en cuyo caso deberá informar al recurrente las razones de la misma. Los urgimientos se presentarán ante la Secretaría de la Dirección General con fotocopia de la contraseña o asiento de presentación del documento y constancias respectivas, sirviendo el original como recibo, en el que el funcionario receptor estampará su firma y fecha de presentación. En casos excepcionales, podrá urgirse el pronto despacho de servicios registrales antes del vencimiento del plazo, acompañando documentos probatorios que justifiquen la solicitud. Se considerarán casos justificados, entre otros, licitaciones en cuyos pliegos de bases y condiciones se fijen plazos para la presentación, las medidas judiciales de urgencia, y otros en que la demora puede ser causa de pérdida o menoscabo de un derecho. La Dirección tendrá facultad discrecional para conceder o denegar tales solicitudes.

16. prontodespacho_dgrp@outlook.es

Finalmente, a partir del 19 de setiembre del año en curso, la Dirección General de los Registros Públicos dispuso que la solicitud de exhibición de asientos registrales sea hecha vía mail¹⁷, consignando el motivo de la petición y adjuntando a la misma el correspondiente formulario de exhibición completado, cuya descarga puede realizarse a través de la página web del Poder Judicial.

Certificado Catastral Electrónico

Mediante la Resolución del Ministerio de Hacienda N° 207/18, se autorizó la implementación de procesos que permitieron la utilización de la firma electrónica, la firma digital y el expediente electrónico para los trámites realizados ante el Servicio Nacional de Catastro.

En consecuencia, se dictó la Resolución del SNC N° 401 de fecha 14 de agosto del 2018, por la cual se implementa la expedición de certificados catastrales a través del sistema del expediente electrónico, que constituye a la fecha, lo más reciente en disposiciones normativas del tenor expuesto.

El certificado catastral, por disposición de la Ley 125/91 constituye un acto pre escriturario, en razón de que dicha documentación debe ser solicitada como paso previo al otorgamiento e inscripción de toda Escritura Pública referente a la transferencia o modificación de derechos reales sobre un inmueble.

En una primera etapa, la expedición de certificados catastrales electrónicos, consiste en la certificación de contratos de compraventa, hipoteca y adjudicaciones por sucesión, remate judicial y por disolución de la comunidad conyugal, en operaciones referentes a inmuebles ubicados en la zona urbana de Asunción e inmuebles ubicados en las

17. exhibiciones_registrales@pj.gov.py

zonas rurales del país, que cuenten con una referencia gráfica en la base de datos del Servicio Nacional de Catastro.

El trámite se realiza a través de la página web oficial del S.N.C.¹⁸, a la cual tienen acceso los Escribanos Públicos, habilitados para el ingreso al sistema del expediente electrónico, mediante la asignación de un usuario y contraseña.

Los notarios, al momento de solicitar el certificado, deben remitir a través de esta vía, los documentos escaneados y llenar los campos de datos requeridos, a los efectos de que sean validados, y de que pueda generarse un ticket para el pago del servicio. El certificado catastral electrónico cuenta con un código de validación, a fin de que el mismo pueda ser corroborado sobre su autenticidad y validez, a través de la página web citada.

Cabe destacar que paralela a la emisión del certificado catastral electrónico, el SNC aún recibe la solicitud y emite esta documentación en formato papel, a través de ventanilla. Sin embargo, dicho canal de tramitación es mucho más largo, por el tiempo de respuesta que conlleva la expedición del certificado catastral, pues, en algunos casos, la obtención del mismo puede demorar incluso meses.

Conclusiones

Indudablemente, con el paso del tiempo, la función notarial va modernizándose y adaptándose a la era digital en la que vivimos. Cada vez son más los trámites que pueden ser realizados desde la comodidad de la oficina, la casa e incluso desde cualquier parte del mundo mediante el uso de las diversas tecnologías que fueron surgiendo.

18. www.catastro.gov.py

En nuestro país, la facturación electrónica y la expedición de certificados de condiciones de dominio sobre bienes inmuebles, así como la emisión a través de medios digitales, de otros tipos de certificaciones e informes por la Dirección General de los Registros Públicos y otros entes relacionados, constituyen algunas de las expectativas y de las perspectivas más cercanas en el ámbito notarial y registral.

El Colegio de Escribanos del Paraguay, representa un importante colaborador en este proceso de adecuación a la era digital, con las constantes capacitaciones y actualizaciones que organiza en pos a la implementación de las disposiciones legales citadas. Así también, constituye un referente esencial en materia de asesoramiento en cuanto a la pertinencia de proyectos de leyes y normativas que implementen herramientas tecnológicas en el uso de la función notarial.

La agilidad, transparencia, protección al medio ambiente y la globalización de la información, combinadas con una garantía de seguridad jurídica con intervención notarial, constituyen las necesidades imperantes del tráfico comercial en el que se desenvuelve la realidad económica nacional actual, así como su impacto internacional.

Referencias bibliográficas

- 1) Acordada Corte Suprema de Justicia N° 690 “Por la cual se autoriza el desarrollo e implementación de una consulta web a la cual tendrán acceso los Escribanos con registro, con el fin de obtener informes del Registro de Interdicciones de la Dirección General de los Registros Públicos”. Asunción, Paraguay, 22 de marzo de 2011.
- 2) Acordada Corte Suprema de Justicia N° 886 “Por la cual se autoriza la implementación del Sistema en Línea de Informes y Certificados de Anotaciones Personales del Registro de Interdicciones de la Dirección General de los Registros Públicos”. Asunción, Paraguay, 14 de abril del 2014.

- 3) Acordada Corte Suprema de Justicia N° 963 “Por la cual se autoriza la presentación electrónica de los Informes Trimestrales y Anuales de los Notarios Públicos a la Corte Suprema de Justicia”. Asunción, Paraguay, 14 de abril del 2015.
- 4) Acordada Corte Suprema de Justicia N° 1033 “Que aprueba el Reglamento General Técnico Registral de la Dirección General de Registros Públicos”. Asunción, Paraguay, 28 de diciembre de 2015.
- 5) Acordada Corte Suprema de Justicia N° 1.180 “Por la cual se reglamenta un procedimiento temporal y optativo de rúbrica para hojas sueltas y formularios continuos destinados al uso comercial ante la Sección Registro Público de Comercio, dependiente de la Dirección General de los Registros Públicos”. Asunción, Paraguay, 13 de junio del 2017.
- 6) Acordada Corte Suprema de Justicia N° 1.204 “Por la cual se autoriza el desarrollo y la implementación de la Plataforma de Gestión Electrónica de Informes de la Dirección del Registro de Automotores”. Asunción, Paraguay, 25 de setiembre del 2017.
- 7) Acordada Corte Suprema de Justicia N° 1.211 “Por la cual se autoriza la implementación del Módulo de Gestión en Línea de Informes y Certificados de Anotaciones Personales del Registro General de Quiebras y de Convocatoria de Acreedores de la Dirección General de los Registros Públicos”. Asunción, Paraguay, 14 de noviembre del 2017.
- 8) Decreto N° 1.030 “Por el cual se reglamenta el Impuesto al Valor Agregado (IVA) establecido en la Ley N° 125/91 y sus modificaciones”. Asunción, Paraguay, 27 de diciembre de 2013.
- 9) Decreto N° 4.962 “Por el cual se autoriza al Ministerio de Hacienda, a través de la Abogacía del Tesoro, a emitir disposiciones reglamentarias y a adoptar medidas administrativas en materia de registro y fiscalización de sociedades anónimas (SA) y de socie-

dades de responsabilidad limitada (SRL). Asunción, Paraguay, 23 de febrero de 2016.

- 10) Decreto N° 6.539 “Por el cual se dicta el reglamento general de timbrado y uso de comprobantes de venta, documentos complementarios, notas de remisión y comprobantes de retención”. †Asunción, Paraguay, 25 de octubre de 2005.
- 11) Decreto N° 10.797 “Por el cual se modifican varios artículos del Decreto N° 6.539/2005 “Por el cual se dicta el reglamento general de timbrado y uso de comprobantes de venta, documentos complementarios, notas de remisión y comprobantes de retención”, modificado por los Decretos N°s. 6.807/2005, 8.345, 8.696/2006 y 2.026/2009”. Asunción, Paraguay, 21 de marzo de 2013.
- 12) Ley N° 125 “Que establece el nuevo régimen tributario”. Asunción, Paraguay, 1991.
- 13) Ley N° 879 “Código de Organización Judicial”. Asunción, Paraguay, 2 de diciembre de 1981.
- 14) Ley N° 1.015 “Que Previene y Reprime los Actos Ilícitos destinados a la Legitimación de Dinero o Bienes”. Asunción, Paraguay, 10 de enero de 1997.
- 15) Ley 3.783 “Que modifica varios artículos de la Ley N° 1.015 “Que Previene y Reprime los Actos Ilícitos destinados a la Legitimación de Dinero o Bienes”. Asunción, Paraguay, 20 de julio de 2009.
- 16) Ley N° 4.017 “De validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico”. Asunción, Paraguay, 23 de diciembre de 2010.
- 17) Ley N° 4.610 “Que modifica y amplía la Ley N° 4.017/10 “De validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico”. Asunción, Paraguay, 7 de mayo de 2.012.
- 18) Poder Judicial (17 de octubre de 2012). Más de 4 mil operaciones en primer día de Cobro Bancarizado. Corte Suprema de Justicia:

<https://www.pj.gov.py/notas/7619-mas-de-4-mil-operaciones-en-primer-dia-de-cobro-bancarizado>

- 19) Resolución Abogacía del Tesoro N° 06 “Por la cual se amplían los servicios de tramitación electrónica ante el Departamento de Registro y Fiscalización de Sociedades (DRFS) y se modifica la Resolución AT N° 03/2016 “Por la cual se emiten disposiciones reglamentarias y se adoptan medidas administrativas en materia de registro y fiscalización de Sociedades Anónimas (SA) y de Sociedades de Responsabilidad Limitada (SRL)”. Asunción, Paraguay, 06 de noviembre de 2017.
- 20) Resolución General de la Sub Secretaria de Estado de Tributación N° 44 “Por la cual se reglamenta la expedición del Certificado de Cumplimiento Tributario y de la Constancia de No Ser Contribuyente”, Asunción, Paraguay, 18 de noviembre de 2014.
- 21) Resolución General de la Subsecretaría de Estado de Tributación N° 61 “Por la cual se implementa la emisión virtual de comprobantes de retención y de facturas, y se establece el inicio de un plan piloto”. Asunción, Paraguay, 29 de mayo de 2015.
- 22) Resolución General de la Subsecretaría de Estado de Tributación N° 96 “Por la cual se establecen requerimientos relativos a la emisión de comprobantes de retención virtual”. Asunción, Paraguay, 20 de octubre de 2016.
- 23) Resolución Ministerio de Hacienda N° 207 “Por la cual se autorizó la implementación de procesos que permitan la implementación de la firma electrónica, la firma digital y el expediente electrónico para los trámites administrativos realizados en el Servicio Nacional de Catastro de este Ministerio”. Asunción, Paraguay, 2018.
- 24) Resolución SEPRELAD N° 325 “Por el cual se aprueba el Reglamento de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes, Financiamiento del Terrorismo y la Financiación de la proliferación de

armas de destrucción masiva basado en un sistema de administración de riesgos, para los Notarios y Escribanos Públicos de la República del Paraguay”. Asunción, Paraguay, 15 de octubre de 2013.

- 25) Resolución Servicio Nacional de Catastro N° 401 “Por la cual se implementa la primera etapa de expedición de certificados catastrales a través del sistema del expediente electrónico”. Asunción, Paraguay, 14 de agosto del 2018.
- 26) 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).

EL CONTROL EN EL SECTOR PÚBLICO PARAGUAYO

María del Pilar Abente Lahaye

Introducción

El presente trabajo pretende realizar un análisis genérico acerca del marco legal vigente en materia de *Control del Sector Público* de la República del Paraguay con algún énfasis en el Control Financiero.

Se empieza esbozando algunas conceptualizaciones básicas en torno al control, así como también explicando los fundamentos e importancia. En ese contexto se desarrollan los conceptos, modalidades y otros del instituto de control en general y financiero en especial y a la luz del ordenamiento jurídico paraguayo. Así, se dedica en primer lugar capítulos especiales para el Control Político y Judicial, el Control Ciudadano y los tipos de control: interno y externo por un lado y, anterior y posterior por el otro.

Seguidamente se realiza una descripción orgánica del control en nuestro sistema, dedicando capítulos especiales a los siguientes órganos de control: Contraloría General de la República, Secretaría de la Función Pública; Defensoría del Pueblo, Auditoría General del Poder Ejecutivo y Dirección Nacional de Contrataciones Públicas.

Por último, se lleva a cabo un análisis enfocado al Control Financiero regulado por Ley 1.535/98 de *Administración Financiera del Estado*, y específicamente al Control como Subsistema y dentro de este el interno y externo, culminando con una descripción del MECIP (Modelo Estándar de Control Interno del Paraguay).

Durante el desarrollo del presente trabajo también se incluye la descripción de normas de rango constitucional en donde se consagra el instituto en mención, así como la legislación existente sobre la materia.

El Control en el Sector Público paraguayo

1. Control. Concepto.

Entendemos por control de la Administración Pública a la actividad comprobación, inspección, fiscalización, intervención¹ realizada por los organismos e instituciones competentes sobre el actuar de los órganos estatales. O, en otras palabras, el control consiste en la función atribuida a determinados órganos para verificar la correspondencia de la actuación administrativa a los principios y reglas establecidos para el efecto, con la finalidad de determinar su legalidad, oportunidad, conveniencia, economicidad y eficiencia; y tomar las medidas correctivas².

¿Por qué es necesario el control del sector público? En primer lugar, por razones de eficiencia y eficacia, en segundo lugar, es necesario dicho control para asegurar la juridicidad del actuar de la administración conforme al Principio de Legalidad, y, por último –y no menos importante–, porque garantiza a los ciudadanos a quienes representa que están actuando transparentemente.

Esto último es vital en un Estado constituido bajo la forma republicana de gobierno y como Estado Social de Derecho: el control –en todos sus aspectos– constituye entonces un pilar esencial del sistema

1. Diccionario de la Real Academia Española www.rae.es
2. *Derecho Administrativo*, Manuel de Jesús Ramírez Candia, Litocolor S.R.L., Asunción, 2004, p. 630.

democrático y republicano. Ya que los servidores/as públicos/as administran cosas ajenas y públicas –por eso, *res pública*–, están obligados a rendir cuentas de su gestión.

Este principio ya se encontraba reconocido en la misma Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 15 que señala: “*La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración*”; por su parte la Constitución paraguaya vigente establece en su artículo 3° *Del Poder Público* que: “*El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público*”.

Por todo esto, el control –en todas sus manifestaciones– se constituye en un pilar básico para el funcionamiento del sistema democrático y republicano, y, por tanto, sin este no podemos esperar una democracia de calidad. Mediante el control, se puede valorar si la Administración Pública e incluso el Estado, está cumpliendo con sus propósitos que finalmente podemos resumir en los siguientes: Promoción de la libertad y de la igualdad y remoción de los obstáculos para que esta sea posible (artículo 46 de la Constitución), respeto de los Derechos Fundamentales de las personas, y administrar los intereses generales en sometimiento pleno al Derecho (artículo 128 de la Constitución)³.

Existen muchas clasificaciones del control de la administración pública. Desde el punto de vista orgánico se puede clasificar en control interno y control externo o puede ser ciudadano, judicial y legislativo

3. *El control de la Administración Pública*, Rodríguez-Arana, Jaime, en Control de la Administración Pública Administrativo, Legislativo y Judicial, 2ª edición, Ediciones RAP, Buenos Aires 2009, p. 17.

(político). Con un criterio temporal se puede clasificar en control previo, concomitante y posterior. De igual manera, con un criterio objetivo, podemos diferenciar el control de legalidad del de oportunidad, mérito y conveniencia. Intentaremos desarrollar en el presente trabajo el control desde dichas perspectivas, salvo este último al cual dedicaremos un ensayo especial.

2. El Control Político y el Control Judicial

El Principio de División de Poderes o de Separación de Funciones, consagrado en nuestra Constitución, prevé –entre otras– la herramienta del recíproco control que se debe dar entre los tres poderes del Estado. Y en el marco del control mutuo, denominamos *control político* al que está a cargo del Poder Legislativo sobre el actuar del Poder Ejecutivo y *control judicial* al que compete al Poder Judicial sobre la actuación de los otros poderes.

En ese sentido, el Poder Judicial cuenta con la herramienta de la declaración de inconstitucionalidad para todo tipo de normas o actos dictados por los demás poderes que infrinjan alguna declaración, garantía o derecho consagrados en la Carta Magna⁴, así como las demás garantías constitucionales (Amparo, *Habeas Data* y *Habeas Corpus*), asimismo, tiene a su cargo la revisión judicial de la actividad administrativa a través del Tribunal de Cuentas.

Por su parte, el Congreso tiene también varias herramientas a fin de hacer posible el control político antes mencionado, entre ellas

4. Esta potestad se encuentra consagrada en el texto constitucional en su artículo 132 “*DE LA INCONSTITUCIONALIDAD. La Corte Suprema de Justicia tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y de las resoluciones judiciales, en la forma y con los alcances establecidos en esta Constitución y en la ley*”.

citamos el *Juicio Político*⁵, los *Pedidos de Informe*⁶ y la *Interpelación* a otros funcionarios del Estado⁷.

Igualmente, el *Voto de Censura* así como las *Comisiones de Investigación*, son mecanismos mediante los cuales este poder puede ejercer el control político (artículos 194 y 195 de la Constitución, respectivamente). En materia financiera, el Presupuesto General de la Nación de acuerdo con el Principio de Legalidad debe ser necesariamente aprobado de forma anual por ley formal.

El Congreso dicta además Cartas Orgánicas, por las cual se crean y establecen las funciones de instituciones y órganos que componen la Administración Pública, de lo que se deduce que, así como crea órganos puede suprimir o modificar sus competencias, siempre en el marco constitucional.

-
5. El Juicio Político está regulado de manera amplia en el artículo 225 de la Constitución que establece: “*El 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 General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes*”.
 6. El artículo 192 de la Carta Magna, sobre el *Pedido de Informes* reza: “*Las Cámaras pueden solicitar a los demás poderes del Estado, a los entes autónomos, autárquicos y descentralizados, y a los funcionarios públicos, los informes sobre asuntos de interés público que estimen necesarios, exceptuando la actividad jurisdiccional. Los afectados están obligados a responder los pedidos de informe dentro del plazo que se les señale, el cual no podrá ser menor de quince días*”
 7. Y en el artículo 193 de la C.N. de la *Citación y de la Interpelación* dice: “*Cada Cámara por mayoría absoluta, podrá citar e interpelar individualmente a los ministros y a otros altos funcionarios de la Administración Pública, así como a los directores y administradores de los entes autónomos, autárquicos y descentralizados, a los de entidades que administren fondos del Estado y a los de las empresas de participación estatal mayoritaria, cuando se discuta una ley o se estudie un asunto concerniente a sus respectivas actividades. Las preguntas deben comunicarse al citado con una antelación mínima de cinco días. Salvo justa causa, será obligatorio para los citados concurrir a los requerimientos, responder a las preguntas y brindar toda la información que les fuese solicitada.*”

3. El control ciudadano

El control también puede (o debe) ser ejercido por la misma ciudadanía a través de los distintos mecanismos de participación ciudadana y la Carta Magna del Paraguay reconoce varios de ellos.

El sufragio sería el primero de ellos (artículo 3°) e igualmente por medio del clásico instituto de *Referéndum* o *Consulta Popular* recogido en el artículo 121 que dice: “*El referéndum legislativo, decidido por ley, podrá o no ser vinculante. Esta institución será reglamentada por ley*”.

Otro mecanismo de participación reconocido en nuestra Constitución es el de la *Iniciativa Popular*; en su artículo 123 que reza: “*DE LA INICIATIVA POPULAR. Se reconoce a los electores el derecho a la iniciativa popular para proponer al Congreso proyectos de ley. La forma de las propuestas, así como el número de electores que deban suscribirlas, serán establecidas en la ley*”.

El Acceso a la Información Pública, hoy día considerado como un Derecho Humano incluso, reconocido expresamente de manera constitucional y reglamentado por Ley N° 5.282/14, se constituye en uno de los instrumentos más contundentes para que la ciudadanía ejerza el control y funcionen principios básicos del sistema republicano, como ser el de la Transparencia y la Publicidad.

Todos estos mecanismos de participación ciudadana, mediante los cuales se puede ejercer el control ciudadano mencionados hasta aquí y consagrados en la ley suprema, se inscriben dentro de los clásicos del sistema representativo. Sin embargo, atendiendo a que nuestro sistema es el de la democracia representativa y participativa, son válidos todos los demás institutos de participación ciudadana que sean instituidos a nivel legislativo o reglamentario.

En ese contexto, a nivel legislativo e incluso reglamentario se han consagrado otros métodos, tales como las *Audiencias Públicas*, en las

que existen una inmediatez entre las decisiones estatales y los pareceres de la ciudadanía. A modo de ejemplo, la Ley Orgánica Municipal N° 3.966/10, dedica un capítulo especial a la participación ciudadana, reglamento el mecanismo de Audiencias Públicas y de Acceso a la Información.

Todos estos controles recíprocos entre poderes junto con el ciudadano regulados en la legislación paraguaya son los que hacen posible la consagración material del Estado de Derecho⁸.

4. Tipos de Control: Interno/Externo, Anterior/Posterior

Como ya adelantáramos superficialmente, dentro del esquema del control existen varias clasificaciones. Así, según el ámbito u objeto, el control puede ser sólo de legalidad y/o de oportunidad mérito o conveniencia; puede limitarse a aspectos contables, financieros de gestión y/o además puede tener por objeto las conductas de sus agentes⁹.

Otra clasificación típica es del control *interno* o *externo*, según el órgano que lo realice o de donde provenga. El primer caso se da por medio un órgano especial, como es el caso de las Auditorías Internas dependientes jerárquicamente de cada institución objeto de fiscalización; por el mismo órgano que realizó la actividad (autocontrol); por el superior jerárquico del mismo o por el órgano jurídico. En todos estos casos el mismo organismo o institución se autocontrola.

-
8. "ARTÍCULO 1. DE LA FORMA DEL ESTADO Y DE GOBIERNO. *La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado en la forma que se establecen esta Constitución y las leyes.*
La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana"
9. *Derecho Administrativo*, Manuel de Jesús Ramírez Candia, Litocolor S.R.L., Asunción, 2004, p. 634.

El segundo, es decir, el *externo*, es el de las auditorías externas en principio a cargo de la Contraloría General de la República, que es un órgano *extrapoder*, según nuestra legislación y no depende jerárquicamente de los organismos objeto de control a modo de ejemplo. Igualmente, todo control realizado por personas o instituciones distintas a la misma pueden ser categorizados como externo tales como: el control ciudadano, el control político ejercido por el Congreso y el control judicial por el Poder Judicial, cada uno en el marco de sus competencias y límites.

Luego se conocen las modalidades de control previo, concomitante o posterior, según el *momento o tiempo* en que los mismos se lleven a cabo. Así, el *previo* es el que exige una autorización para la emisión del acto respectivo o el *posterior* es que se efectúa una vez consumada la actividad. El previo, a modo de ejemplo, es el llevado a cabo por el Ministerio de Hacienda en oportunidad de transferir recursos a las instituciones luego de constatar el cumplimiento los requisitos previstos en las normas presupuestarias o el mismo control que debe realizar cada órgano e institución antes de la actuación de este.

El mismo Congreso cuando aprueba el Presupuesto General de la Nación, además de realizar un control político o legislativo, está realizando un control previo porque sin autorización legal la administración pública no puede ordenar gastos.

El control *posterior* es el que está a cargo de las Auditorías Internas o la Contraloría General de la República, en materia financiera y presupuestaria especialmente. Al respecto, es importante señalar que, en nuestra opinión en la Administración Pública paraguaya se omite de forma errónea este carácter de este tipo de control, haciendo partícipes a las Auditorías mismas de los procesos que luego ellas deben supuestamente controlar, ocasionando esto en muchos casos un conflicto de intereses e ineficaz la tarea de estas.

Conforme a lo expresado, la misma Ley 1.535 de *Administración Financiera* en su artículo 60 dispone: “Control interno. El control in-

terno está conformado por los instrumentos, mecanismos y técnicas de control, que serán establecidos en la reglamentación pertinente. El control interno comprende el control previo a cargo de los responsables de la Administración y control posterior a cargo de la Auditoría Interna Institucional y de la Auditoría General del Poder Ejecutivo". Es decir, la norma legal establece que el control interno a cargo de las Auditorías Internas es posterior.

Pero el control posterior no necesariamente se circunscribe a lo financiero, sino también puede ser el control de legalidad o juridicidad que realiza el Tribunal Judicial, ya que éste tiene jurisdicción para revisar judicialmente la actuación administrativa.

El control concomitante se da de forma simultánea a la realización de la actividad sujeta a fiscalización. Un ejemplo de este último en nuestro sistema jurídico es el que realiza la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, la que verifica simultáneamente el procedimiento de selección del contratista llevado a cabo por cada institución, es decir, va aprobando o dando el visto bueno en varias fases de este.

Podemos decir también que es control interno y concomitante, el autocontrol que realiza cada órgano dentro de la institución e incluso el control jerárquico en el marco del Recurso de Apelación. Este último a su vez, puede ser tanto de legalidad como de oportunidad, mérito y conveniencia. Asimismo, cuando un mismo órgano revisa los actos emitidos por el mismo, durante la sustanciación del Recurso de Reconsideración, está realizando un control interno, concomitante, de legalidad y/o oportunidad mérito y conveniencia.

Las áreas jurídicas de cada organismo estatal tienen a su cargo el control interno y de juridicidad, el cual a la vez puede ser anterior, concomitante y posterior. Anterior sería en el caso de una consulta específica acerca de la viabilidad legal de algún asunto, el concomitante la emisión del dictamen con parecer jurídico para el dictado de un acto administrativo y el posterior, cuando se da su intervención luego de realizada la actividad estatal.

5. Órganos de control

Como ya referimos anteriormente, con un criterio orgánico el control también puede ser estudiado según los órganos e instituciones que cuentan con funciones contraloras dentro del sistema paraguayo, así tenemos, a los mismos poderes que ejercen el control recíproco (*check and balances*), como ya se explicó más arriba.

El pueblo, que, si bien no es un órgano o institución estatal, tiene a su cargo el control como titular del poder público a través del sufragio y demás mecanismos de participación ciudadana y derechos.

Por otro lado, están otros órganos creados con la misión principal de realizar el control a las distintas entidades estatales –dentro del marco de sus competencias respectivas– como ser: la Contraloría General de la República –en adelante C.G.R.–; la Auditoría General del Poder Ejecutivo, la Defensoría del Pueblo, la Dirección General de Contrataciones Públicas, la Secretaría de la Función Pública y la más recientemente creada a nivel reglamentario, la Secretaría Nacional Anticorrupción. Seguidamente hablaremos de algunos de ellos.

5.1. Contraloría General de la República

El aumento de las funciones del Estado hizo necesario que la actividad financiera del mismo tuviera un control más adecuado y eficaz para lo cual se debió contar con un órgano que cumpliera su cometido y cuente con autonomía institucional conveniente dentro del marco constitucional¹⁰.

Así, la Constitución en su artículo 281 dispone que la Contraloría General de la República es el órgano de control de las actividades

10. *Finanzas y Derecho Financiero*, Manuel Peña Villamil, 3ª edición actualizada, Asunción 2003, p. 427.

económicas y financieras del Estado, de los departamentos y de las municipalidades y que a dichos efectos goza de autonomía funcional y administrativa.

Es importante mencionar que la Contraloría General de la República, institución que fue incorporada por primera vez en la Constitución del año 1992, asumió las originales competencias del Tribunal de Cuentas¹¹. Cabe aclarar que si bien ambas competencias coinciden en cuanto al “objeto” es decir, el control financiero, es de notar que los efectos de ambos controles no son idénticos, la C.G.R. emite dictámenes no vinculantes y el Tribunal juzga las cuentas.

Los convencionales además mantuvieron al Tribunal de Cuentas en la Constitución. El mencionado tribunal desde sus orígenes estuvo compuesto por dos salas: una tenía a su cargo efectivamente el Control de Cuentas del Estado y la otra el fuero contencioso-administrativo de todo el país. Sin embargo, luego de la creación de la C.G.R. y ante la imposibilidad de suprimir este Tribunal, este retuvo competencia contencioso-administrativa (ambas salas). Esto porque la Constitución se limitó a mantenerlo, sin especificar función alguna disponiendo lo siguiente: *“Artículo 265. Del Tribunal de Cuentas y de otras Magistraturas y organismos auxiliares. Se establece el tribunal de cuentas. La ley determinará su composición y su competencia.*

La estructura y las funciones de las demás magistraturas judiciales y de organismos auxiliares, así como las de la escuela judicial, serán determinadas por la ley”.

La C.G.R. actualmente se constituye como el único órgano externo de control no judicial, posterior y financiero del sector público y, el Tribunal de Cuentas es el órgano del Poder Judicial que realiza el control de legalidad de la actuación administrativa (revisión judicial).

11. Actualmente el Tribunal de Cuentas tiene a su cargo el control judicial de la administración pública.

Esta última distribución de competencias se confirmó y definió con el dictado de la Ley N° 2.248/03, que dispuso expresamente que ambas salas del Tribunal de Cuentas tendrán de manera exclusiva jurisdicción en lo contencioso-administrativo.

5.2. La Secretaría de la Función Pública

El órgano de control de cumplimiento y fiscalización de las normas atinentes al empleo público está a cargo de la Secretaría de la Función Pública dependiente de la Presidencia de la República, acorde a lo prescripto en la Ley 1.626/00 de la Función Pública, con la responsabilidad de vigilar el cumplimiento de esta ley y de promover por medio de normas técnicas los objetivos de la función pública.

La norma establece que la Secretaría de la Función Pública es ejercida por un secretario designado por el presidente de la República de una terna de candidatos seleccionada en base a un concurso público de oposición convocado por una Junta Consultiva por vencimiento del mandato o al producirse la acefalía. No obstante, es importante señalar que dicha Junta nunca fue constituida ni se ha realizado concurso alguno para la designación de dicho funcionario.

Dicha situación responde a la negativa por parte de la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicabilidad del presente cuerpo normativo dentro del Poder Judicial, cuya inconstitucionalidad fue declarada. Independientemente de dicha situación, el organismo empezó a funcionar después de la sanción de la Ley y desde ahí estuvo a cargo de la regulación en la materia.

Esta ley, además, establece el Régimen Disciplinario al cual están sometidos los funcionarios/as públicos/as del Sector Público paraguayo, regulando las faltas y las respectivas sanciones que correspondan por el incumplimiento de sus obligaciones los servidores públicos. En el marco de este último, es la S.F.P. la que lleva el registro de los

jueces instructores, realiza el sorteo en cada sumario para asignar juez sumariante y sienta las normas generales de aplicación e interpretación en la materia, entre otras, con la finalidad de unificar al régimen disciplinario en todo el sector público paraguayo.

Lamentablemente, la circunstancia de que el ámbito de aplicación de la presente normativa abarque todo el sector público paraguayo y no sólo el Poder Ejecutivo, causó que muchas entidades autónomas y autárquicas hayan promovido su inconstitucionalidad, tanto total como parcial. Entre los mencionados entes se encuentran el mismo Poder Judicial, el Ministerio Público, el Banco Central del Estado, varias municipalidades, etc., perdiéndose con todo eso la finalidad unificadora en materia de la carrera del servicio civil.

5.3. La Defensoría del Pueblo

Otro órgano cuya función principal es la de ejercer el control público en materia de respeto de Derechos Humanos, es el de la Defensoría del Pueblo, institución autónoma, cuya máxima autoridad, el Defensor, es elegido por el Congreso con un periodo de cinco años pudiendo ser reelecto y removido por juicio político.

La figura fue incorporada también en la Constitución del año 1992, como un comisionado parlamentario cuyas funciones son la defensa de los Derechos Humanos, la canalización de reclamos populares y la profesión de los intereses comunitarios; el que en ningún caso tendrá función judicial ni competencia ejecutiva (artículo 276).

Conforme al texto constitucional, son deberes y atribuciones del Defensor del Pueblo: *“1. recibir e investigar denuncias, quejas y reclamos contra violaciones de los derechos humanos y otros hechos que establecen esta Constitución y la ley; 2. requerir de las autoridades en sus diversos niveles, incluyendo los de los órganos policiales y los de seguridad en general, información para el mejor ejercicio de sus fun-*

ciones, sin que pueda oponérsele reserva alguna. Podrá acceder a los sitios donde se denuncie la comisión de tales hechos. Es también de su competencia actuar de oficio; 3. emitir censura pública por actos o comportamientos contrarios a los derechos humanos; 4. informar anualmente de sus gestiones a las Cámaras del Congreso; 5. elaborar y divulgar informes sobre la situación de los derechos humanos que, a su juicio, requieran pronta atención pública, y 6. los demás deberes y atribuciones que fije la ley” (artículo 279 de la Constitución)

Es decir, la Defensoría del Pueblo funge entonces como órgano de control de la administración pública y de los demás poderes y órganos estatales, en el marco de su competencia.

5.4. Auditoría General del Poder Ejecutivo

El Control Interno Posterior es ejercido por la Auditoría General del Poder Ejecutivo, dependiente de la Presidencia de la República, y dentro de cada organismo e institución del Estado por las Auditorías Internas Institucionales.

Más adelante, en ocasión de desarrollar el tema del Control Interno, profundizaremos sobre esta.

5.5. Dirección Nacional de Contrataciones Públicas

En materia de Contrataciones Públicas, la Ley 2.051/2003, además de establecer un nuevo sistema en materia de contrataciones públicas, reglamentó los procedimientos, principios y normas a seguir por toda institución pública a la hora de contratar el suministro de bienes, prestación de servicios, realización de obras, etc., y creó la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (originariamente llamada Unidad Central Normativa y Técnica) como la institución de regulación y verificación de las materias reguladas por la referida Ley.

La Ley 3.439/07, que modifica la referida en el párrafo anterior, le asigna a la D.N.C.P., además de las funciones de regulación, la de control e incluso la potestad de anular los actos y contratos realizados en violación de las normas de la materia previa sustanciación del procedimiento respectivo (artículo 1° de la Ley 3.439/07 que modifica el artículo 10 de la Ley 2.051/03).

Esta dirección está instituida como un organismo autárquico y autónomo, con personería jurídica y se relaciona con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda (artículo 1° de la Ley 3.439 que modifica el artículo 5°, Ley 3.439).

A la luz de lo analizado hasta ahora, podemos decir que la D.N.C.P. tiene a su cargo el control externo en materia de contrataciones públicas el cual, según la etapa del procedimiento contractual, puede ser anterior, concomitante o posterior. El primer caso sería el revisar e incluso retener los Pliegos de Bases y Condiciones antes de su difusión, el concomitante que consiste en acompañar todo el procedimiento de selección y el posterior, que será en el marco de investigaciones de oficio y protestas ante supuestas irregularidades cometidas por los organismos e instituciones del Estado.

6. El Control Financiero. Ley 1.535/98 de Administración Financiera. Sistemas

En el año 1998 el Congreso de la República sancionó la Ley 1.535 *“De Administración Financiera del Estado”*, la cual reglamenta el conjunto de sistemas, las normas básicas y los procedimientos administrativos a los que se ajustarán los distintos organismos y dependencias para programar, gestionar, registrar, controlar y evaluar los ingresos y el destino de los fondos públicos (artículo 1°).

La norma deja sin efecto las viejas y asistemáticas normativas, que ya se habían convertido en su complejo y obsoleto cúmulo de normas.

En este sentido, nuestra relativamente nueva normativa financiera se adecua a los nuevos paradigmas en la materia, creando un *Sistema Integrado de Administración Financiera*, denominado “SIAF” compuesto a la vez por Subsistemas tales como: Presupuesto, Inversión, Tesorería, Crédito y Deuda Pública, Contabilidad; y Control.

Este sistema es obligatorio para todos los organismos y entidades del Estado y consagra además el Principio de Centralización Normativa y Descentralización Operativa. Es decir, el Ministerio de Hacienda, a través de sus respectivas dependencias, tiene a su cargo la reglamentación y fijación de criterios generales que cada organismo y entidad debe aplicar en materia de administración financiera.

El ámbito de aplicación de esta norma es bastante amplio, ya que abarca a todo el Sector Público, entendido como tal a: los tres poderes del Estado, todos los órganos conocidos como extrapoderes (Ministerio Público, Contraloría General de la República y Defensoría del Pueblo, Justicia Electoral, Banco Central, etc.) gobernaciones, municipalidades (de forma supletoria), y todos los entes descentralizados y autónomos.

Respecto a las municipalidades es pertinente mencionar que, si bien la Ley 1.535 dispone que es de aplicación supletoria para estas, la vigente Ley Orgánica Municipal N° 3.966/10 prescribe cuanto sigue: *“De la Normativa de Aplicación General Artículo 178.- Régimen jurídico. Las municipalidades en materia de Administración Financiera, Principios Generales, Sistema de Presupuesto, Principios Presupuestarios, Normas Presupuestarias, Lineamientos, Criterios, Terminología Presupuestaria, Clasificador Presupuestario, Estructura del Presupuesto y Programación del Presupuesto se regirá por las disposiciones establecidas en la Ley N° 1.535/99 “DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO” y sus decretos y resoluciones reglamentarias que le sean aplicables, así como las leyes anuales de Presupuesto”* Es decir, conforme al marco legal vigente el marco legal en mención es aplicable a todas las municipalidades.

6.1. El Control Financiero como Subsistema

La ley de Administración Financiera al haber establecido a la Administración Financiera como sistema y a sus distintos componentes como subsistemas, le dedica al *Subsistema de Control* el Título VII denominado “*Del Sistema de Control y Evaluación*”. Este título a la vez se divide en 5 capítulos en total, que son: 1) Del Régimen de Control y Evaluación 2) Del Control Interno 3) Del Control Externo 4) De Cuentas y 5) Del Informe Anual.

En el capítulo del Régimen del Control prescribe que éste será externo e interno, y estará a cargo de la Contraloría General de la República, de la Auditoría General del Poder Ejecutivo y de las Auditorías Internas Institucionales (artículo 59).

6.2. Control Financiero Interno

La jurista argentina Martha Zilli de Miranda proporciona una definición del control interno siguiendo los lineamientos realizados en el *Informe Coso* según el cual “*el control interno es definido como un proceso llevado a cabo por la máxima autoridad, los gerentes y el resto del personal de una organización, diseñado con el fin de proporcionar un grado de seguridad razonable en cuanto al logro de sus objetivos, a saber: cumplimiento de la ley, preservación del patrimonio, ejecución de operaciones eficientes, económicas y eficaces y generación de información oportuna, pertinente, confiable y completa...*”¹². En sintonía con esta definición, la norma en análisis respecto a esta especie de

12. *El Control Interno de la Administración Pública en el ámbito nacional: la Sindicatura General de la Nación*, en Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial, Segunda Edición, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 74.

control dispone, que comprende el control previo a cargo de los responsables de la Administración y el *control posterior* a cargo de la Auditoría Interna Institucional y de la Auditoría General del Poder Ejecutivo.

Las Auditorías Internas Institucionales son los órganos especializados de control dentro de cada organismo y entidad del Estado y dependen funcionalmente de la autoridad principal del organismo o entidad. Sin embargo, técnicamente dependen de la Auditoría General del Poder Ejecutivo, la que a la vez depende de la Presidencia de la República, esto último de conformidad con el Principio de Centralización Normativa y Descentralización Operativa)

La Auditoría General se constituye como órgano de control interno del Poder Ejecutivo la que a la vez realiza auditorías de los organismos y entidades dependientes de dicho poder del Estado y además tiene a su cargo la reglamentación y supervisión del funcionamiento de las Auditorías Internas Institucionales. Este control también es posterior.

Es importante resaltar que, en materia de control interno, aunque la Ley N° 1.535 es de aplicación general a todo el sector público, la Auditoría General del Poder Ejecutivo, es el órgano normativo dentro del ámbito de este poder y no así de los demás ni de los descentralizados.

6.3. Control Financiero Externo

El control externo, acorde a la norma en mención, es *posterior* a la ejecución de las operaciones de las entidades y organismos del Estado y está a cargo de la Contraloría General de la República.

La C.G.R., a su vez cuenta con una Ley Orgánica N° 276/94, en la que establece que es el organismo de control de las actividades económicas y financieras del Estado, de los Departamentos y de las Muni-

cipalidades, en la forma determinada por la Constitución Nacional y por esta Ley y que goza de autonomía funcional y administrativa.

No obstante, tiene también la C.G.R. ciertas competencias que no son de carácter puramente financiero, como ser por ejemplo, la atribución otorgada por su carta orgánica en su artículo 9º que dice: “*Son deberes y atribuciones de la Contraloría General: (...) r) Controlar desde su inicio todo el proceso de licitación y concurso de precios de los organismos sometidos a su control;...*” De todas formas, es conveniente señalar que luego de la sanción de la Ley 2.051/03 “De Contrataciones Públicas”, la C.G.R. solo retuvo esta competencia en procesos de contrataciones excluidas de esta última.

Se compone de un Contralor y un Subcontralor, quienes deberán ser de nacionalidad paraguaya, de treinta años cumplidos, graduados en Derecho o en Ciencias Económicas, Administrativas o Contables. Cada uno de ellos será designado por la Cámara de Diputados, por mayoría absoluta, de sendas ternas de candidatos propuestos por la Cámara de Senadores, con idéntica mayoría, de acuerdo con el texto constitucional.

Igualmente, según la Ley 1.535 el control externo puede ser llevado a cabo por las denominadas Auditorías Externas Independientes, sin perjuicio de la competencia de la C.G.R. En ese sentido, los organismos y entidades del Estado –con la correspondiente autorización del Poder Ejecutivo– están autorizados para contratar las auditorías externas independientes, en cumplimiento de las disposiciones establecidas en sus respectivas cartas orgánicas y en cláusulas contractuales de convenios internacionales.

7. El MECIP. Modelo Estándar de Control Interno del Paraguay

Una innovación en materia de control que se viene implementan-

do de a poco desde hace un tiempo en el Paraguay, es el MECIP Modelo Estándar de Control Interno del Paraguay.

Su implementación se viene dando en el marco del Programa Umbral, Componente 3 *“Fortalecimiento de los Sistemas de Control”* impulsado de la USAID (Agencia de Cooperación de los Estados Unidos de América) como requisito para que el Paraguay pueda acceder a la *Cuenta del Milenio* y a instancia de la Contraloría General de la República.

El MECIP consiste en un marco de estructuras, conceptos y metodologías necesarias para permitir el diseño, desarrollo, implementación y funcionamiento de un control interno adecuado, que apoye el cumplimiento de los objetivos institucionales de cada organismo y entidad pública¹³ y fue adoptado por Resolución N° 425 del 9 de mayo de 2008 de la Contraloría General de la República como marco para el control, fiscalización y evaluación de las instituciones objeto de supervisión de dicho organismo.

El modelo está estructurado bajo los componentes corporativos de *Control Estratégico*, *Control de Gestión* y *Control de Evaluación*, los cuales a su vez se dividen en distintos subcomponentes bajo estándares bien determinados y previstos en un Manual de Implementación.

Su fundamento principal es el que las instituciones públicas deben prevalecer el interés general por sobre el particular (conforme con el 128¹⁴ de la Constitución) y las reglas de autorregulación, autocon-

13. <http://www.hacienda.gov.py/>

14. *“Artículo 128. DE LA PRIMACÍA DEL INTERÉS GENERAL Y DEL DEBER DE COLABORAR. En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general. todos los habitantes deben colaborar en bien del país, prestando los servicios y desempeñando las funciones definidas como carga pública, que determinen esta Constitución y la ley”.*

trol, y autogestión, basado en los valores de moralidad, responsabilidad, transparencia, igualdad, responsabilidad, e imparcialidad.

Establece como principios, además, los de eficiencia, eficacia, economía, celeridad, preservación del medio ambiente y publicidad.

Uno de los objetivos principales es el de unificar los sistemas de control interno en toda la Administración del Sector Público Paraguayo, a los efectos de facilitar sobre todo el control posterior.

8. Consideraciones finales

El control estatal en general y en especial el control financiero del Sector Público en la República del Paraguay, se encuentra hoy en día establecido conforme a los nuevos paradigmas en la materia.

Es decir, la República del Paraguay cuenta con un cuerpo legislativo, dictado conforme a la Teoría de Sistemas, gracias a la cual existe cierta unificación en materia financiera para toda la administración pública.

En ese sentido, podemos afirmar que el Paraguay cuenta un ordenamiento jurídico ordenado y sistémico, el cual facilita hoy las tareas de control por parte de las instituciones y organizaciones pertinentes. Al respecto, Zilli de Miranda, refiriéndose al sistema de control interno de su país, expresa: *“De este modo, se configura un esquema articulado por controles preventivos, detectives y correctivos, que alimentan a los restantes subsistemas, al tiempo que se retroalimenta y promueve la permanente generación de cambios y mejorías en su desempeño, con lo que se constituye la base fundamental para lograr el funcionamiento eficiente del sector público nacional”*¹⁵ y a nuestro

15. *El Control Interno de la Administración Pública en el ámbito nacional: la Sindicatura General de la Nación*, en Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial, 2ª edición, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009, p. 80.

criterio, con las observaciones que se pudieran hacer a nuestro sistema de control, el mismo se encuentra diseñado de tal manera que se puede hacer la misma apreciación al respecto.

No obstante, aún el camino es largo en otros aspectos tales como el efectivo cumplimiento por parte de los agentes públicos en sus responsabilidades en general, a causa de un debilitamiento institucional, no solo hablando del control, sino también hablando de otras relativas al mismo, tales como Transparencia, Legalidad, Acceso a la Información Pública, y también a la falta de interés de los agentes por respetar y hacer respetar los mismos o muchas veces desconocimiento de los mismos y de los ciudadanos.

Por tanto, es de vital importancia que el sistema de control, en todos sus aspectos y modalidades, sea permanente revisado, así como el marco legal en el que el mismo está regulado.

Bibliografía

Finanzas y Derecho Financiero, Manuel Peña Villamil, 3ª edición actualizada, Litocolor S.R.L., Asunción, 2003.

Derecho Administrativo, Manuel Ramírez Candia, Litocolor S.R.L., Asunción, 2004

Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial, 2ª edición, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2009.

Constitución de la República del Paraguay 1992.

Ley 1535/98, De Administración Financiera del Estado.

Ley 1626/00, De la Función Pública.

Ley 276/94, Orgánica y Funcional de la Contraloría General de la República.

Sitio Web de la Contraloría General de la República www.contraloria.gov.py

Sitio Web de la Auditoría General del Poder Ejecutivo <http://agpe.gov.py/>

Sitio web del Ministerio de Hacienda www.hacienda.gov.py

ESTUDIO DE TÍTULO

Ángel Alfonso

1. Significado del vocablo “título”

El vocablo “TÍTULO”, procede del latín **titulus**, tiene diversos significados. En sentido gramatical se puede expresar que significa causa, razón, motivo o pretexto, capacidad o mérito que da derecho a algo, como el origen o documento jurídico en el que se otorga un derecho o se establece una obligación; equivale, por lo común, al documento en que consta un derecho.

1.1. Acepción vulgar

La palabra “título” así, adquiere un verdadero sentido que prueba o demuestra, tanto judicial como extrajudicialmente la propiedad de una cosa.

Concretamente, puede tratarse de un solo documento o como en la mayoría de los casos, puede estar constituido por un conjunto o legajo integrado por varios documentos.

Su valor principal es que constituye **la prueba del dominio**; en el ámbito judicial, cuando se intenta una acción cuya justificación admite la existencia de esa competencia en el actor (vg. La reivindicación) y elementalmente a nivel privado, en el ejercicio notarial corriente, es la prueba indispensable que el propietario hace ante el notario público, a fin de disponer del bien en forma válida y eficaz.

El legajo de documentos al que se llama básicamente “título de propiedad” es una copia de la escritura pública o varias copias de escrituras públicas, que acreditan con documentos la transferencia de la propiedad del bien en los diferentes momentos, desde un número de años hacia el pasado hasta el día de la última operación.

También es posible que puedan integrar ese legajo diversos documentos que corresponden a las primeras copias de escritura pública, como por ejemplo: certificados de adjudicación de un juicio sucesorio, adjudicación de un juicio de separación de bienes, testimonios de sentencias declarativas de la prescripción adquisitiva, planos de mensura o fraccionamiento, testimonios de partida, recibos privados referentes a paredes medianeras, cuentas municipales de pavimento o colector, certificado catastral de empadronamiento, etc.

Muchos de los documentos mencionados, no tienen por finalidad probar las transferencias de propiedad, más bien tienen otro destino, como: La demostración gráfica del bien, en el caso de planos de mensura y certificado de empadronamiento o acreditar el cumplimiento de “obligaciones propter rem”, como sería el caso de las cuentas municipales.

1.2. Aceptación técnica

1.2.1. El título causal

El vocablo título encierra un doble concepto como el de título causa y título instrumento, es decir como causa que da origen al nacimiento de un derecho o de una obligación y por otro lado como instrumento que contiene un derecho, esta opinión es compartida por Escriche y Salvat^{1/2}.

1. Neri, Argentino I., TRATADO TEÓRICO Y PRÁCTICO DE DERECHO NOTARIAL, t. IV, Ed. Depalma, Bs. As., año 1981 Pág. 199. Escriche: “Título es la causa

En el Derecho Civil la palabra TÍTULO designa A LA CAUSA EFICIENTE PARA LA ADQUISICIÓN de un derecho, en ese sentido la palabra TÍTULO se refiere al fundamento jurídico para la adquisición del dominio de una cosa, así estamos en presencia de TÍTULO DE ADQUIRIR, como causa eficiente de adquirir el dominio, que en nuestro Código Civil es el contrato, así lo dispone el artículo 1966³.

Ahora bien hay una diferencia entre TÍTULO CAUSAL y TÍTULO DE ADQUIRIR, lo primero tiene un concepto amplio, no solamente se da a la adquisición, sino también puede referirse como acreedor, como arrendatario, en cambio el concepto de TÍTULO DE ADQUIRIR, es más específico, se refiere a la ADQUISICIÓN del dominio de una cosa y se identifica con lo que la ley denomina JUSTO TÍTULO, artículo 1995⁴ del Código Civil paraguayo, es de este parecer de diferenciación el escribano Dr. HORACIO RUBBO⁵.

La diferencia entre el sentido técnico de la palabra “título” y la acepción vulgar de “título” o “título de propiedad”, se puede apreciar claramente cuando en la práctica se nos presenta un testimonio de la sentencia de usucapión, como único documento para acreditar la propiedad de un inmueble. El documento cumple la exigencia de demostrar la propiedad y en ese sentido, debe ser considerado “título de

-
3. Artículo 1966 Código Civil paraguayo: “Adquiérase la propiedad de bienes inmuebles por: a) contrato; b) accesión; c) usucapión; y d) sucesión hereditaria”.
 4. Artículo 1995 Código Civil paraguayo: “Será justo título para la usucapión aquel que, teniendo por fin transmitir el dominio o un derecho real, reviste las solemnidades exigidas por la ley para su validez”.
 5. RUBBO, HORACIO, Estudio de títulos, 3^a ed., Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2003, pág. 13 “... ‘Título causal’ no es sinónimo de ‘título de adquirir’, hay entre ambos conceptos una relación de género a especie. Así, el título causal no solo puede ser de adquisición, sino también de ‘acreedor’ de ‘comodatario’, ‘arrendatario’, etc., de los cuales no se deriva la actitud legal para adquirir; así entendida y diferenciada, la especie se identifica con lo que la ley denomina justo título. Así entendida y diferenciada, la especie se identifica con lo que la ley denomina justo título...”.

propiedad”; pero del mismo no surge título alguno, en el sentido técnico jurídico de título causal, pues la propiedad en este caso, fue adquirida por usucapión, modo de adquirir originario, no derivado, que no requiere título causal.

1.2.2. Interpretaciones diversas en el Código Civil

La expresión “título” no siempre se emplea en la forma que corresponde; según el supuesto jurídico en juego, ella tiene distinto sentido.

El propio Código Civil paraguayo lo considera de modo diferente; así se puede citar: El artículo 1966⁶ del Código Civil Paraguayo, que admite por “título” el documento que le sirve como justificativo, el que se funda en un contrato, como la compraventa, la permuta etc.; b) tratándose de la posesión, cuando determina que ella es de mala fe, cuando conozca o deba conocer la ilegítima de su título (artículo 1918⁷ in fine del Código Civil paraguayo, entiende por “título” como la causa, el origen de la adquisición y no como el instrumento comprobatorio; c) tratándose de la prescripción para adquirir, cuando dispone que justo título es aquel, revestido de las solemnidades exigidas para su validez, tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, el artículo 1995⁸ del Código Civil paraguayo entiende por “título” la razón o motivo de la adquisición, esto es, el acto jurídico que sirve de causa y no EL INSTRUMENTO en el cual consta la existencia del derecho.

Es provechoso señalar que el Código Civil actual elimina a la causa como elemento del contrato, pero analizando superficialmente

6. Artículo 1966 Código Civil Paraguayo, ibidem 3.

7. Artículo 1918 del Código Civil paraguayo: “...El poseedor será de mala fe, cuando conozco o deba conocer la ilegitimidad de su título”.

8. Artículo 1995 del Código Civil paraguayo, ibidem 4.

sus disposiciones, encontramos, aunque no en forma expresa, pero si en forma implícita, como causa fin y en algunos casos como causa-fuente, como se puede apreciar en el artículo 1817⁹ del Código Civil Paraguayo.

Ahora bien el Código Procesal Civil paraguayo admite la causa, así lo dispone el artículo 465¹⁰.

1.2.3. Título registral

En el orden registral la palabra TÍTULO se utiliza en una doble interpretación, la primera que se le da es el objeto de la inscripción, es decir, el acto o contrato inscribible, que es la causa o la razón jurídica de la adquisición, modificación, o extinción del derecho real, es la parte material; y otras veces se refiere al documento inscribible es el significado formal o instrumental, esta doble interpretación es compartida por José María Chico y Ortiz¹¹.

Dentro del sentido referido es de advertir que el título, es visto como causa o razón jurídica, equivale a acto y examinado como documento, representa al instrumento público inscribible en el Registro.

Son títulos registrales: a) Los traslativos de dominio, son los que confieren la propiedad de una cosa, en virtud de él poseemos algo a título de dueño, como: El título de compra-venta, permuta, etc.

-
9. Artículo 1817, Código Civil paraguayo: “El que se enriquece sin causa en daño de otro está obligado, en la medida de su enriquecimiento, a indemnizar al perjudicado la correlativa disminución de su patrimonio...”.
 10. Artículo 465, Código Procesal Civil: “De la causa de la obligación. No podrá investigarse la causa de la obligación en el juicio ejecutivo”.
 11. Chico y Ortiz, José María. Estudios sobre derecho hipotecario, t. I, Marcial Pons, Edi. Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000, España, pag.161. “Al tratar de los títulos inscribibles en nuestro derecho, es necesario distinguir, ya de entrada, la doble acepción en que la palabra título se emplea: sustantiva o material y formal o instrumental”.

Por contraste existe el título NO TRASLATIVO DE DOMINIO, que solo confiere la posesión o tenencia de una cosa, como: La locación, el depósito, el comodato, etc.; b) Los que constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de hipoteca, usufructo, uso, habitación, servidumbre, o cualquier otro derecho real. La inscripción en el Registro se lleva ordenadamente; c) Los que se adjudiquen los bienes inmuebles o derechos reales, aunque el adjudicatario esté obligado a transmitir a un tercero, o a dar al bien recibido un determinado destino, como por ejemplo los certificados de adjudicación en un juicio sucesorio, puede ser también el certificado de adjudicación en juicio de Disolución de la Comunidad Conyugal.

1.2.4. Distintas acepciones

En verdad, el conocimiento de “título” se proyecta hacia distintas acepciones y de este modo es forzoso reconocer que él no encaja en un molde único, delimitado y preciso y, por tanto, se pone de manifiesto que el significado de título es variable y cambiante, inclusive en algunos casos “título” y “documento” aparecen íntimamente unidos. Según estas consideraciones: Hay títulos notariales, títulos mercantiles y títulos judiciales. Son notariales las escrituras y las actas, en las que se consignan los actos y hechos jurídicos. Son mercantiles, las cédulas y billetes emitidos por el estado, los llamados en orden genérico papeles de comercio. Son judiciales los instrumentos dictados por los jueces y refrendados por el secretario actuante. En la esfera del derecho mercantil el concepto de “título” se relaciona con las ACCIONES de las sociedades Anónimas; en efecto, la acción originariamente emitida es un título representativo de capital social, es el título que representa los derechos del accionista en la sociedad; están también los debentures, que es un título que concierne al préstamo que expidió la sociedad, sea para el aumento del propio capital social o para su utilización en

algún negocio excepcional de la sociedad. Cada uno de estos tipos de “título” encierra un interés jurídico distinto

Dentro de la esfera mercantil están también los títulos de créditos como ser el pagare, el cheque, la letra de cambio, es importante determinar que estos títulos de créditos NO TIENEN CAUSA, vale decir que en la vía de la ejecución no se investiga la CAUSA, EL ORIGEN DE LA OBLIGACIÓN, son TÍTULOS ABSTRACTOS, diferentes a los que hemos hablado anteriormente donde EL TÍTULO DE PROPIEDAD DE UN INMUEBLE, tiene causa y es ahí donde el notario público procede al ESTUDIO DE TÍTULO, porque esa CAUSA puede estar viciada de nulidades o tener fallas jurídicas.

Es necesario indicar que el TÍTULO DE UN INMUEBLE puede ser considerado como inmueble por su carácter representativo así lo dispone el artículo 1877¹² del Código Civil paraguayo.

1.2.5. Concepto de estudio de título

En un estudio de títulos las circunstancias son variables, y todo ello sin dejar de lado el aspecto crítico de apreciación o valoración que percibe el examen realizado y que es preciso evidenciar como prueba concluyente de haberse ejecutado. Mirando así el estudio es parte de la actividad de la notaría que desde el punto de vista de los vicios o defectos, el **Notario** procede a un diagnóstico y ofrece un pronóstico al título que se le presenta.

Desde el punto de vista del aspecto jurídico, 1) el NOTARIO debe observar, como DIAGNÓSTICO, si en realidad se transmitió el mismo derecho que tenía el disponente, y si tal derecho es genuino en la forma

12. Artículo 1877, Código Civil: “Son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con excepción de la hipoteca”.

y; 2) el NOTARIO debe advertir como pronóstico, a fin de obtener un TÍTULO PERFECTO, especificando la naturaleza del acto afectado, si es judicial o extrajudicial y cuál es el medio técnico que cabe ejecutar para corregir la falla de que adolece, pudiendo ser una escritura de aclaración, de confirmación o de rectificación, que conceptualmente se verá más adelante.

En esta circunstancia se puede intentar un CONCEPTO DE ESTUDIO DE TÍTULO, expresando: Es una actividad intelectual de pericia que realiza el notario público en forma cuidadosa, precisa y personalmente, como operación de ejercicio, antes de autorizar la escritura que se la ha encomendado, para valorar la legalidad y legitimidad del título del actual propietario del inmueble, mediante el compendio de antecedentes, que corresponde a la relación orgánica de los diversos actos y documentos jurídicos durante el periodo de diez años o veinte años que corresponde a la prescripción corta o larga, revisados críticamente en sus matrices (PROTOCOLO) u originales (primer testimonio o copia), respectos a los bienes registrales, con el objeto de lograr un TÍTULO PERFECTO. El concepto referido es compartido en cierta forma por Carlos Nicolás Gattari¹³.

1.2.6. Legitimidad

Las operaciones de ejercicio de fondo que integran la técnica material del estudio de título, son: calificación, legalización y legiti-

13. Gattari, Carlos Nicolás. Manual de Derecho Notarial, 2ª ed., Edit. Lexis Nexis-Depalma, Bs. As., año 2004, pág. 128: "...El estudio de títulos, fundado en la recopilación de antecedentes, o referencia, es la relación orgánica de los diversos actos y documentos jurídicos, verificados críticamente, y realizados durante el periodo de la prescripción máxima o superior, respecto de los bienes registrables con el objetivo de cimentar su juridicidad. Hoy he cambiado de parecer respecto del plazo juzgando viable la prescripción corta: diez años, buena fe, y justo título (3999)".

mación, la más importante es la de LEGITIMACIÓN, que la misma es una actividad netamente notarial.

1.2.7. Legitimación sustantiva o títulos

Se busca comprobar críticamente la situación relativa del derecho y del titular del derecho, para así lograr una nueva legitimación futura, la del adquirente. Según el tipo de negocio, el notario estudia los documentos en dos aspectos: el título causa y el título instrumento; el título causa indaga cuidadosamente críticamente el origen del derecho, como ser la compra-venta que se le presenta. El título instrumental que pueda ser copia de una escritura, un testimonio judicial, documento administrativo o un instrumento privado, es sometido a la verificación del notario, quien decide aceptarlo o rechazarlo.

1.2.8. Legitimación formal o situación registral

Es la revisión analítica que el NOTARIO realiza sobre la posición del TITULAR DEL DERECHO en los Registro de la Propiedad frente a los terceros y el mismo registro por medio de las certificaciones que éste expide a pedido de aquel.

El notario comprueba minuciosamente mediante: 1) Los asientos registrales en los títulos (plancha de inscripción), 2) los asientos en los certificados registrales y 3) verifica la libre disposición del otorgante.

1.2.9. Legitimación impositiva y deudas diversas

Consiste en la comprobación y retención de fondos que realiza el NOTARIO, con el fin de justificar, que el inmueble se halla libre de impuesto, como ser impuesto inmobiliario, estar al día en el pago de tasas por recolección de basura, libre de deuda por servicios, como ser

alumbrado público, luz, agua y demás impuestos y deudas que pudieran afectar al titular del derecho (hay que pedir constancia de no ser contribuyente o ser contribuyente al día en la presentación de su declaración jurada).

1.2.10. Compendio de antecedentes

El estudio de título implica un verdadero conocimiento de las normas de fondo y forma por parte del notario, como también se requiere que el mismo notario tenga un verdadero espíritu de investigación.

Se relacionan los títulos o las matrices que se dispongan de la actual escritura hasta diez o veinte años atrás.

El compendio consiste en el estudio de los títulos desde el origen de un derecho u obligación y también en el estudio del título instrumento, o sea el documento notarial, judicial o administrativo público o privado; no es que en el estudio del título se copien todos los documentos, sino que simplemente se van extractando los datos más necesarios de cada escritura.

1.2.11. Relación orgánica de actos y documentos

Los actos y documentos deben estar relacionados los unos con los otros, en forma orgánica, es decir en forma armónica, coherente.

Siendo el título el documento en que consta el derecho que se invoca, es indudable que su estudio implica la revisión de los distintos actos y documentos que lo fundan.

Al relacionar el estudio de título la redacción deber ser hecha en un estilo claro, conciso y en un lenguaje técnico.

En otras palabras todos los actos jurídicos deberán cumplir las condiciones de validez, de formas y solemnidades que establece la ley y todo el procedimiento en cada una de las competencias.

1.2.12. Revisión crítica

La revisión no es pasiva, sino a la inversa es activa. Esto consiste en discernir lo que es legal de lo que no lo es, consiste en verificar que el fondo y la forma sean legales, para así llegar a la firme convicción de la bondad del título.

La comprobación crítica causa claridad mental, rapidez en la captación desechando el material innecesario.

El cotejo crítico implica un constante estudio y una actualización continua de la teoría, que impide el estancamiento en las interpretaciones legales. El notario no solo debe conocer el derecho codificado, sino también la jurisprudencia y la doctrina.

1.2.13. Período de diez años o más

Gran parte de los notarios recomiendan, como los bancos, instituciones financieras, etc., hasta los veinte años, es decir, que casi nunca se piensa en la prescripción corta.

1.2.14. Título perfecto

El resultado final de todo estudio de título es tener un TÍTULO PERFECTO, es ese el resultado final de la comprobación crítica del estudio de título, caso contrario si del estudio de título resultare observable, dar las recomendaciones y las soluciones probables en caso de que existan vicios o defectos en el instrumento.

TÍTULO PERFECTO: Consiste en constatar que ese derecho de propiedad esté exento de vicios; es decir, que no se encuentre en los títulos la posibilidad de acciones que los terceros pudieren intentar útilmente, con posibilidades previsibles de éxito, que pudieren turbar la pacífica posesión del futuro comprador o que expusieren a éste a

pagar sumas de dinero en su condición de poseedor actual del inmueble. Y esta necesidad de comprobar que los títulos sean “buenos”, le impone la mecánica misma del derecho, pues el dominio se trasmite al adquirente “tal como lo tenía el tradente”, el transmitente responde si el Adquirente fuere privado total o parcialmente de su derecho (como también responde si el adquirente fuere turbado de su derecho total o parcialmente, respecto al dominio, goce o posesión).

2. Estudio del inmueble

El estudio del inmueble, en sí mismo considerado, tiene por objeto comprobar que el mismo está dotado de INDEPENDENCIA JURÍDICA, es decir, que constituye una cosa apta para ser objeto específico de un negocio dispositivo, que el acto dispositivo sea hecho por escritura pública, conforme lo determina el Art. 700¹⁴ del Código Civil Paraguayo, para así evitar posibles anulaciones.

-
14. Artículo 700 Código Civil paraguayo: “Deben ser hechos en escritura pública:
- a) Los contratos que tengan por objeto la constitución, modificación, transmisión, renuncia o extinción de derechos reales sobre bienes que deban ser registrados;
 - b) Las participaciones extrajudiciales de bienes, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez;
 - c) Los contratos de sociedad, sus prorrogas y modificaciones, cuando el aporte de cada socio sea mayor de cien jornales mínimos establecidos para la capital, o cuando consista en la transferencia de bienes inmuebles, o de un bien que deba ser registrado;
 - d) La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios, en las condiciones del inciso anterior, salvo que sean hechas en juicio;
 - e) Todo acto constitutivo de renta vitalicia;
 - f) Los poderes generales o especiales para representar en juicio voluntario o contencioso, o ante la administración pública o el Poder Legislativo; los conferidos para administrar bienes, contraer matrimonio, reconocer o adoptar hijos y cualquier otro que tenga por objeto un acto otorgado o que deba otorgarse por escritura pública;
 - g) Las transacciones sobre inmuebles y los compromisos arbitrales relativos a estos;

El artículo 299¹⁵ del Código Civil Paraguayo, inciso c) exige para que el contrato sea válido, la existencia de un objeto LÍCITO y el artículo 746¹⁶ del Código Civil paraguayo, primer apartado establece que el objeto debe ser determinado y a su vez el Art. 737¹⁷ del Código Civil paraguayo establece que la compraventa es un contrato en el que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero.

Es decir que el inmueble debe ser una cosa con autonomía jurídica propia, no tiene que tener las prohibiciones señaladas en el artículo 299¹⁸ del Código Civil paraguayo y 742¹⁹ del Código Civil paraguayo, debe estar dentro del comercio, para que el inmueble circule libremente.

-
- h) Todos los contratos que tengan por objeto modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas nacidas de actos celebrados mediante escritura pública, o los derechos procedentes de ellos;
 - i) Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública; y
 - j) Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los parciales y de los relativos a intereses, canon o alquileres”.
15. Artículo 299 Código Civil paraguayo: “No podrá ser objeto de los actos jurídicos:
- a) aquello que no esté dentro del comercio;
 - b) lo comprendido en una prohibición de la ley; y
 - c) los hechos imposibles, ilícitos, contrarios a la moral y a las buenas costumbres, o que perjudiquen a los derechos de terceros.
- La inobservancia de estas reglas causa la nulidad del acto, y de igual modo, las cláusulas accesorias que, bajo la apariencia de condiciones, contravengan lo dispuesto por este artículo”.
16. Artículo 746 Código Civil paraguayo: “El objeto de la compraventa debe ser determinado conforme a las reglas de este Código.
No habrá determinación cuando se vendiesen todos los bienes presentes o futuros, o una parte alicuota de ellos.
Será, sin embargo, válida la venta de una especie de bienes designados, aunque en la venta se comprendan todos los que el vendedor posea”.
17. Artículo 737 Código Civil paraguayo: “La compraventa tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa, u otro derecho patrimonial, por un precio en dinero que debe pagar el comprador”.
18. Artículo 299 del Código Civil paraguayo, ibídem 15.
19. Artículo 742 Código Civil paraguayo: “No puede ser objeto de compraventa:
- a) las acciones fundadas en derechos inherentes a la persona o que comprenden hechos de igual naturaleza;

te en el tráfico comercial, debe tener autonomía jurídica o en otras palabras que esté dotado de independencia; que sea el mismo, diferenciado de cualquier otro y que el mismo no estén incluidos en el artículo 742²⁰ del Código Civil paraguayo, que establece que no pueden ser objetos de la compra-venta.

2.1. Diferencia entre título y modo

Como hemos visto con antelación, el significado del término TÍTULO representa la causa u origen del derecho o de la obligación, en cambio MODO según el diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas significa “Manera o forma de hacer algo; como los modos de acabarse la tutela; significa también Procedimiento, método o sistema”²¹.

La teoría del TÍTULO Y DEL MODO proviene del Derecho Romano de la TRADITIO. En la adquisición de las cosas predominaban dos principios: Primero que el dominio no se transfería por el nudo pacto, sino por la TRADICIÓN Y LA USUCAPIÓN; SEGUNDO: Que la transferencia del dominio por medio de la tradición, debía estar

-
- b) los derechos que en caso de ser ejercidos por otro alterarían su contenido en daño del deudor;
c) los bienes inembargables, en su totalidad, o en la parte en que lo sean;
d) las cuotas alimentarias, devengadas o no;
e) las pensiones y otras asignaciones declaradas inembargables por la ley, salvo en la parte embargable;
f) el usufructo, aunque si el ejercicio del mismo;
g) los derechos de uso y habitación;
h) aquellos derechos cuya transferencia este prohibida por la ley, por el titulo constitutivo, o por un acto posterior; e
i) los bienes que no pueden ser objeto de contratos.
20. Artículo 742 del Código Civil paraguayo, ibídem 19.
21. Cabanellas, Guillermo, Diccionario enciclopédico de Derecho Usual, Ed. Heliasta, Tomo V, año 1981, 20ª edición. Pág. 438.

precedida de una venta u otra justa causa. Aquello era el modo, esto el TÍTULO.

Para el Código de Vélez la transmisión de bienes inmuebles requiere escritura pública, éste es el TÍTULO pero el dominio no se transfiere efectivamente sino mediante la tradición y la inscripción del título en el Registro de la Propiedad, por tanto el MODO ES LA FORMA EN QUE LA TRANSFERENCIA SE OPERA REALMENTE.

Como vimos, en el Código de Vélez se requería la escritura pública (título) y para que se adquiriera definitivamente el dominio era necesaria la tradición y la inscripción del Título en el Registro, en nuestro Código Civil se suprimió como MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO “LA TRADICIÓN” y quedó establecido que uno de los modos de adquirir el DOMINIO ES EL CONTRATO, conforme lo determina el artículo 1966²² del Código Civil paraguayo; igualmente el artículo 716²³ del Código Civil paraguayo se refiere a que el dominio se transfiere entre las partes por el consentimiento de las partes MANIFESTADO LEGALMENTE, ya que basta su inscripción en la Dirección General de los Registros Públicos, para que este contrato produzca su efectos CONTRA TERCEROS. El factor Registral es al solo efecto de publicitar el DOMINIO, porque entre las partes se perfecciona con el simple CONSENTIMIENTO DE LA PARTES, EXPRESADO LEGALMENTE.

Por lo tanto, en nuestro CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO, en el DERECHO FRANCÉS Y EN EL ITALIANO, LA TRANSMISION

22. Artículo 1966 del Código Civil Paraguayo. *Ibidem* 3.

23. Artículo 716 del Código Civil paraguayo: “Salvo estipulación contraria, los contratos que tengan por finalidad la creación, modificación, transferencia o extinción de derechos reales sobre cosas presentes determinadas, o cualquier otro derecho perteneciente al enajenante, producirán esos efectos entre las partes desde que el consentimiento se haya manifestado legítimamente”.

DEL DOMINIO se opera por el mero contrato, de tal modo que en ellos, no tiene significado jurídico la distinción entre TÍTULO Y MODO, tratándose de derechos reales.

2.2. Propiedad y dominio-distinción

En el derecho ROMANO los términos DOMINIO Y PROPIEDAD se confundían, hasta el punto de considerarse sinónimos. En la actualidad la expresión DOMINIO debe aplicarse al derecho real, que tiene por objeto LAS COSAS que están en el comercio. Según nuestro Código Civil, el Artículo 1872²⁴ determina lo que es cosa.

El término PROPIEDAD es más amplio y se refiere a todo género de derecho susceptible de apreciación pecuniaria, es decir a los BIENES EN GENERAL, abarca los derechos reales, derechos personales intelectuales, etc.; así lo dispone nuestro Código civil en su artículo 1873²⁵. Dentro de este orden de ideas, se habla del dominio o de la propiedad de un campo, de una casa, de una oveja etc.; pero no se habla del dominio de un crédito, de una herencia, sino de la propiedad de un crédito, de la propiedad de una herencia, etc.

Vélez Sarsfield utiliza la palabra PROPIEDAD y en su artículo 2506²⁶ define al dominio. Nuestro Código Civil paraguayo utiliza la palabra PROPIEDAD y regula en el LIBRO CUATRO, TÍTULO III, EL DERECHO DE PROPIEDAD.

-
24. Artículo 1872 del Código Civil Paraguayo: “Se llaman cosas en este Código, los objetos corporales susceptibles de tener valor”.
 25. Artículo 1873, Código Civil paraguayo: “Los objetos inmateriales susceptibles de valor e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona, con las deudas o cargas que lo gravan, constituye su patrimonio”.
 26. Artículo 2506, Código Civil de Vélez Sarsfield: “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa de encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”.

Es importante hacer notar que en la práctica se quiere confundir los términos dominio y propiedad, para eso con antelación hemos dado los conceptos que corresponden a cada una de las palabras referidas. Es conveniente hacer notar que dentro del DERECHO DE PROPIEDAD se encuentra el DERECHO DE POSEER LA COSA, DE DISPONER O SERVIRSE DE ELLA, DE USARLA Y GOZAR SEGÚN LA VOLUNTAD DEL PROPIETARIO.

Nuestro Código Civil dispone en su artículo 1940²⁷ que uno puede disponer de UN TÍTULO DE PROPIEDAD DE UN INMUEBLE y no tener la POSESIÓN del inmueble, el TÍTULO ME DA UN DERECHO A LA POSESIÓN, pero no a la posesión misma, en caso de no tener la posesión de la cosa, para tomar la posesión de la cosa se debe demandar por las vías legales para tener la posesión.

En el estudio del presente tema se mencionará las causales de un título imperfecto (causales de nulidad de un título de propiedad), pero entre las causales de nulidad no se encuentra el hecho de no poseer la COSA, como el NOTARIO siempre debe evitar conflictos debe siempre hacer declarar a las partes y preguntar a la parte vendedora si quien tiene la posesión, porque así uno se evita conflictos con el futuro adquirente de un inmueble; por lo tanto es conveniente tener en cuenta la posesión de conformidad a los términos del artículo referido anteriormente.

27. Artículo 1940, Código Civil paraguayo: “Un título válido no da sino un derecho a la posesión de la cosa, y no la posesión misma. El que no tiene sino un derecho a la posesión no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa; debe demandarla por las vías legales. Nadie puede turbar arbitrariamente la posesión de otro”.



TUTELA DE LOS DERECHOS POLÍTICOS Y LAS REDES SOCIALES

*Carlos Federico Agüero Flores*¹

Introducción

Los temas a ser esbozados en esta presentación son tan novedosos que debemos tener en cuenta que en la legislación paraguaya no existe aún una determinante legal o ley de la cual dicha actividad pueda ser regulada, por la amplitud y la difícil enmarcación jurídica que conllevaría hacer ese tipo de ley, para definir mejor podemos precisar que las redes sociales se han vuelto un factor muy importante dentro de sociedades en este mundo globalizado. Tanto es la rapidez de la información que fluye en las redes sociales que el considerar el control de cada información subida a ella resulta hasta de imposible

-
1. Abogado. Funcionario público de la Justicia Electoral con una antigüedad de 10 años; los cargos ocupados: Dirección Relaciones Internacionales y Protocolo, 2009. Coordinador del Despacho y Relatoría del Ministro del Tribunal Superior de Justicia Electoral Abog. Modesto Monges, 2010-2013. Coordinador en el Tribunal Electoral, 1ª Sala de la Capital, Secretaría N° 2 Contencioso-Administrativo, 2013. Actuario Judicial del Tribunal Electoral 1ª Sala de la Capital Secretaría N° 2, Contencioso-Administrativo, 2014-2016. Actualmente cumpliendo funciones en la sección de Salas de Magistrados del Tribunal Superior de Justicia Electoral. 2016 a la fecha, función Asesoramiento. Presidente Rotary Club Luque, período 2017-2018. Miembro Activo del Rotary Club Luque. Y secretario para el período 2020-2021. Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad Iberoamericana.

control, pero no obstante podemos dar una perspectiva personal sobre el caso en particular.

Primeramente, debemos sacar una definición sobre lo que es una Red Social, “...**Una Red Social es una estructura social integrada por personas, organizaciones o entidades que se encuentran conectadas entre sí por una o varios tipos de relaciones como ser: relaciones de amistad, parentesco, económicas, relaciones sexuales, intereses comunes, experimentación de las mismas creencias, entre otras posibilidades...**”², al respecto, no debemos estar ajenos a la implementación de nuevas formas de hacer política y las redes sociales son una forma muy accesible para hacer política, porque primero que nada, son un medio accesible y económico para que se puedan hacer llegar las intenciones de postulaciones a los diferentes cargos electivos que existen en los diversos Estados democráticos; segundo, no menos importante, el alcance social que puede tener la presentación de proyectos o planes de gobiernos los postulados; como así las rendiciones de cuentas de las financiaciones políticas que se podrían dar para las campañas electorales de los mismos.

En la Legislación paraguaya, como ya se ha mencionado anteriormente, no existe una legislación positiva regulatoria para la utilización de las redes sociales y teniendo en cuenta que la jurisdicción deriva del latín **juris dictio**, acto de decir el derecho, aventurarse a dar una perspectiva de lo que implicaría este punto traído hoy a discusión sería muy imprudente, porque estaríamos en presencia de la falta de estudio a profundidad de los principios, derechos o leyes con los cuales podrían colisionar el dar una rápida apreciación jurídica.

El ejemplo más claro que podemos mencionar lo hace el autor de una publicación, la que traemos a colación: “...**De por sí, ya había**

2. ABC <https://www.definicionabc.com/social/red-social.php>

un intenso debate sobre la influencia que pueden llegar a tener las redes sociales en los procesos electorales en el mundo, particularmente en el que se avecina en México en 2018. De por sí, un tema recurrente en el intercambio público reciente era el de las llamadas Fake News... (noticias falsas); continúa diciendo: ***“...como una estrategia premeditada para influir en la opinión de un sector del electorado. De por sí, las redes venían marcando buena parte de la agenda pública y, de pronto, surge el escándalo de Cambridge Analytica y Facebook por el uso de datos personales para influir en la elección de Estados Unidos y en el voto por el Brexit. Además, Cambridge Analytica reconoce haber participado en al menos otras decenas de procesos electorales incluyendo, entre otros países, a México, sin especificar aún para qué partido y en qué proceso electoral fueron contratados. Precisamente, Cambridge Analytica basaba su estrategia en la generación de Fake News que buscaban influir (y al parecer lo lograron) en el comportamiento de una franja del electorado, a partir de datos recabados con la plataforma de Facebook. Explico un poco más. Todos los usuarios de Facebook tenemos acceso a una plataforma que, en la mayor parte de sus funciones, es gratuita. Sin embargo Mark Zuckerberg es hoy uno de los hombres más ricos del mundo. ¿Cómo lo logra? Precisamente a partir del acceso a datos personales de los usuarios de su plataforma, los cuales usa para vender publicidad mediante campañas direccionadas que hoy son más baratas y a la vez más eficientes para las diferentes marcas comerciales... Me explico a mayor profundidad. En los medios tradicionales, si yo poseo un restaurante y me anuncio, este será visto por personas que probablemente no viven en la zona en que estoy y que tienen, tal vez, afición a productos distintos a los que manejo en mi carta, por ejemplo. Esto hace***

que una buena parte de mi publicidad no llegue al público adecuado, pero de todos modos deba pagarla. En Facebook no es así. Mediante un estudio de los lugares que frecuento, mis hábitos de consumo, el tipo de sitios (tanto físicos como virtuales) que visito y otros factores, direccionará hacia mí publicidad que, potencialmente, me será atractiva, entregando mejores resultados a sus anunciantes. Lo mismo, en teoría, sucedería con la política, en donde se pueden detectar mis aficiones y simpatías, el lugar en que vivo, mi edad y otros elementos que permitan mandar publicidad segmentada. Esto, en un inicio, no es incorrecto. Si alguien es candidato a una alcaldía, será importante para él que su publicidad llegue prioritariamente a habitantes a los que va dirigido y que pueden votar por él, eso será más eficaz que millones de impactos en personas que no pueden, aunque los convenza, otorgarle su voto. Lo mismo pasa con la segmentación por edad o gustos, pues puedo crear anuncios dirigidos hacia un voto joven y otros hacia un voto más maduro, por ejemplo, y que lleguen específicamente a cada uno de ellos. El problema es cuando, por un lado, se accede a información mucho más profunda sin autorización de la gente a la que pertenece y, por otro, cuando se utiliza para crear noticias falsas que manipulan al electorado a partir de emociones para orientar su voto. Esto evidentemente constituye un atentado contra la democracia y la libre elección de los ciudadanos, y pone en riesgo la calidad de las contiendas electorales. Lo anterior no debe llevar, desde mi punto de vista, a una sobrerregulación para los usuarios de las redes sociales, aunque por supuesto que también deben cumplir las leyes que a todos nos rigen, pero sí prende un foco rojo intenso para legislar y someter a reglas claras dentro de cada país a los grandes monopolios de dichas redes y las empresas que se sirven de la

información que éstos generan, de manera que sean sujetos punibles ante la violación de las leyes que se deben cumplir en cada territorio. Por otro lado está el papel que jugamos quienes hacemos campañas al interior de las redes sociales para tratar de elevar el nivel del intercambio público, pero ese mismo estará siempre determinado por los hábitos de consumo de las audiencias. Es decir, para tener una mayor calidad en los contenidos que entregan los candidatos y sus estrategias en las redes sociales, una parte fundamental estará en los contenidos que soliciten los consumidores que hay dentro de dichos espacios. En la medida en que sea más exitoso un tema musical pegajoso que la comunicación de propuestas políticas y las formas en que habrían de materializarse, habrá pocos incentivos para que candidatos, partidos y cuartos de guerra generen contenidos profundos y será siempre más atractivo para ellos apostar a lo superfluo...; ...Así, pues, hoy las redes no son ni la panacea ni la caja de Pandora que muchos quieren plantearnos, sino una herramienta que depende fundamentalmente del uso que se le brinde”³; y no debemos de estar ajenos a que la evolución del derecho es constante y una futura reglamentación podría ser implementada sobre dicha materia, en cuanto a la valoración de la prueba el principio de la sana crítica, reina en la República del Paraguay, hacemos alusión a esto manifestando, que la sana crítica es el principio fundamental utilizado por cada magistrado para llegar a una conclusión de cualquier caso que sea traído a él, para su estudio y resolución, sabiendo que la sana crítica es: ***“...La operación intelectual realizada por el juez destinada a la correcta aprecia-***

3. Luis Antonio García Chávez, “Las redes sociales y el proceso electoral de 2018”, México abril 17, 2018; 11:00 am <https://www.etcetera.com.mx/revista/las-redes-sociales-y-el-proceso-electoral-de-2018/>

ción del resultado de las pruebas judiciales, realizada con sinceridad y buena fe. Ha sido definida como 'la lógica interpretativa y el común sentir de las gentes' y como la combinación de criterios lógicos y de experiencia que debe aplicar el juzgador. En otras palabras, la sana crítica es el método de apreciación de la prueba, donde el juez la valorará de acuerdo a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Las reglas de la sana crítica no constituyen un sistema probatorio distinto de los que tradicionalmente se han venido reconociendo. Se trata más bien de un instrumento que el juez está obligado lógicamente a utilizar para la valoración 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. 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 el poder de valorizar libremente dicho resultado, se opone, en este sentido, al concepto de prueba legal o tasada, donde es la Ley la que fija el valor de la prueba...".

Por eso debemos de entender que la valoración de todo tipo de pruebas traídas a colación para cualquier caso en concreto, debe ser utilizado, principios generales que guíen a los jueces a la correcta apreciación de las pruebas, excluyendo de esa manera la discrecionalidad absoluta de los mismos, entonces la Sana Crítica debería ser entendida como reglas del correcto entendimiento humano, reglas unificadas para que se pueda tener un acertado razonamiento sobre la cuestión o caso que será sometida al juicio de cada juzgador.

Ahora bien, teniendo cuenta el último punto, **presentación de caso a partir de la experiencia país, incluir violencia política contra las mujeres**, debemos abocarnos a expresar y tener en cuen-

ta que en la República del Paraguay tenemos artículos constitucionales que generan igualdades entre el hombre y la mujer, donde el hombre y la mujer son reconocidos en sus igualdades en derechos humanos, sociales y políticos, donde la misma Constitución establece lo que sigue: “...**CAPÍTULO III, DE LA IGUALDAD Artículo 46. DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS.** Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien.

Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”⁴.

“**Artículo 47. DE LAS GARANTÍAS DE LA IGUALDAD.** El Estado garantizará a todos los habitantes de la República:

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

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

4. Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992, año 1999, Editorial Siglo 21, páginas 28,29,39.

En cuanto a los derecho políticos, la C.N. establece lo siguiente: **“...Artículo 117. DE LOS DERECHOS POLÍTICOS. Los ciudadanos, sin distinción de sexo, tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes, en la forma que determine esta Constitución y las leyes. Se promoverá el acceso de la mujer a las funciones públicas...”**. Es claro el panorama que nuestra Carta Magna presenta, en cuanto a la igualdad de las personas, no discriminando por una cuestión de género para el acceso a los escaños electorales. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la realidad social es que la mujer ha tenido poca participación en asuntos electorales, una cuestión que la Justicia Electoral paraguaya no es ajena, sin embargo, esta poca participación se debe a factores culturales del país, no siendo el factor de violencia en contra de la mujer la causa de esto, esto lo decimos por no existir en Paraguay tan solo siquiera un solo hecho de violencia registrado, ni oficial ni extraoficialmente, y si hacemos referencia a las llamadas *Fake News* o noticias falsas, o políticas sucias, los mecanismos legales en la República del Paraguay para la protección en este aspecto están establecidos en diversos procesos y en otros ámbitos, como ser el Derecho Penal, donde existen diversos hechos típicos donde las personas pueden o podrían recurrir de sentirse agraviados en sus derechos de provocarse una difamación, una injuria o una calumnia, hechos típicos que son regulados por otra competencia y donde otros juzgadores entendería en la materia, no así en la materia electoral que no tiene regulación alguna sobre esto, pero volviendo a nuestro tema, como vamos diciendo esta poca participación del sector femenino en las elecciones no es ajena a nuestro sistema electoral, por lo cual podemos dejar un esquema resumido, como nuestra entidad electoral va trabajando sobre políticas de mejoramiento para que las mujeres puedan tener mayor participación.

La máxima autoridad electoral, el Tribunal Superior de Justicia Electoral, bajo la Dirección del presidente actual Jaime J. Bestard

Duschetk, en coordinación con la Dirección de Unidad de Género a cargo de la actual directora Cynthia Figueredo, desarrolla políticas actuales para la inclusión de la mujer al sector político. Hablar de género en el Paraguay es hablar del 49% del electorado femenino y del 51% del electorado masculino. Así fue la manera en que estuvo compuesto nuestro padrón en las últimas elecciones. El Tribunal Superior de Justicia Electoral y con función específica de generar políticas de acción que promuevan la participación efectiva de las mujeres en política, trabaja sobre tres ejes fundamentales. **VISIBILIDAD DE LAS MUJERES QUE HAN LLEGADO A CARGOS ELECTIVOS; EMPODERAMIENTO DE LAS MUJERES, FORTALECIENDO Y POTENCIANDO LAS CAPACIDADES CUANTITATIVAS Y CUALITATIVAS; PRODUCCIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS ESTADÍSTICOS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.**

No obstante, tenemos que hacer un poco de reseña en cuanto a la participación de la mujer en procesos electorales para poder comprender mejor cómo y el por qué la Justicia Electoral paraguaya trabaja en el fortalecimiento de esta área, que es la inclusión de una manera efectiva de la mujer a la política democrática estatal: *“...en 1961 se aprobó el derecho a las mujeres a votar y en 1962 fueron electas las primeras dos mujeres parlamentarias. Posteriormente y después de varios años, cuatro mujeres formaron parte del primer Parlamento postdictatorial (1989): 2 diputadas y 2 senadoras, que representó el 5,8% de representación del Congreso Nacional. En 1991 los partidos políticos empiezan a incorporar las cuotas en sus estatutos y en 1996 se aprueba la ley electoral que incorpora como mecanismo para la promoción de la mujer a cargos electivos un porcentaje **no** inferior al 20% para las mujeres. A los efectos de garantizar la participación de las mujeres en los cuerpos colegiados a elegirse, su postulación es interna como candidatas y deberá darse en razón de una candidata mujer por cada cinco lugares en la lista, pudiendo figurar en cualquier lugar. De*

no cumplirse este artículo de la ley electoral, los partidos, movimientos o alianzas, serán sancionados con la no inscripción de sus listas en los Tribunales Electorales respectivos...⁵.

Las campañas de inclusión de la mujer se volvieron un tema central dentro de las últimas elecciones donde en las candidaturas a elecciones generales donde en un total de 15.597 candidaturas la mujer tuvo su participación en 6.031, representando un 39% y un aumento del 16% en comparación con las últimas elecciones, y uno de los ejes más trabajado por la Justicia Electoral se refiere al empoderamiento de las mujeres, esto se realiza a través de formaciones y capacitación que van dirigidos a los magistrados, directores y funcionarios por un lado y por el otro se enfoca en el mismo tipo de capacitación para la ciudadanía, esto demuestra que la Justicia Electoral tiene un compromiso intenso en cuanto a la promoción y participación política efectiva de la mujer desde la Dirección de Unidad de Género, la Justicia Electoral es la primera institución que tiene una escuela de formación política para mujeres líderes; la Justicia Electoral, en su rol de custodio de la voluntad popular, está comprometida en desarrollar políticas actuales y efectivas para que las mismas puedan tener una representación dentro de la vida cívica y política del país.

De esta manera podemos concluir que, si bien haciendo mención al tema desarrollado como los primeros puntos, debemos decir, la democracia va evolucionando y las nuevas formas de hacer política son novedosas, de las cuales nosotros no podemos ser ajenos a mirar con ojos críticos y tener en cuenta su futura regulación para que se pueda ejercer un control efectivo sobre el proceso electoral y se pueda buscar efectivamente que todos puedan gozar de los mismos derechos de participación y de inclusión a la vida cívica y política del país, es para

5. Ref. Dirección de Política de Género, Justicia Electoral, 2018.

eso que la Justicia Electoral de la República del Paraguay va evolucionado a la par de estas nuevas formas, y por sobre todo propone nuevas formas de control y regulación que se adapten o mejoren el proceso electoral en sí, mencionado el aspecto económico, abaratando costos de operatividad, incluyendo mas agentes de control y, por sobre todas las cosas, proveyendo una rapidez y transparencia total de todo el proceso electoral, que haga que la materia electoral en el Paraguay sea 100% confiable. En cuanto las redes sociales, debemos mencionar que la misma es de difícil aplicación, pero no imposible, pero para la misma regulación debería ser objeto de un estudio a profundidad más acabado, evitando así que no sean violentados o las mismas regulaciones no colisionen con otros principios generales del derecho electoral o con los mismos ya existentes dentro de cada legislación.

En cuanto a las políticas de género, recalamos que la Justicia Electoral no es ajena a esto, que se ha convertido en un tema totalmente actual y siendo que es así, la institución, a través de la Dirección de Unidad de Políticas de Género, la Justicia Electoral busca efectivamente el empoderamiento de las mujeres en la vida cívica del país; para que ellas mismas puedan ser y tener una representación eficaz y efectiva dentro del ámbito de la vida social y política de los procesos electorales que se llevan a cabo en el Paraguay, y promueve acciones efectivas para que estas políticas tengan un alcance real dentro de la sociedad, es lo que ha llevado a la creación de la primera Escuela de Formación Política para Mujeres Líderes. Y que tampoco está ajena de ir ajustándose a las nuevas y actuales evoluciones que el Derecho o proceso electoral sufre en el transcurrir de los años.

Bibliografía

- Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992, año 1999, Editorial Siglo 21, paginas 28,29,39

CARLOS FEDERICO AGÜERO FLORES

- ABC <https://www.definicionabc.com/social/red-social.php>)
- Luis Antonio García Chávez, “Las redes sociales y el proceso electoral de 2018”, México, abril 17, 2018; 11:00 am <https://www.etcetera.com.mx/revista/las-redes-sociales-y-el-proceso-electoral-de-2018/>
- Ref. Dirección de Política de Género, Justicia Electoral, 2018.

“BUQUES MERCANTES Y LAS BANDERAS O PABELLO- NES DE CONVENIENCIA (FOC’S) ENARBOLADAS”

*Santiago Adán Brizuela Servín**

I. Introducción

La Convención de Ginebra (Suiza) sobre Alta Mar de 1958 proscribió que un buque pueda tener dos nacionalidades y otorgó a los Estados el derecho de registrar buques, es decir, de otorgarles su bandera, con la salvedad que entre el buque y su pabellón debía existir un vínculo genuino, de mismo modo que el Estado del pabellón ejercerá el derecho de autoridad o de policía sobre sus buques (jurisdicción y control), en los aspectos administrativos técnicos y sociales (Art 5 y concordantes).

La precisa afirmación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de Montego Bay (Jamaica, 1982), que indica que “los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar” (Art. 91) y que “los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado” (Art. 92), posibilitando la existen-

* Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral – Primera Sala de la Circunscripción Judicial del Departamento Central ** Presidente por el Bienio 2018/2020 del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM) *** Profesor de las Cátedras: Derecho de la Navegación; Logística y Transporte Internacional Historia de la Diplomacia (UNIBE) **** Profesor de Derecho Marítimo y otras Cátedras en la UNA y la UAA

cia de una “relación auténtica entre el Estado y el buque”. Dicha Convención mantiene los mismos principios que la Convención sobre Alta Mar de Ginebra (Suiza) de 1958.

Manuel Ossorio, en su “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales” (23^a. Edic, 1996, pág. 119) expresa que: “jurídicamente, la Bandera tiene interés no solo dentro del orden nacional, hasta el punto que la agresión a ella, de palabra u obra, puede constituir delito, sino también en el orden internacional, por el respeto que la enseña de cada país debe merecer a todos los demás”

“Lo difícil es determinar si el buque sospechoso carece de nacionalidad, o si en realidad posee nacionalidad diferente de la bandera que iza o la declarada por su tripulación. Esta averiguación suele llevar mucho tiempo, pues depende del curso de mensajes entre el Departamento de Estado y el país extranjero que alega el buque sospechoso. Entretanto, éste debe mantenerse bajo vigilancia. Si el supuesto ‘Estado de Bandera’ refuta la nacionalidad declarada por el buque sospechoso, éste puede considerarse carente de nacionalidad (o sea, apátrida) y de los derechos de que gozan los buques que actúan de buena fe...” (Burdick H. Brittin, “Derecho Internacional para Oficiales en el mar”, Anápolis, EE.UU. de América, 1991, pág. 183).

Ante el auge del uso de las llamadas “Banderas de Conveniencia”, a las que internacionalmente se las reconoce con la sigla “FOC’S”, que es la abreviatura de la expresión inglesa “Flag of Convenience Ships”, podemos imaginarnos una situación patética, pero que coincide con situaciones reales que ocurren cotidianamente en varios puertos de Latinoamérica y aún en la República del Paraguay. Un marino, domiciliado en el lugar, se dirige a su trabajo a bordo de un buque remolcador u otro que efectúa navegación de cabotaje en aguas jurisdiccionales. Fue contratado en ese puerto; el buque transporta carga nacional; el armador también es nacional y se domicilia en el mismo lugar. El tripulante nunca ha salido a navegar hacia otro país, ni

siquiera en zona de aguas internacionales; no obstante, cuando atraviesa la planchada queda sometido a una legislación laboral extranjera, de un país lejano que no conoce, del otro lado del Atlántico, quizás Liberia, quizá Panamá, Belize o Vanuatu, que está operando con su pabellón, con la “Bandera de Conveniencia” (FOC'S), para beneficio de algunos capitalistas, de algunos armadores en quienes el “animus lucrandi” es superlativo, pero en detrimento de la tripulación embarcada en estas naves; por añadidura, cuando el mismo lee su contrato de ajuste, se da cuenta que una de las cláusulas expresa que en caso de conflicto debe concurrir a los tribunales de aquel país para buscar justicia. El mero sentido común nos dice que nos encontramos entonces, ante una situación irregular. El razonamiento jurídico nos señala que estamos ante una situación de fraude laboral marítimo.

II. Desarrollo

A. Las Banderas de Conveniencia (FOC'S) – Caracteres – Reglas de Rochdale

Se denominan pabellones o “Banderas de Conveniencia” (FOC'S) a aquellos enarbolados por buques civiles cuya relación o “lazo auténtico” entre el naviero y los estados del cual se enarbolan sus banderas, es accidental. Estos estados ofrecen un sistema de registro cuyos controles son mínimos, a la vez que importantes ventajas económicas que no encuentran en su propio país.

En otros idiomas se las llama “Flags of Convenience Ships” (FOC'S, en inglés); “Pavillons de Complaisance” (“de complacencia” o “de necesidad”, en francés); “Billigen Flaggen” (banderas baratas en alemán); “Bandera – Ombra” (en italiano). Más elegantemente se habla de “Flotas de Libre Matrícula” o “Registros Abiertos”. También se les llamó después de la Segunda Guerra Mundial como “Banderas de Refugio”, asimismo se las denominó “Banderas Piratas”.

El fenómeno de las “Banderas de Conveniencia” (FOC’S), cobró definitivo desarrollo durante y a partir de la Segunda Guerra Mundial. Los armadores norteamericanos, para eludir la “Ley de Neutralidad de EE.UU.”, que prohibía utilizar naves de esa nacionalidad para fines bélicos, transporte de insumos con destino a países beligerantes, adoptaron para sus buques la “nacionalidad” por el pabellón de Panamá, Liberia, Honduras, etc. Los armadores griegos también siguieron idéntica actitud con sus buques en la postguerra: pero pronto se vio que el elenco de barcos de estos países, llamados la “Flota del PANLIBHON” (palabra formada con las primeras sílabas de Panamá, Liberia y Honduras), estaba ya incrementada con buques originalmente de Noruega y otros. Así fue posible que navíos construidos durante la Segunda Guerra Mundial, concebidos para transportes bélicos (“Liberty”, “Fort”, “Park”, “T-2”, etc.), no eran eficientes para el transporte comercial nato, salvo que los “paraísos fiscales” de los países cuyas banderas enarbolaban se conformaran con el cobro del canon de inscripción y mantenimiento, fáciles de obtener; y estos países concedían su pabellón a través de sus consulados, en las metrópolis navieras, sin mayores exigencias.

La falta de exigencias en materia impositiva, de cumplimiento de normas de seguridad costosas y de protección laboral y previsional a los trabajadores que tripulaban estos buques, también agregaron un argumento rotundo para permanecer en las “Banderas de Conveniencia” (FOC’S) a los barcos, después de acabar los peligros bélicos.

Con este fenómeno anómalo, aquellos Estados y armadores deciden matricular sus buques o embanderarlos con las “Banderas de Conveniencia” (FOC’S), porque atento a las leyes de esos Estados, de escasa o nula tradición fluvio-marítima, que ofrecen a quienes matriculan sus barcos en ellos, franquicias y condiciones ventajosas que no brindan las demás banderas; esa nacionalidad les reporta ciertos beneficios generalmente de orden fiscal (bajos tributos), administrati-

vos (mínimos servicios de control administrativo y técnico) o laboral (desprotección del trabajador marítimo, ausencia de sindicalismo organizado, libertad absoluta en la relación de los contratos de ajuste); figuran en las estadísticas con un tonelaje ficticio, sin guardar una relación auténtica entre el Estado del pabellón enarbolado y los propietarios o armadores de los barcos en cuestión.

Las empresas armadoras buscan las “Banderas de Conveniencia” (FOC'S) a fin de reducir costos operativos y evitar regulaciones estrictas en cuanto a seguridad o tasas fiscales que de otra manera se verían obligadas a cumplir con el adicional de desembolsos.

Muchos Estados exigen a las empresas que pretenden ejercer el cabotaje, esto es, el transporte entre dos puertos de un mismo país, que los buques afectados a este tráfico enarboles pabellón nacional, evitando así la trampa que supondría el uso de la “Bandera de Conveniencia” (FOC'S). Conviene no confundir pabellones de conveniencia con segundos registros nacionales.

Un país con “Bandera de Conveniencia” (FOC'S) es aquel que permite a los barcos pesqueros operar bajo su bandera sin tener la intención de asegurarse de que cumplen las regulaciones esenciales (a pesar de las provisiones de la Ley del Mar acerca de la responsabilidad de los gobiernos que abanderan barcos). Estas banderas son usadas por los propietarios de los barcos pesqueros y las compañías para ignorar la legislación referente a conservación y gestión de los stocks pesqueros, así como los estándares de seguridad y trabajo.

Aunque algunos de los países con “Banderas de Conveniencia” (FOC'S) son miembros, firmantes, o participantes, en relevantes organizaciones o acuerdos pesqueros regionales (por ejemplo Guinea Ecuatorial en ICCAT), fallan claramente a la hora de tomar responsabilidades que aseguren que los barcos abanderados bajo su pabellón cumplen todas las leyes y regulaciones.

Las empresas que usan “Banderas de Conveniencia” (FOC'S) tienen, en ocasiones, su base en países que son miembros de importantes

organizaciones pesqueras nacionales e internacionales (siendo España uno de los ejemplos más claros).

Las llamadas “Reglas de Rochdale”, basadas en el informe de este estudioso inglés, para la “Lloyd’s Register of Shipping” de Londres (Gran Bretaña), la plaza aseguradora por excelencia, incluyen entre otras connotaciones, las siguientes:

a) Existe un libre, fácil acceso y egreso del registro de Matrícula. Suele ser un trámite rápido y “aceitado” ante cualquier Consulado del “país de Conveniencia”, próximo al interesado empresario.

b) El costo de matriculación es bajo, así como el canon que se paga periódicamente, pero los impuestos vinculados al rédito de la empresa naviera, o son bajísimos o inexistentes. Constituyen verdaderos “paraísos fiscales”.

c) Se permite a los “no residentes en el País de Bandera, poseer buques matriculados.

d) Hay libertad para contratar a su antojo por la armadora, tripulación de otras nacionalidades, distintas a la de la “bandera”, incluso al capitán y oficialidad.

e) El buque navega fuera del tráfico natural del país que otorga la bandera. El país que brinda la misma, estrictamente, no necesita de esa importante flota. Los buques, generalmente efectúan tráficos de tercera bandera (“cross trade”) y es lo más probable que jamás toquen o fondeen en las aguas y puertos del país.

f) Suele existir un régimen permisivo, cuando no la absoluta ausencia de control y jurisdicción real del “País de Conveniencia”, sobre las condiciones de seguridad y laborales, con que el buque opera. Ello preocupa a la Organización Marítima Internacional (OMI), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), etc.

Esto es gravísimo y real. Se paga por la “ausencia de poder” y “molestias”, lo cual se parece a una virtual “complicidad”. Así, funcionalmente, se define a las “Banderas de Conveniencia” (FOC’S), como

la de cualquier país que permite el registro de un buque cuya propiedad beneficiaría, o su control pueda pertenecer a extranjeros bajo condiciones que, por cualquier razón, sean convenientes y oportunas para las personas que registran dicho buque.

Los “Pabellones de Conveniencia” o “Banderas de Conveniencia” (FOC'S) más habituales en la actualidad: Antigua y Barbuda; Belize, Islas Cayman; Antillas Holandesas; San Vicente; Panamá; Honduras; Bahamas; Costa Rica (Centroamérica y Antillas - Mar Caribe); Bermudas (océano Atlántico); Islas Cook (Polinesia – Oceanía); Islas Marshall (Oceanía); Liberia; Guinea Ecuatorial (África Occidental); Malta; Chipre (Europa - Mar Mediterráneo); Gibraltar (Océano Atlántico/ Mar Mediterráneo); Líbano (Asia Occidental); Omán (Emirato – Asia Occidental); Islas Kerguelen Océano Índico Austral) Mauricio (África Oriental – Océano Índico); Sri Lanka (Asia – Océano Índico - Sudeste de India); Tuvalu (Noreste de Australia – Océano Pacífico); Vanuatu (Este de Australia – Océano Pacífico); Bolivia (País Mediterráneo - Sudamérica); entre otras.

B. La nacionalidad de los barcos vs. las “Banderas de Conveniencia” (FOC'S)

La nacionalidad de los buques constituye un atributo que tiene la nave, como si se tratara de una persona. Así lo ha resuelto primero la costumbre y luego el derecho escrito. La ventaja que implica otorgar la nacionalidad al buque se comprende a partir de la necesidad de dotar a esa comunidad flotante de un status jurídico, sobre todo cuando el buque navega en aguas ajenas al país de bandera, (sean aguas jurisdiccionales de otro país o en el mar libre). Podría imaginarse que el buque lleva un paraguas que lo cubre, que no es otro que el orden jurídico del país cuyo pabellón enarbola.

La salvedad que entre el buque y su pabellón debe existir un vínculo genuino, establecida por la Convención de Ginebra sobre Alta

Mar de 1958, significa aquella relación que existe entre la nacionalidad del buque, la propiedad efectiva o la titularidad del mismo y la nacionalidad del capitán y tripulantes. Se relaciona con el interés público que existe en la Marina Mercante, toda vez que la misma coadyuva al comercio exterior y a la seguridad nacional. Por esa razón es que los Estados han reservado en sus legislaciones el derecho de autorizar tanto el ingreso como la eliminación de la matrícula, siempre que no se afecten los intereses públicos.

De este modo, los países tradicionalmente marítimos han dado su bandera a buques pertenecientes a nacionales del mismo o a sociedades, controladas por ellos y constituidas conforme con su legislación. El capitán y los tripulantes, regularmente tienen la nacionalidad del pabellón. Este procedimiento difiere del que exhiben los denominados “Registros Abiertos”, que operan las denominadas “Banderas de Conveniencia” (FOC’S). Estos países permiten que las naves que registran lleven tripulaciones extranjeras; carecen de posibilidad para ejercer cualquier contralor sobre la actividad del buque, sobre su estado de conservación; en definitiva, sobre los aspectos inherentes a la seguridad. Los aspectos laborales y sociales han sido permanentemente cuestionados en los organismos internacionales que dan cuenta de las trasgresiones registradas generalmente a bordo de los buques que enarbolan las “Banderas de Conveniencia” (FOC’S).

Consecuentemente, las ventajas económicas que obtienen los armadores se contraponen a la pérdida que representa para un país la transferencia de un buque de su propia bandera a esos registros: a) perjuicio económico para su balanza de pagos; b) mayor probabilidad de siniestros; c) mengua para los intereses de la carga y, por ende, del comercio exterior; d) desplazamiento de las tripulaciones nacionales, que se ven reemplazadas por extranjeros provenientes de países subdesarrollados dispuestos a aceptar condiciones laborales y sociales por debajo del nivel reconocido en los Convenios de la Organización

Internacional del Trabajo (OIT) para la Gente de Mar, toda vez que no acepten trabajar por las mismas condiciones, renunciando obviamente a la legislación de su propio país.

Estos pabellones o “Banderas de Conveniencia” (FOC'S) ejercen una competencia desleal contra aquellos armadores que registran sus buques en registros normales, que cumplen con las prescripciones internacionales y que, por tanto, tienen costos de explotación mayores.

El derecho de otorgar o no el pabellón de un buque pertenece enteramente al Estado requerido. En este aspecto, el ingreso de un buque a un determinado registro implica el sometimiento a su orden jurídico interno, del mismo modo que a las vicisitudes que se produzcan en el mismo (cambio de normas, derogaciones e incorporación de nuevas disposiciones, etc.). También las regulaciones internas determinan las condiciones sobre el “cese de bandera”.

Todo lo expuesto debe ser evaluado a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de Montego Bay (Jamaica, 1982), que indica que “los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar (Art. 91) y que “los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado” (Art. 92), posibilitando la existencia de una “relación auténtica entre el Estado y el buque”, concordante con los mismos principios que la Convención sobre Alta Mar de Ginebra (Suiza) de 1958.

C. La probable configuración de un fraude laboral marítimo

Teniendo presente las ventajas vinculadas con la maximización del lucro, en detrimento de otros aspectos, que posibilitan las “Banderas de Conveniencia” (FOC'S), se ha permitido en algunos países, como en el caso de la República Argentina, autorizar a los armadores nacionales a solicitar el cese de bandera nacional, para enarbolar un

pabellón a su elección, con el argumento de que puedan de esta manera competir en el mercado internacional de fletes. Lo expuesto es una forma elíptica de decir que se pueden matricular fácilmente en los denominados “registros abiertos”.

De esta manera, los buques pasan a enarbolar en su propio país las “Banderas de Conveniencia” (FOC’S), a fin de aprovecharse de sus beneficios, en desmedro de los derechos de la tripulación, utilizando generalmente, en forma simulada la figura de un presunto operador, quien aparece como contratante o empleador del tripulante. Entonces, a pesar de seguir siendo la empresa la propietaria real del buque y armadora, con domicilio en su país, pretende fraudulentamente aplicar a la relación laboral la ley de otro país, que por supuesto, no controla tal relación.

La Ley N° 213/93 “Código del Trabajo de la República del Paraguay” dispone en el Art. 41, “De las Cláusulas con condiciones injustas” que “se considerará como nula toda cláusula del contrato en la que una de las partes abuse de la necesidad o inexperiencia del otro contratante, para imponerle condiciones injustas o no equitativas”, dicha disposición concuerda con los Arts. 3°, 5° y otros del mismo cuerpo legal, por lo que la contratación de connacionales, en el territorio nacional, bajo regímenes menos tuitivos, como ocurre con las contrataciones como tripulantes de los barcos de las denominadas “Banderas de Conveniencia” (FOC’S), pasaría a constituirse en una suerte de fraude laboral. A su vez, la doctrina en este aspecto ha expresado que ello “se trata de simulación (aparición de un acto distinto al real) o de fraude (entendido como la infracción directa de la ley o en otro sentido más riguroso como la elección de caminos desviados para lograr el incumplimiento a la ley laboral).

La jurisprudencia internacional, antes de darse el fenómeno masivo de cambio de bandera, ha reconocido la configuración del fraude en el caso de trabajadores marítimos embarcados en buques que

enarbolan pabellones o “Banderas de Conveniencia” (FOC’S). Se ha sostenido que: “El fraude también se manifiesta por el intento de trasladar una relación del plano nacional al plano de otro país con ordenamiento jurídico distinto. En el caso particular del personal embarcado paraguayo, aún si se emplean “Banderas de Conveniencia” (FOC’S), se debe considerar las disposiciones del propio Código de Comercio, aún vigente en su Libro Tercero (Arts. 856 a 1378), así como los de la Ley N° 928/27 “Reglamento de Capitanías”, la Ley N° 476/57 “Código de Navegación Fluvial y Marítima”, así como las actuales disposiciones de la Ley N° 269/93 “Que aprueba el Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná y sus seis Protocolos Adicionales”; la contratación de tripulantes se determina por la ley del Estado que otorga la bandera. Como la obtención de dichas banderas tiene por finalidad eludir el cumplimiento de ciertas normas, entre otras, las laborales, si no existen motivos reales para que el buque obtuviese nacionalidad extranjera, se considera como si se tratara de un trabajo ejecutado en nuestro país

Por lo tanto, el acogimiento a una “Bandera de Conveniencia” (FOC’S) por parte de los armadores locales, la suscripción de contratos de ajuste cuyo marco regulatorio es la ley extranjera del país del pabellón que han elegido y la referencia que se establecen en tales contratos a la aplicabilidad de las normas y competencia de las autoridades del país extranjero, es efectuado con clara simulación del acto verdadero y fraude a la ley laboral, en razón de las siguientes circunstancias: a) por ser la empleadora la propietaria real y la armadora de los citados buques; b) por ser el país generalmente el lugar de la ejecución del contrato; c) por ser los puertos del país los lugares de contratación, embarco y desembarco de tripulantes; d) Por ser el tripulante y la empresa, nacionales, domiciliados en el propio país.

Como puede observarse, todos los extremos atinentes a la contratación, ejecución del contrato y su extinción y las condiciones persona-

les del empleado y empleador, son absolutamente vinculados al territorio nacional y a pesar de ello, se le aplica a tal relación laboral una legislación extranjera (foránea).

D. El abuso del derecho

“Turis error nulli prodest” (A nadie le aprovecha el error de derecho).

“Tus est ars boni et aequi” (El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo).

“Abuso del derecho: Ejercicio del mismo más en perjuicio ajeno que en provecho propio. El empleo antisocial de alguna facultad jurídica. Acción u omisión jurídica, positivamente protegida, que lesiona un legítimo interés, desprovisto de correlativa o concreta defensa... Ya en la formulación contemporánea y al decir de Saleilles, el ejercicio anormal de un derecho, el ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo... El derecho cesa donde el abuso comienza... *Abusus*: voz latina que hace referencia al derecho que tenían los propietarios de abusar de la cosa que les pertenecía, hasta el punto de poder destruirla...” (Osorio Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales . 23^a. Edic. Págs. 29/30).

Al amparo de las disposiciones de las legislaciones internas de la mayoría de los países que disponen que el contrato de ajuste se rige por la ley de la nacionalidad del buque (ley del pabellón).

En el caso de las “Banderas de Conveniencia” (FOC’S) se efectúa un ejercicio disfuncional de dicho derecho, desnaturalizándose la función para el que fue creado, que no es precisamente para desviar la aplicación de normas de protección social para abaratar costos.

En este aspecto, tanto la ley como la doctrina sostienen que el ejercicio disfuncional de los derechos está prohibido. Mucho se ha dicho acerca de la naturaleza jurídica de este instituto y la terminolo-

gía que se utiliza no es uniforme. No obstante, es menester precisar que al hablar de “abuso” se alude al ejercicio antifuncional de un derecho, es decir, aquel que desnaturaliza la función para el que debe servir ese derecho o que desvía la finalidad que con él se debe perseguir, contrariando así la buena fe, la moral, o la propia ley que lo reconoce. Entendido así el “abuso del derecho” presenta dos virtualidades: 1) por un lado, constituye una causa perentoria para negar al titular del derecho mal usado la protección del ordenamiento jurídico; 2) por otro, constituye una fuente de responsabilidad que obliga a la reparación del daño que puede causar. Esto demuestra la relatividad de los derechos, pues si bien la ley ampara el ejercicio regular que se haga de ellos, prohíbe el “ejercicio antifuncional” que los desnaturaliza.

Lo expresado anteriormente constituye un aspecto más que define claramente el problema y está directamente vinculado con la figura del “fraude laboral”.

E. El impacto regional negativo

Ante una integración económica en mercados laborales desiguales, con niveles considerables de desempleo o sobre demandas del mismo, se producen importantes desequilibrios, cuya solución es la inercia o tendencia a “uniformar hacia abajo”, las condiciones de contratación o en su caso, las normas mínimas de protección laboral.

El reemplazo de la bandera nacional por los pabellones o “Banderas de Conveniencia” (FOC'S), arroja como resultante uniformar la legislación laboral en un común denominador, que está por debajo de la legislación nacional e internacional (Convenios de la OIT), debido a la aplicación a ese contrato de ajuste del derecho del pabellón, que por añadidura ese país no controla, produciéndose una inobservancia total de las normas de protección.

En consecuencia, a través del acogimiento masivo y deliberado de tales banderas, se genera la multiplicación de desajustes en cadena, que implican que las reglas del mercado priman sobre los intereses sociales, no solo nacionales, sino regionales, violentando de esta manera, las posibilidades de futuras y esperadas armonizaciones legislativas en este aspecto. Constituyendo, en consecuencia, una antítesis o, si se quiere, el embrión de la desintegración, por lo menos en el ámbito de la legislación laboral marítima, cuya armonía no va a estar dada por la síntesis media de la legislación de los países integrados, sino por la tendencia a uniformar, en los hechos, condiciones de contratación deprimidas.

Valga destacar el caso de la Hidrovía Paraguay-Paraná, o el denominado MERCOSUR, en los cuales, será difícil que los armadores acepten el marco de una legislación que se proyecte para la región, atento a que las reglas del mercado en tal contexto de permisibilidad los lleva directamente a optar por el expediente más cómodo y rentable de los pabellones o “Banderas de Conveniencia” (FOC’S); esto se ve amenazado por el agravante que en la información internacional actual se menciona a uno de los integrantes del “Acuerdo de la Hidrovía Paraguay-Paraná”, la República de Bolivia como país otorgante de su pabellón como “Bandera de Conveniencia”; ello no deja de ser un peligro potencial para la flota mercante de toda la región y particularmente de la República del Paraguay, hoy por hoy el país que cuenta con la mayor cantidad de bodegas de la Hidrovía y que tiene previstas las normas de la protección de su pabellón, siendo por tanto adverso al establecimiento y empleo de las “Banderas de Conveniencia” (FOC’S), en tanto en el espectro marítimo mundial como en el ámbito fluvio-marítimo al cual pertenece nuestra patria.

De este importante tema, así como de otros del ámbito fluvial y marítimo se ocupa académica y profesionalmente el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM), que ha honrado a la Repúbli-

ca del Paraguay como sede de la Presidencia del IIDM, por el bienio 2018/2020 y ha elegido al autor del presente artículo, Prof. Dr. Santiago Adán Brizuela Servín, como Presidente del Instituto mencionado, por el período de dos años.

Por lo expresado, que la inserción y aceptación en la región de las “Banderas de Conveniencia” (FOC'S) constituirán un fuerte impulso a la desarmonización regional de la legislación laboral marítima, posibilitando la aplicación de una legislación extranjera heterogénea y extrarregional, que representa una verdadera involución en el progreso jurídico y social, implicando ello un claro caso de fraude laboral en el contrato de ajuste.

III. Conclusiones

El problema que en el mundo fluvio-marítimo actual se planteó con la existencia de estas “Banderas de Conveniencia” (FOC'S), se ha enraizado y desarrollado a nivel mundial, siendo discutido, criticado, y hasta justificado por representantes de los puros intereses económicos de las empresas armadoras, beneficiadas por los bajos costos que implica mantener las naves de diversos portes, en estas condiciones, campeando nítidamente el “animus lucrandi” frente a los intereses sociales o los mismos derechos humanos.

El incremento de las “Banderas de Conveniencia” (FOC'S), más allá de la anomalía jurídica que plantea y del retroceso en las condiciones de seguridad y de mínimas garantías laborales a las tripulaciones de estos barcos, plantea la dificultad extrema, si no la imposibilidad de los países en desarrollo de tener y mantener flotas fluvio-marítimas que sirvan a su comercio exterior. La participación seria de los países, sobre todo en Latinoamérica, que quisieran incrementar su poder de decisión en sus transportes fluvio-marítimos, se ven negativamente afectados por todo este fenómeno al provocarse la “fuga de

bandera”, de sus incipientes registros, por la desleal competencia que las “Banderas de Conveniencia” (FOC’S) plantean.

Es manifiesta la “incompetencia” o “falta de idoneidad” de las tripulaciones de estas naves, salvo excepciones; son reclutados en base a la extrema necesidad económica que plantea el hambre en ciertos países, formándose las “tripulaciones de conveniencia”, y ello incide en conjunto a que los buques de estas banderas figuren al tope de los índices de siniestralidad.

La anomalía de las “Banderas de Conveniencia” (FOC’S) ha pasado a convertirse en un problema de proporciones insoslayables para el Derecho Marítimo o Derecho de la Navegación por Agua, ante el cual, no puede permanecer indiferente; considerando que el resultado de las ventajas que, al margen del recto sentido jurídico de las instituciones, ofrece una realidad socioeconómica, mundial, apátrida e ineludible.

Como puede observarse, se han estado institucionalizando prácticas antijurídicas que ameritan la nulidad por parte de los Tribunales, de las cláusulas de los contratos de ajuste celebrados de ese modo, debiéndose aplicar por ende, la legislación local más favorable y desplazar de esta manera a la “Ley del Pabellón” que amerita la correspondiente a las “Banderas de Conveniencia” (FOC’S), por fraude laboral marítimo y por abuso del derecho.

Dicho fraude laboral marítimo implica una involución en los derechos sociales, afectando los derechos humanos y hasta la propia legislación internacional, como los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Pacto de San José de Costa Rica.

La reacción para atenuar los efectos del incremento de las “Banderas de Conveniencia” (FOC’S) se está operando paulatinamente en los organismos internacionales, en los sindicatos marítimos, y curiosa, pero más eficazmente, en el sector asegurador marítimo mundial, alarmado por la alta siniestralidad emergente.

El tema implica una cuestión actual y vigente, que atenta directamente contra la evolución y desarrollo del Derecho Marítimo o Derecho de la Navegación por Agua, como disciplina autónoma de las Ciencias Jurídicas, al servicio de la Humanidad.

IV. Bibliografía

- 1) Brizuela Servín, Santiago Adán. “Derecho Marítimo (en Paraguay)”. Edit. “El Foro” – Asunción, Paraguay, 2012.
- 2) Brizuela Servín, Santiago Adán. “Derecho Marítimo”, 2ª Edición. Edit. “El Foro”. Asunción, Paraguay, 2017.
- 3) Gigena, Edgar Ramón. “Fraude Laboral Marítimo”. Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Buenos Aires, Rca. Argentina, 2001.
- 4) Romero Basaldúa, Luis C. “Derecho Marítimo”, Córdoba, Rca. Argentina, 1996
- 5) Bracho Palma, Jairo A. “La defensa marítima en la Capitanía General de Venezuela”. Caracas, Venezuela, 2005.
- 6) Brizuela Servín, Santiago A. “Hidrovia Paraguay-Paraná: Aspectos Legales de la Navegación” (Tesis Doctoral). Asunción, Paraguay, 2004.
- 7) Brittin, Burdick H. “Derecho Internacional para oficiales en el mar”, Annapolis, EE.UU. de América, 1991.
- 8) Ossorio Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, 23ª. Edic. Buenos Aires, Rca. Argentina, 1996.
- 9) Diccionario Etimológico y de Sinónimos “Intelecto”. Buenos Aires, Argentina, 1988.



LOS DERECHOS HUMANOS, NUESTROS DERECHOS: UNA MIRADA DE PARTE DE LA SOCIEDAD

*Nora Edith Lezcano*¹

Resumen

El presente artículo, aborda las reflexiones en torno a los resultados de las encuestas aplicadas a una población de 256 personas, de distintos niveles de formación, edad, sexo, lugar de residencia, ocupación, quienes aportaron su percepción sobre que son los derechos humanos.

-
1. Abogada. Mediadora. Docente universitaria de grado y postgrado. Masteranda de la Maestría en Educación con énfasis en la investigación socio-educativa. Especialista en Medios Alternos de Resolución de Conflictos por las Universidad Torcuato Di Tella (Argentina). Certificada académicamente por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos-OEA (Costa Rica). Docente a cargo de la cátedra de Derechos Humanos de las carreras de Derecho y Notariado de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Iberoamericana – UNIBE. Trabaja en el sector social en la promoción y defensa de los derechos humanos en particular de la niñez y la adolescencia y de los derechos de las personas con discapacidad. Con experiencia en la sistematización y monitoreo de proyecto e iniciativas sociales y en la elaboración de políticas públicas con enfoque de derechos. Formadora en liderazgo personal, comunicación estratégica, trabajo en equipo, comunicación interpersonal e inteligencia emocional. Ha trabajado para organizaciones nacionales e internacionales como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), UNICEF, instancias del Estado y de las Organizaciones de la Sociedad Civil. A lo largo de los últimos 15 años de su profesión ha participado y contribuido en procesos de construcción de políticas públicas, iniciativas y reformas legislativas y estructurales con enfoque de derechos.

El análisis realizado fue planteado desde el enfoque de derechos, como parte de la Educación en Derechos Humanos, proponiendo una serie de conclusiones para fortalecer la promoción y defensa de los Derechos Humanos (DDHH), NUESTROS DERECHOS.

Palabras claves: derechos humanos, nuestros derechos, educación en derechos humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos.

¡Gratitud! Antes que nada, quiero agradecer a mis alumnas y alumnos de la cátedra de Derechos Humanos de las carreras de Derecho y Notariado de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), quienes dieron muestra de compromiso, responsabilidad no solo en apoyar la construcción de contenido para la elaboración del presente artículo, sino también por todo el trabajo y el tiempo que se tomaron en aplicar las encuestas, llegando a un total de 256 personas encuestadas en menos de un mes de trabajo (durante octubre, de 2018). Así como también destaco el trabajo técnico de dos alumnas, quienes han realizado la ardua tarea de tabular toda la información que aquí se presenta². Asimismo, se reconoce el importante asesoramiento metodológico de la Mag. Mónica Ruotti, Directora del Área de Investigación de la UNIBE. También se agradece el apoyo académico y profesional que brindan de manera

-
2. **Alumnas/os Encuestadores:** Katherine M. Alcaráz R., Biviana Bazán Cáceres, Giselli Bazán Cáceres, Gloria Beatriz Benítez Jara, Bianca Aramí Brandell Ibañez, Alana Caroline Perez Cardoso, Daniel Caballero Aranda, Edgardo Daniel Cibils Benítez, Petrona Isabel Estigarribia Ferreira, Pedro David Gómez Figueredo, Diego Armando Medina Aguilera, Adoración Meza Iturbe, Porfirio Ramírez Vega, María Lorena Reguera Cubilla, Giannina Celia Tito Caba, Giselle Nora Tito Caba, Camila Natividad Vera Franco, Valerie Elvira Viveros Cabral. **Alumnas Tabuladoras:** Gloria Beatriz Benítez Jara, María Lorena Reguera Cubilla.

constante y amena el Prof. Abog. José Pérez Reyes, Director de la Carrera, y de la Prof. Abog. Juliana Florencio, Secretaria de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Y asimismo a la Dra. Sanie Romero de Velázquez, Rectora, y al Mag. Abog. Eduardo Velázquez Romero, quienes siempre impulsan iniciativas de excelencia académica y de aporte a la academia y la intelectualidad. ¡A todos ustedes, mi inmensa gratitud!

Desarrollo

El interés en desarrollar el contenido del presente artículo surge del análisis académico realizado con los alumnos, las alumnas y la docente a cargo de la cátedra de Derechos Humanos (DD.HH.) de las carreras de Derecho y Notariado de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Iberoamericana (UNIBE).

Se invirtieron varias horas de cátedra de estudio con los alumnos y alumnas, primero para comprender el origen histórico de los Derechos Humanos, sus principios y características y así analizar la relevancia de su existencia, promoción y defensa para el desarrollo integral de las personas y el fortalecimiento de las democracias, así como también se profundizó sobre las luchas sociales y reivindicaciones surgidas a lo largo de la historia, para llegar al día de hoy en el reconocimiento universal de tales derechos.

Así mismo, con los alumnos se reflexionó sobre la importancia de conocer la percepción de parte de la sociedad sobre qué opinan, cómo definían y si defendían a los Derechos Humanos en consecuencia, partiendo de la premisa de comentarios peyorativos que los propios alumnos solían escuchar, cuando en sus entornos cercanos, incluso en los medios masivos y redes sociales, se hacía referencia a los Derechos Humanos como culpables de la falta de seguridad y armonía social; percepción que contrasta absolutamente con la definición que procla-

ma la Declaración Universal de Derechos Humanos y que este artículo invoca, invitando a la reflexión de que cuando estamos promoviendo, defendiendo, exigiendo los **Derechos Humanos**, estamos promoviendo, defendiendo y exigiendo **NUESTROS DERECHOS** y el **DERECHO DE TODAS LAS PERSONAS**, por el hecho de serlo.

“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

Art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

“Todas las personas pueden disfrutar de los siguientes derechos aun cuando: sean de sexo diferente, tengan un color de piel diferente, hablen un idioma diferente, piensen cosas diferentes, crean en otra religión, posean más o menos bienes, hayan nacido en otro grupo social, procedan de otro país. Tampoco importa que el país en que vivan sea o no independiente”³.

A los efectos de poder conocer la percepción de parte de la sociedad, se decidió elaborar una encuesta anónima que pudiera servir de instrumento metodológico para ser aplicado por los propios alumnos y alumnas en sus entornos más cercanos, sean laborales, familiares, comunitarios. El contenido de la encuesta fue diseñado y validado en clase, y de manera participativa se fue construyendo y definiendo las preguntas y categorías. Se contó además con el valioso asesoramiento

3. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/ABCannexesp.pdf>

metodológico del Área de Investigación de la Universidad UNIBE⁴ para poder tener precisiones técnicas asegurando así su aplicabilidad.

Para diseñar la encuesta se definieron previamente los siguientes objetivos.

Objetivo general

- Conocer qué saben las personas sobre sus Derechos Humanos.

Objetivos específicos

- Analizar como las personas perciben los derechos humanos.
- Identificar los derechos humanos más relevantes para las personas.
- Identificar las fuentes de formación que tienen las personas sobre derechos humanos.
- Identificar el rol de los medios de comunicación y de las redes sociales sobre la percepción que tienen las personas sobre los derechos humanos.

Se aplicó la encuesta a un total de 256 personas en Asunción y Gran Asunción⁵. Como podrá observarse la población es diversa en cuanto a edad, sexo, formación académica, lugar de residencia y trabajo que realizan.

Fueron encuestados familiares, amigos de los alumnos y las alumnas, vecinos del barrio Dr. Francia y del barrio Bañado Tacumbú, pacientes del Hospital de Barrio Obrero, funcionarios del Poder Judicial de Fernando de la Mora, del Fondo Nacional de la Cultura y las Artes, Ministerio de Relaciones Exteriores, Agrupación Especializada

4. Mag. Mónica Ruotti, Directora del Área de Investigación de la UNIBE.

5. En ciudades de Fernando de la Mora y Lambaré.

de la Policía Nacional, Centro de Entrenamiento Conjunto de Operaciones de Paz (CECOPAZ-FF.AA.) y de la Secretaría de la Función Pública, alumnos/as del Colegio Iberoamericano (3er. ciclo), del Colegio Vicente Ignacio Iturbe y del Colegio Nacional San Miguel Arcángel (3er. ciclo), personas de la Zona Comercial de Galería Bonanza del Mercado 4, a docentes de la Escuela de Cocina del Mercado 4, a colaboradores de un Centro de Estética y de un Estudio Jurídico, y una persona privada de libertad de la Penitenciaría Nacional del Buen Pastor.

La encuesta tenía un apartado general para que la persona pudiera especificar datos como: *sexo, edad, nivel educativo, trabajo (sector público/privado/por cuenta propia), y lugar de residencia*. Y otro apartado con 12 preguntas, sobre si *escucharon hablar sobre los derechos humanos, el lugar donde lo había escuchado, cuáles son los derechos humanos, a quiénes protege, para qué sirven, si tienen que ver con la persona encuestada, si se respetan, cuáles consideraban que son los derechos humanos más importantes, cuándo inician, cuáles son los derechos más violados en Paraguay, qué son los derechos humanos, y un apartado si deseaban agregar comentarios adicionales* (estos dos últimos puntos eran opcionales).

Las preguntas:

- 1. ¿Escuchaste hablar sobre los Derechos Humanos?**
- 2. ¿Dónde escuchaste hablar sobre los Derechos Humanos?**
 - 2.1 En tu casa.
 - 2.2 Escuela.
 - 2.3 Universidad.
 - 2.4 Grupo de Amigos.
 - 2.5 Medios de comunicación.
 - 2.6 Trabajo.
 - 2.7 Otros.

3. ¿Para vos cuáles consideras que son los Derechos Humanos?

- 3.1 Derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la educación, a la salud, etc.
- 3.2 Derecho a no ser privado de libertad, sin causa justificada.
- 3.3 Derecho a la violencia para mantener el orden.
- 3.4 Derecho a un ambiente sano.
- 3.5 Derecho a no ser discriminado por ninguna causa.
- 3.6 Otros derechos (mencione cual/es).

4. ¿A quién/es protege/n los Derechos Humanos?:

- 4.1 A las personas privadas de libertad.
- 4.2 A los pueblos indígenas.
- 4.3 A los animales.
- 4.4 A las personas en situación de vulnerabilidad.
- 5.5 A vos.
- 5.5 A otras personas (por favor menciona).

5. ¿Para qué sirven los Derechos Humanos? (Puedes elegir más de una opción):

- 5.1 Para liberar a quienes guardan reclusión en una prisión.
- 5.2 Para poder manifestarse libremente sin ser maltratado.
- 5.3 Para ejercer cargos o funciones públicas.
- 5.4 Para proteger a las personas en situación de vulnerabilidad⁶.
- 5.5 Para protegerte.
- 5.6 Otros (por favor mencione).

6. ¿Los Derechos Humanos tienen que ver contigo? (Puedes elegir más de una opción):

- 1.1 Sí, porque soy persona y tengo derechos.

6. Se considera como personas en situación de vulnerabilidad a las poblaciones como, niños/as y adolescentes personas en situación de calles, migrantes, indígenas, personas en situación de pobreza, personas adultas mayores, etc.

- 1.2 No, es solo para personas que tienen conflictos con la justicia.
- 1.3 No, solo es para personas que son discriminadas.
- 1.4 Si, solo cuando recibo maltratos y me defiendo.
- 1.5 No, es solo para gente con dinero.
- 1.6 Otros (por favor mencione).

7. ¿Crees que los Derechos Humanos se respetan?:

- 1.1 Siempre.
- 1.2 Casi siempre.
- 1.3 A veces.
- 1.4 Nunca.

8. ¿Cuáles son los Derechos Humanos más importantes? (Indique los 3 más importantes que consideres):

- 8.1 Derecho a la Vida.
- 8.2 Derecho a la Libertad.
- 8.3 Derecho a la Educación.
- 8.4 Derecho al Trabajo.
- 8.5 Derecho a la Seguridad.
- 8.6 Derecho a vivir en un ambiente saludable y armónico.
- 8.7 Todos los Derechos Humanos son igual de importantes.
- 8.8 Otros (por favor mencione).

9. ¿Cuándo inician los Derecho Humanos?

- 9.1 Cuando se cumple la mayoría de edad.
- 9.2 Cuando una persona es privada de su libertad.
- 9.3 Desde la concepción de la persona (en el vientre de la madre).
- 9.4 Desde que vas a la escuela.
- 9.5 No sé.
- 9.6 Otros (por favor mencione).

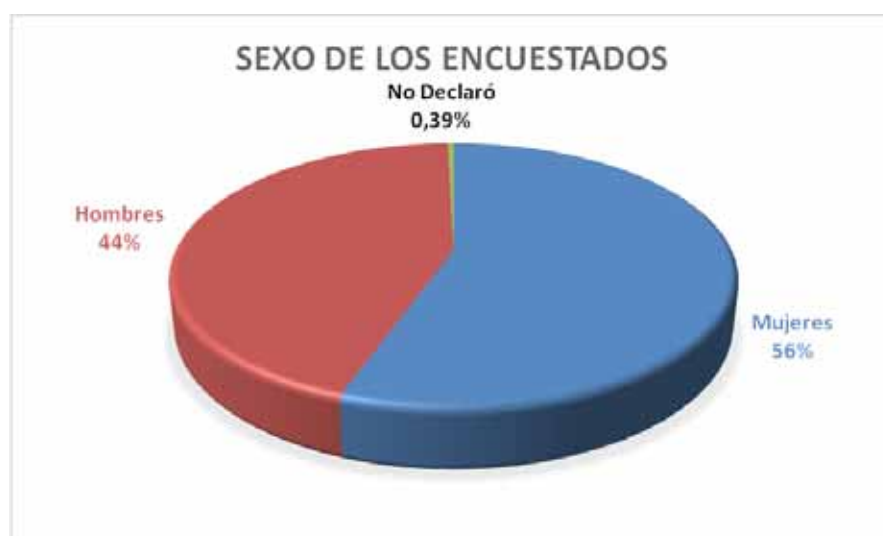
10. ¿Cuál de los siguientes derechos consideras que es más violado en nuestro país?:

- 10.1 Derecho a la vida.
- 10.2 Derecho a la justicia.

- 10.3 Derecho a la igualdad.
- 10.4 Derecho a la libertad.
- 10.5 Derecho a la educación.
- 10.6 Otros (por favor mencione).

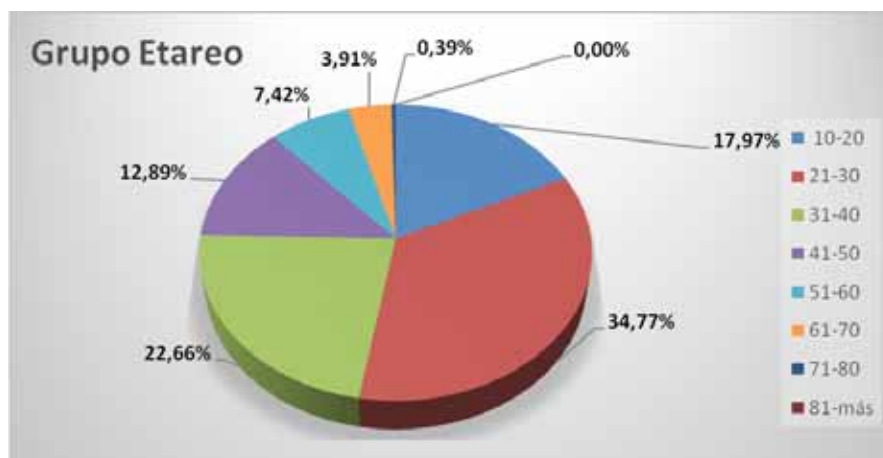
- 11. **¿Para vos que son los Derechos Humanos? (Opcional).**
- 12. **¿Algo más que quieras agregar o comentar respecto a los Derechos Humanos? (Opcional).**

Análisis de los resultados



La encuesta fue aplicada a un total de 256 personas, de las cuales 56% son mujeres, y 44% hombres, el 0,39% no declaró su sexo.

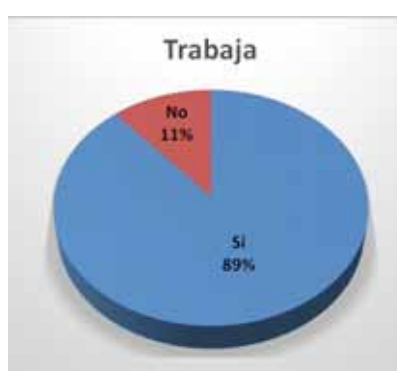
NORA EDITH LEZCANO



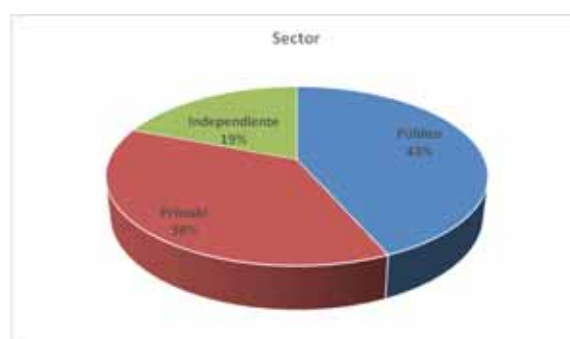
El 35% de las personas encuestadas tienen entre 21-30 años, el 23% entre 31-40 años, el 18% de 10 a 20 años, 13% entre 41-50 años, el 7% entre 51-60 años, 4% 61-70 años, y el 0,39% entre 71-80 años.



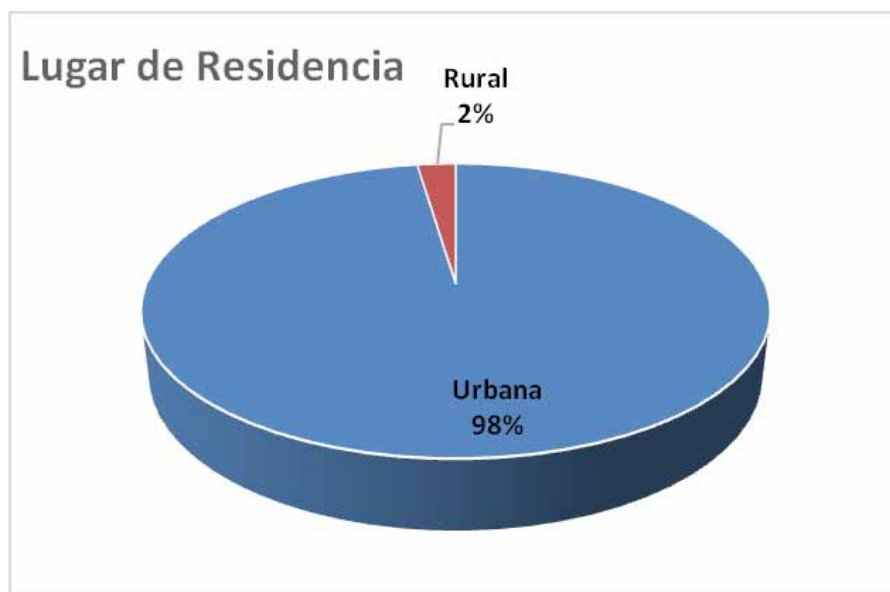
En cuanto al nivel educativo el 43% tiene el terciario completo, el 30% el nivel medio completo, el 11% el terciario completo, el 6% maestrías completas, 3% nivel básico completo, 2% básico incompleto, 2% nivel medio incompleto, 2% maestrías incompletas y el 1% de doctorado incompleto.



El 89% de las personas encuestadas reportó trabajar y el 11% señaló que no trabaja.



El 43% de las personas trabaja en el sector público, el 38% en el sector privado y el 19% trabaja de manera independiente.

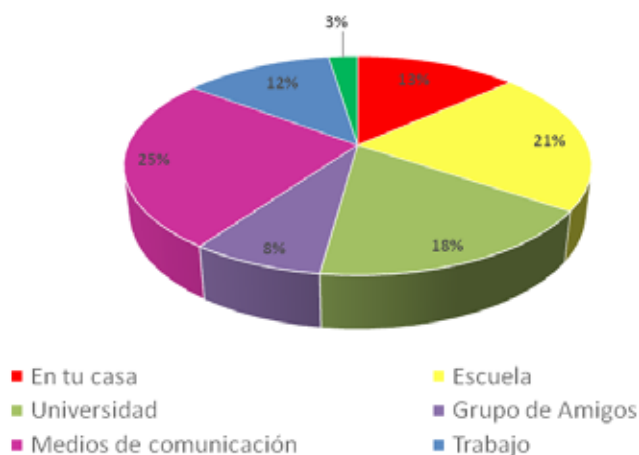


El 98% de los encuestados reside en zona urbana y el 2% en zona rural.



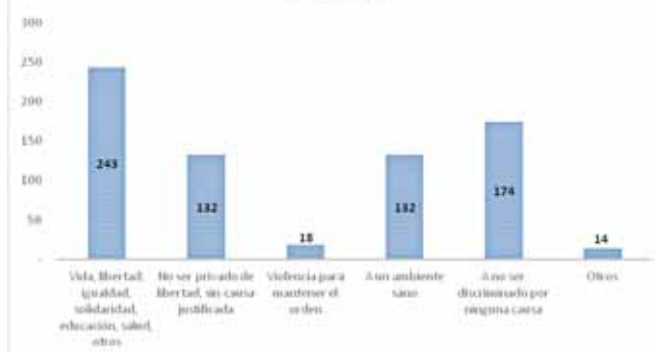
El 99% de las personas encuestadas escuchó hablar de los derechos humanos, y el 1% restante dijo que no había escuchado.

Donde escuchaste hablar de los DD.HH.



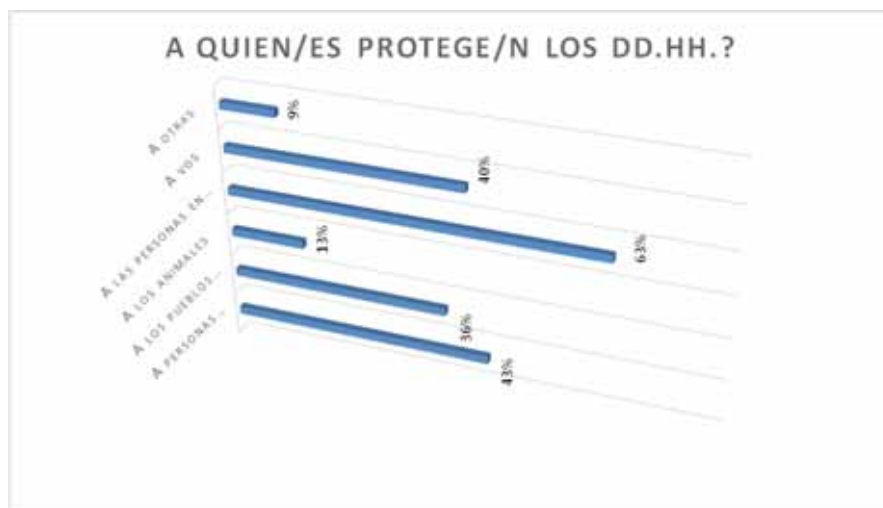
El 37% de los encuestados escuchó hablar de los Derechos Humanos en los medios de comunicación, 31% escuchó hablar en la escuela, el 26% en la universidad, el 20% en su casa, el 18% en el trabajo, el 11% en grupos de amigos, el 4% señaló otros. En relación a otros, algunas personas mencionaron libros, televisión, iglesias, calle.

CUALES CONSIDERAS QUE SON LOS DD.HH.?



El 95% de las personas considera que los derechos humanos son el derecho a la vida, la libertad, igualdad, solidaridad, educación, salud. El 68% a no ser discriminado por ninguna causa. El 52% a no ser privado de libertad, sin causa justificada. El 7% mencionó como parte de los derechos humanos el derecho a la violencia para mantener el orden.

El 5% señaló otros y mencionaban, en este sentido, *“el derecho a la libertad expresión, acceso a la información pública, libertad de credo, a no discriminar, a no menospreciar a las personas. Derechos a la tercera edad, derecho de los inmigrantes, la libre expresión, y a la vivienda. Derecho a la dignidad de la vida. Sin paz, hay poca esperanza para los DD.HH. Nunca al aborto, ni a la igualdad de género. Derecho a la propiedad, a la presunción de inocencia, derecho al estudio y a la libertad de prensa”*⁷.



7. Extracciones literales de las encuestas.

El 63% de las personas encuestadas, señalaron que los derechos humanos protegen a las personas en situación de vulnerabilidad. El 40% “a vos”. El 43% a personas privadas de libertad. El 36% a los pueblos indígenas. El 13% a los animales y el 9% a otros.

En la opción de “Otros” mencionaban que los Derechos Humanos *“protegen a todas las personas en igualdad de condiciones, a los seres humanos, a criminales, homosexuales, a promotores de la ideología de género, del lenguaje inclusivo. Los derechos humanos protegen a toda la ciudadanía, a migrantes, niños y ancianos, a las personas a las cuales se les toque la libertad y dignidad. Una persona mencionaba que nos protege a todos los seres humanos, mientras que otras afirmaron que los derechos humanos protegen a todas las personas. Protegen a las personas con capacidades diferentes y a extranjeros que sufren injusticias o problemas específicos. A todos desde la concepción”*. Algunos encuestados hacían mención que *“protegen a las personas corruptas, a los más pudientes y a los políticos de turno”* (sic.).



El 75% de las personas señaló que los derechos humanos sirven para poder manifestarse libremente sin ser maltratados. El 67% para proteger a las personas en situación de vulnerabilidad. El 45% para protegerse, 24% para liberar a quienes guardan reclusión en una

prisión, mientras que el 13% para ejercer cargos o funciones públicas y el 5% para otros.

En la opción “Otros” mencionados en esta pregunta hacían referencia a que los derechos humanos sirven para *“mantener un orden social en el marco del derecho, para salir a favor de delincuentes. Para apoyar a grupos minoritarios que se consideran la voz de la mayoría. Para proteger a cualquier individuo de la especie humana. Son derechos a los Extranjeros. Para proteger personas menores de edad por abuso y explotación sexual, laboral, maltrato y o violación agresión persona a persona. Sirve para establecer una vida estabilizada. Los Derechos son para todos los ciudadanos paraguayos. Para acentuar la integridad personal. Sirven para beneficiar a los corruptos, esa es la única parte que extraño de la dictadura. En época de Stroessner no había tal atrocidad, no había robos (todo ladrón, pensaba dos veces antes de actuar, porque ya sabía lo que le pasaría en su futuro). Jamás iba a existir el EPP ni nada por el estilo”* (sic.).



El 89% de los encuestados señaló que sí los derechos humanos tenían que ver con ella, porque son personas y tienen derechos. El 11% respondió que no, porque es solo para gente con dinero. El 9%

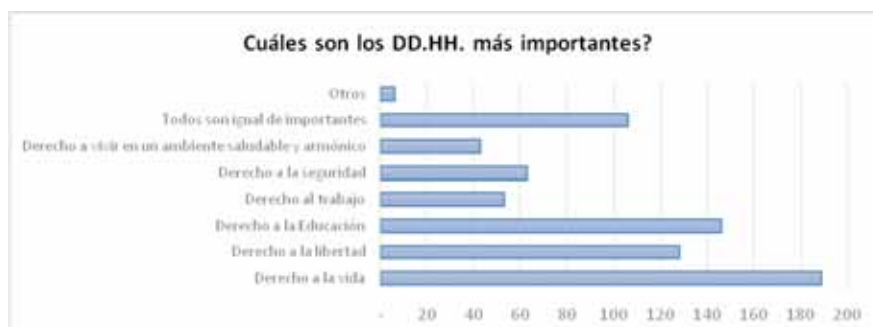
respondió que sí, pero solo cuando recibo maltratos y me defiendo. El 7% respondió que no, porque solo los derechos humanos son para personas que son discriminadas. El 5% respondió también que no, porque es solo para personas que tienen conflictos con la justicia. Y el 3% respondió otros.

El 3% que respondió “otros” mencionó en cuanto a que *“sí los derechos humanos tenían que ver con la persona, porque son de ayuda en cualquier circunstancia de la vida, son para todas las personas, sí tienen que ver conmigo, tiene que ver con todos los seres humanos. Siempre considerando mi dignidad y mi libertad y lo de los demás seres humanos en la relación laboral. Un ser humano no puede ser torturado ni recibir un trato malo, todos los seres humanos son iguales ante la Ley”* (sic).

Uno de los comentarios en otro señaló: *“tienen que ver conmigo, pero no aparecen jamás, si los llego a necesitar”*.



El 67% de los encuestados respondió que a veces los derechos humanos se respetan, el 18% respondió que nunca los derechos humanos se respetan. El 11% señaló que casi siempre se respetan y el 3% respondió que siempre, mientras que el 1% no respondió.



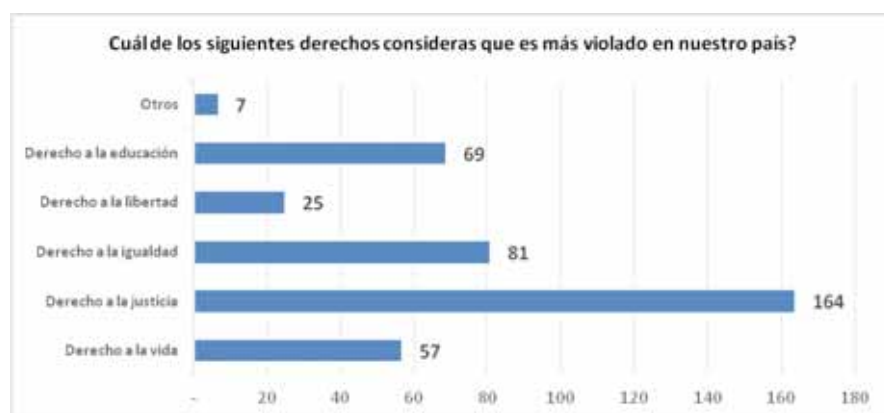
El 74% señaló que el derecho a la vida es el derecho humano más importante, el 57% el derecho a la educación, el 50% el derecho a la libertad. El 41% mencionó que todos los derechos humanos son igual de importantes. El 25% el derecho a la seguridad, el 21% el derecho al trabajo, el 17% el derecho a vivir en un ambiente saludable y armónico y el 2% otros.

El 2% “otros” hizo referencia en cuanto a cuáles son los derechos humanos más importante, respondieron *“todos aquello que le permitan a una persona realizarse, cuidar a los niños y ancianos, los siete son importantes (prohibición a la discriminación) y derecho la igualdad ante la ley. La dignidad humana en esencia. Derecho a la libertad, a la propiedad, el poder disfrutar de la ganancia de tu trabajo sin que el Estado te quite todo”* (sic).



El 82% de las personas respondió que los derechos humanos inician desde la concepción de la persona (en el vientre de la madre), el 6% desde que van a la escuela. El 3% cuando se cumple la mayoría de edad, el 3% cuando una persona es privada de su libertad. El 2% dijo que no sabía, el 2% respondió otros y el 2% restante no respondió.

El 2% que respondió “otros” se refirió a “*desde que uno pertenece a la sociedad, desde que sea feto, en la ancianidad y situación de limitación física por accidente o enfermedad. Desde el nacimiento*” (sic.).



El 64% de los encuestados respondió que el derecho humano más violado en el país corresponde al derecho a la justicia, 32% respondió el derecho a la igualdad. El 27% el derecho a la educación, 22% el derecho a la vida, el 10% el derecho a la libertad y el 2% respondió otros.

El 2% que respondió “otros” hizo referencia al “*derecho a tener condiciones en igualdad de oportunidades, para que todos accedan, derecho a la justicia, derecho a la inserción laboral de los jóvenes para evitar fugas de cerebros y capital humano potable en nuestro país. Derecho a protección social de la agricultura familiar campesina. Derecho a la libertad de expresión*” (sic.).

En cuanto a la pregunta abierta N° 11, que era opcional responder, sobre que son los Derechos Humanos para la persona encuestada. Del Total de las 256 personas encuestadas, realizaron 138 comentarios en este apartado de los cuales se destacan los siguientes⁸:

- *Son los derechos inherentes a las personas, sin motivo de nacionalidad, sexo, religión, o cualquier otra condición.*
- *Los DD.HH. son derechos tutelados por el Estado a fin de garantizar la protección integral de las personas.*
- *Son aquellos derechos que nos garantizan una vida digna, sin discriminaciones y bajo las mismas condiciones de igualdad, respeto y libertad.*
- *Los DD.HH. son derechos que tenemos todas las personas.*
- *Para mí los DD.HH. es tener el derecho de pensar, de reír, de vivir, de tener un buen trabajo, un buen ambiente. Los derechos vienen de la ley también, y también se tienen que respetar.*
- *Todos tenemos los mismos derechos, para mí los DD.HH. son muy importantes, yo quiero que se cumplan los derechos.*
- *Para mí los DD.HH. es igual que una ley, se tiene que respetar obligatoriamente. Todas las personas tenemos derechos a todo, por ejemplo, a un ladrón no le podemos sacar sus derechos por robar, ellos también tienen sus derechos, ya sea a defenderse o a tener un abogado.*
- *Los DD.HH. sirven para todas las personas que creen en el derecho, como para mí, ejemplo, al trabajo, en la escuela, en casa, en el hospital.*
- *Para mí los derechos humanos es algo que debe ser cumplido, acá en Paraguay, por ejemplo, no existe la Justicia.*
- *Para defender a las personas.*

8. Solo se exponen algunos, omitiendo similares.

- *Se refiere a las condiciones mínimas que un ser humano debe tener para tener una vida digna.*
- *Es una Entidad Estatal donde deben mejorar la protección de las personas más vulnerables. Derecho a una vida digna de un ser humano.*
- *Son estamentos que existen para proteger y hacer respetar los derechos de cada persona sin discriminar.*
- *Los DD.HH. son valores fundamentales.*
- *Defender a todos por igual y no tener en cuenta quién tiene más dinero.*

Se han extraído literalmente además los siguientes comentarios elaborados por las personas encuestadas, las cuales podrán observarse tienen expresiones incrédulas, discriminatorias, xenófobas, machistas, dictatoriales que más que definir qué son los Derechos Humanos, ideológicamente los están violando. Se confunde a los Derechos Humanos con una institución u organismo y no se los perciben como derechos de los cuales son titulares.

- *Una pérdida de tiempo.*
- *Yo considero un derecho humano que cada extranjero ocupe su país y no invada el nuestro y deje ocupación y lugar ocupacional para los de mi país.*
- *En nuestro país el DD.HH. es más que un nombre a un organismo que no cumple con sus funciones. Ej.: cuando hay un asesino “sí tiene derechos”.*
- *Son los que defienden a delincuentes.*
- *Y la verdad que los derechos se le da más prioridad a los delincuentes, vos con tu derecho no podés hacer nada, si no hay plata de por medio no pasa nada.*
- *Los derechos son solo para los delincuentes, nunca vi o escuché que se hayan acercado a la víctima o a gente que necesite, como la gente enferma que no tiene ni para su medicamento.*

- *No existen, no se cumplen.*
- *Los DD.HH. son para personas privadas de libertad.*
- *Estar a favor a la vida, no tener igualdad de género. Matar a los delincuentes.*

En la última pregunta N° 12, como la anterior, también era opcional. Del total de las 256 personas encuestadas, se registran 77 comentarios adicionales que la persona encuestada podía agregar. De los cuales se destacan los siguientes⁹:

- *Mi derecho empieza cuando termina el tuyo.*
- *Y que si todos nos informamos, qué significa DD.HH. diría que en el mundo entero se viviría en un mundo de armonía y paz mundial.*
- *Su mayor difusión, a fin de romper el estigma de que son solo para proteger a delincuentes.*
- *Necesitamos que se difundan más informaciones sobre los DD.HH., especialmente en los diferentes niveles escolares.*
- *Es muy importante trabajar y tratar a las personas desde esta perspectiva porque fomenta el respeto hacia las otras personas, hacia todas las personas.*
- *Que no se olviden de la tercera edad y que los jóvenes den asiento a las personas embarazadas, con bebés y a las personas mayores.*
- *Quisiera que se cumplan, hasta cuándo van a seguir o vamos a seguir así. Muchas Gracias por estos minutos que se toman en dejarnos esto para poder responder esta encuesta.*
- *En nuestro país no se respetan los DD.HH., existen mucha inseguridad, maltrato, delitos, robo, secuestro, buscamos un mejor ambiente en nuestro país, para que sea mejor y que se respeten los DD.HH. Todos tenemos derechos y de cambiar a un mundo mejor.*

9. Solo se extraen algunos.

Los siguientes comentarios del mismo apartado reflejan desconfianza hacia los derechos humanos, confusión sobre qué son, ideas estereotipadas y clasistas. Desconocimiento de qué son los derechos humanos y desde la ausencia de educación en derechos humanos se condena y se descrece.

- *Mayormente en mi país, en Paraguay, no hay mucho apoyo sobre los DD.HH., poco y nada, casi no se le da importancia! «Solamente hay derechos para la gente de dinero».*
- *En Paraguay se enfoca más a defender a delincuentes.*
- *En Paraguay no se respetan.*
- *Que sea una oportunidad y seguridad para todos y no complicar con los delincuentes, dejemos que la justicia actúe en derecho y derecho humano, primero tiene que estar del lado de la víctima y no lo contrario como sucede.*
- *Que ni yo sé cuáles son los míos, pocos luego saben en el colegio ni te enseñan.*
- *Tiene la fama de defender solo a un grupo de personas ya sea supuestos asaltantes, violadores y no a verdaderos inocentes.*
- *Las autoridades o funcionarios de Derechos Humanos no tienen una moral para ejercer, no coincide su forma de vida con lo que tienen que defender.*
- *A mi parecer debió estar a favor de los más vulnerables y no a favor de los más pudientes.*

Los resultados de la encuesta representan una fotografía de lo que saben, piensan y sienten 256 personas muy diversas por sus contextos de formación, edad, sexo, lugar de residencia, trabajos, estudios que realizan y forman parte de la sociedad en Paraguay y de acuerdo a lo que saben, piensan y sienten, definen, defienden o descreen y condenan a los Derechos Humanos, estos últimos sin terminar de percibir que son sus propios derechos a quienes con sus falsos conceptos están condenando.

La mayor cantidad de las personas encuestadas ha escuchado hablar de los derechos humanos en los medios de comunicación, y en los espacios de formación académica (colegios, escuelas, universidades), seguido de sus propios hogares.

Como parte de los derechos humanos reconocen el derecho a la vida, libertad, igualdad, solidaridad, educación, salud, a no ser discriminado por ninguna causa, a no ser privado de libertad, sin causa justificada. Sí llama la atención y preocupa que un 7% de las personas reconozca la existencia de un derecho a ejercer violencia para mantener el orden, derecho que no existe y bien es sabido que la violencia no se justifica por ninguna razón y forma parte de las violaciones a los derechos humanos.

También **se reconoció como parte de los derechos humanos** la libertad expresión, el acceso a la información pública, libertad de credo, los derechos de las personas adultas mayores. Sin embargo, se condenó la igualdad de género.

En relación **a quiénes protegen los derechos humanos**, el 63% de los encuestados señaló que protege a las personas en situación de vulnerabilidad, seguido de personas privadas de libertad y pueblos indígenas. Y un aspecto que alarma es que un 13% respondió que los derechos humanos protegen a los animales. Seguido de un 9% que respondió en otros que los derechos humanos protegen a personas en conflicto con la ley penal “criminales”, personas homosexuales “homosexuales”, personas que promueven la igualdad de género “ideología de género”.

En cuanto a la pregunta **para qué sirven los derechos humanos**, el 75% señaló que los derechos humanos sirven para poder manifestarse libremente sin ser maltratados, seguido de que permite a proteger a las personas en situación de vulnerabilidad. El 45% señaló que los derechos humanos sirven para protegerlos. Mientras que el 24% mencionó que sirve para liberar a quienes guardan reclusión en

una prisión. En cuanto a otros, el 5% mencionó que los derechos humanos sirven para apoyar a grupos minoritarios que se consideran la voz de la mayoría, para beneficiar a los corruptos. Incluso una persona mencionó extrañar a la dictadura, porque según ella “*no se cometían atrocidades ni robos*”.

La pregunta si **los derechos humanos tenían que ver con la persona** que completaba la encuesta, más del 80% respondió que sí porque SON PERSONAS Y TIENEN DERECHOS. Mientras que un 11% respondió que no tienen que ver con ella. El resto de las personas vinculó el ejercicio de los derechos humanos a situación de vulneración de derechos, es decir, para ellas solo se ejercen cuando se los vulneran.

Si **los derechos humanos se respetan**, un 67% de personas respondió que a veces se respetan y un 18% que nunca se respetan. Un 11% respondieron que casi siempre y el resto, el 3% que siempre. En este sentido, la percepción de las personas oscila entre el “siempre se cumplen” en un porcentaje mínimo y el “nunca se cumple” que después del porcentaje de “a veces” ha sido la ponderación más elegida a la hora de responder la encuesta.

En relación a mencionar **cuáles de los derechos humanos son más importantes?** cabe aclarar que esta pregunta fue diseñada con la finalidad de poder verificar si las personas conocen lo que implica la integralidad y que todos los derechos son igualmente importantes, que no existe categorías de derechos. No obstante, el 74% señaló que el derecho a la vida es el derecho humano más importante, el 57% el derecho a la educación, seguido del 50% que mencionó el derecho a la libertad y solo el 41% (menos de la mitad de las personas encuestadas) mencionó que todos los derechos humanos son igual de importantes. El 25% eligió el derecho a la seguridad, el 21% derecho al trabajo, el 17% el derecho a vivir en un ambiente saludable y armónico.

La pregunta desde **cuándo se inician los derechos humanos** arrojó que el 82% de las personas respondió que los derechos humanos

inician desde la concepción de la persona (en el vientre de la madre), seguidos del 6% que mencionó que inician desde que van a la escuela. Un 3% cuando se cumple la mayoría de edad, otro 3 % cuando una persona es privada de su libertad, un 2% dijo que no sabía cuándo inician los derechos, y otro 2% respondió otros, dentro de los cuales mencionaban la ancianidad y ser una persona con discapacidad por una enfermedad o accidente como el inicio del ejercicio de los derechos humanos. Aquí se puede observar como las personas aún vinculan el ejercicio de los derechos humanos con la violación de los mismos y no como un goce constante y un ejercicio permanente desde la propia concepción.

En cuanto a la pregunta de **qué derecho humano es el más violado en el país**, el 64% de las personas respondió que es el derecho a la justicia, un 32% respondió el derecho a la igualdad. El 27% el derecho a la educación, 22% el derecho a la vida, el 10% el derecho a la libertad y el 2% respondió otros (se mencionan inserción laboral, protección social, fugas de cerebro, libertad de expresión, entre otros). Como se aprecia la justicia es uno de los derechos que más se perciben como violados, así como la igualdad en un sentido amplio y también específico como es la igualdad de oportunidades y el acceso al ámbito laboral, la educación entre otros.

En el apartado de poder realizar una definición sobre lo que se considera qué son los Derechos Humanos, se celebra definiciones como **“Los DD.HH. son derechos que tenemos todas las personas”**, así como las destacadas precedentemente. En esa definición se condensa toda la gama de derechos que forman parte de los derechos humanos de las personas de manera particular, y colectiva, universalmente, como parte de la familia de la humanidad, que se reafirma al decir **“Todas las Personas”**.

No podemos dejar de mencionar que en ese mismo apartado existían expresiones que intimidan y solo son una llamada al retroceso y a

una parte oscura de la historia del país y de la humanidad, en cuanto a sistemas totalitarios/dictatoriales se refieren y que están asociados a condenar la riqueza de nuestra diversidad como seres humanos, y a restringir el ejercicio y goce de los derechos humanos a quiénes más nos agradan o más se nos parecen en términos de ideas, de pensamientos, etc. Es una muestra clara la inmensa necesidad de seguir formándonos en todo lo que implica la educación en derechos humanos, en reconocernos como sujetos titulares de derechos, para poder reconocer esa misma titularidad, esa misma humanidad tan diferente pero tan igual en el ejercicio de **todos los derechos humanos, es decir de todos nuestros derechos.**

Igualmente se siente gratificante que algunas personas encuestadas identifiquen la necesidad de formarse y difundir que significan y que son los derechos humanos para lograr un mundo de armonía y romper el estigma de que son solo para proteger a personas en conflicto con la ley. Los derechos humanos deben proteger a todas las personas estén o no privadas de libertad, estén o no en conflicto con la ley, de esto se trata la educación en derechos humanos, de eso se trata el enfoque de derechos y de esta manera como señala una de las personas encuestadas, se genera empatía, es decir: *“es muy importante trabajar y tratar a las personas desde esta perspectiva porque fomenta el respeto hacia las otras personas, hacia todas las personas”*.

Conclusiones

La realización de esta encuesta sirvió de contenido del presente artículo y permitió tener un acercamiento y análisis sobre cómo las personas perciben los derechos humanos, cuáles son los derechos más relevantes, las fuentes de formación y el rol de los medios de comunicación y de las redes sociales, en la construcción de esa percepción.

Como demuestra el análisis de los resultados de la encuesta, aún hay mucho camino que andar en el proceso de la promoción, defensa

y protección de los derechos humanos; aún muchas personas consideran a los derechos humanos como derechos que no les pertenecen, o instituciones que no las representan, mucho aún queda por desarrollar, en cuanto a habilidades y fortalecer conocimientos sobre el verdadero concepto, contenido y alcance que tienen los derechos humanos, desde los principios reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se traduce en una responsabilidad de garantía indelegable por parte del Estado.

Los derechos humanos deben conocerse desde el enfoque de derechos, que plantea la Educación en Derechos Humanos, tanto en los espacios no formales (hogar, grupo de amigos, comunidad, medios de comunicación, redes sociales, otros) y como en los espacios formales, desde la primera infancia, es decir desde la educación inicial y debe formar parte de todo el desarrollo integral de la persona, durante toda su vida.

Sin el ejercicio de los derechos humanos, no podemos concebir verdaderas democracias, ni Estados sociales de derechos, ni convivencia social armónica, pues la historia de la humanidad es un fiel ejemplo que no debemos olvidar, porque cuando hablamos de derechos humanos, indudablemente e indivisiblemente estamos hablando de **NUESTROS DERECHOS, DE LOS DERECHOS DE TODAS LAS PERSONAS, SIN DISTINCIÓN NI CONDICIÓN ALGUNA.**

Bibliografía

- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2006). *Educación en Derechos Humanos*. Caracas, Venezuela: Impresos Miniprés, C.A.
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

Apéndice

PROGRAMA “SIGUIENDO LAS HUELLAS DEL MAESTRO”

ACTO ACADÉMICO DEL PROYECTO INSTITUCIONAL “SIGUIENDO LAS HUELLAS DEL MAESTRO”

La carrera de Derecho de la Universidad Iberoamericana ha propuesto a consideración del Rectorado los nombres de dos grandes profesores de nuestro plantel docente de las carreras de Derecho y Notariado; y que en este año 2018 resultaron distinguidos por la UNIBE que, tradicionalmente, año tras año, concede a un destacado referente de la Educación. Así fue como en el contexto del programa “**Siguiendo las huellas del Maestro**”, se brindó la distinción al **PROFESOR DOCTOR SANTIAGO BRIZUELA** por su designación de Presidente electo del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM), en diciembre de 2017, y al **PROFESOR BERNARDO NERI FARIANA**, nombrado como Miembro de número de la Academia Paraguaya de la Lengua Española, en marzo 2018. Son los nombres propuestos, desde esta carrera, para distinguir a educadores que, por su ejemplar labor en la docencia, trascendieron en la vida de los estudiantes y hoy son referentes válidos para los futuros profesionales de la educación.

En las fotos, las Autoridades de la UNIBE hacen entrega de la Distinción, Placa y Medalla de Reconocimiento a ambos Maestros en el marco del Juramento de la Ciudadanía Universitaria en el Patio de Honor de nuestra Universidad (Junio 2018).

La Universidad Iberoamericana, como institución que ha nacido de manos de una gran educadora, la profesora Nidia Sanabria de Romero, ha tomado desde sus inicios el desafío de trascender desde las

APÉNDICE

aulas a la sociedad, interpretando de esa manera el compromiso social que se resume en su misión de formar “UNA MENTALIDAD NUEVA PARA UN MUNDO MEJOR”.

Es así como se ha abocado siempre a realizar proyectos que van dinamizando su vida institucional en todos los niveles educativos. Uno de ellos es el proyecto denominado “Siguiendo las huellas del maestro”, que tradicionalmente, año tras año, va ejecutándose de mano de profesores y estudiantes, rindiendo así un merecido reconocimiento a docentes de diferentes puntos de nuestro país. En años anteriores han sido merecedores, en el área del Derecho, de esta distinción de la UNIBE, el Dr. MIGUEL ÁNGEL PANGRAZIO, EL DR. ALEJANDRO ENCINA MARÍN, EL DR. RAÚL SAPENA BRUGADA y EL DR. LINNEO YNSFRÁN, profesor también de esta Universidad, y el DR. LUIS FERNANDO SOSA CENTURIÓN en el 2017.

La UNIBE ha mantenido, desde su inicio, importantes actividades que llevan a vivenciar experiencias válidas con destacados profesionales de nuestro país, siendo una de ellas este programa de “Siguiendo las huellas del Maestro”.



SIGUIENDO LAS HUELLAS DEL MAESTRO



APÉNDICE



LA FORMACIÓN CONTINUA Y ACTUALIZACIÓN PARA PROFESIONALES DEL DERECHO

Hoy en día no existen dudas de que la formación continua a través de cursos de actualización y programas de postgrados se constituyen en una necesidad para los profesionales de todas las áreas y más en particular de las ciencias jurídicas, más aún si se considera el dinamismo con que esta ciencia se desarrolla.

En ese sentido, la Universidad Iberoamericana en cumplimiento de su misión como institución educativa, ha venido ejecutando durante cinco años un programa de formación continua integrado por cursos de diplomados, capacitaciones, especializaciones y maestrías en temas jurídicos. Cabe resaltar que todos los programas de posgrados que ofrece la institución cuentan con el respaldo de estar habilitados legalmente por el CONES (Consejo Nacional de Educación Superior).

La Mediación y los Métodos de Resolución de Conflictos

Desde el año 2011 la Universidad ofrece su programa de capacitación en Mediación y Resolución de Conflictos, a la fecha y en la suma de las promociones que han culminado con éxito este programa se ha alcanzado a formar un total de 300 mediadores a nivel nacional. El curso combina la teoría con la práctica y utiliza metodologías de enseñanza centradas en el alumno de tal forma a que se logre formar a profesionales con una perspectiva de abordaje integral a los conflictos. El curso cuenta con la fortaleza de un plantel de docentes referentes en el tema como ser Sonia Tellechea, Livia Cardozo, Gladys Alfonso de

Bareiro, Mabel Gauto, Mirtha Herrera, entre otros. A su vez, se cuenta con convenio firmado con la Corte Suprema de Justicia para que egresados de programa puedan realizar prácticas en audiencias que se lleven a cabo en las oficinas de Mediación del Poder Judicial. Igualmente se tiene firmado convenio con la Fundación Libra de Argentina, institución referente a nivel regional en temas de mediación, a fin de contar con la presencia de profesionales de dicha fundación para desarrollen actividades académicas en el país. Como resultado de este convenio, ha visitado el país y desarrollado clases el Prof. Gustavo Fariña con quien a su vez se logró hacer una capacitación a magistrados y defensores públicos, todo gracias a los acuerdos firmados con la Corte Suprema Justicia y la Fundación Libra. De esta forma se fortaleció la vinculación de la universidad con la comunidad jurídica.

La Maestría en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia

Con mucho éxito la Universidad llevo a cabo la Maestría en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Contó con la Coordinación Técnica de la Mag. Abg. Bettina Ovando y la presencia importantes juristas como ser el caso de la Prof. Dra. Aida Kemmelmajer de Carlucci, quien tuvo a su cargo el desarrollo del primero módulo del máster. El curso aglutino a profesionales del derecho de diversos puntos del país quienes actualmente están presentando sus tesis para obtener la titulación respectiva.

El Doctorado en Ciencias Jurídicas

Tras años de trabajo interno desde la Facultad de Posgrados con la Dirección de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, se logró concretar el programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la UNIBE, el cual es un programa habilitado legalmente por resolución del CONES.

El curso cuenta con una buena convocatoria de 50 participantes de distintos puntos del país. Se destaca que el curso tiene un plantel de docentes altamente calificados académicamente como ser el caso del Dr. Luis Lezcano Claude, Dr. Mario Paz Castaing, Dr. Marco González, Dr. Domingo Pedrozo y ya ha participado también la Dra. Ursula Basset, de la Universidad Austral de la Argentina, como profesora invitada.

Para la promoción del curso se ha trabajado en conjunto con la Asociación de Magistrados Judiciales del Paraguay a fin de lograr que magistrados de distintas localidades participen del curso.

El programa hace un fuerte énfasis en la producción científica de sus participantes, con lo cual se les exige no solo participar en las clases modulares, sino presentar artículos de autoría propia, así como disertaciones a la comunidad académica, siempre en temas relacionados a las líneas de investigación que irán trabajando.



APÉNDICE



VISITAS

Conferencia del Dr. Alberto Binder.



APÉNDICE

Conferencia del Dr. Alberto Binder.



VISITAS

**Convenio con la Corte Suprema de Justicia.
Mediación.**



APÉNDICE

Conferencia de la Dra. Aída Kemelmajer.



VISITAS



