

REVISTA JURÍDICA

REVISTA JURÍDICA

EDICIÓN N° 6



Universidad
IBEROAMERICANA

ASUNCIÓN - PARAGUAY
2020

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 los mismos.

Correspondencia:

Universidad Iberoamericana
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas
15 de Agosto esquina Ygatimi
iberoamericano@unibe.edu.py
derecho@unibe.edu.py
Asunción, Paraguay

Año 6. N° 6
Noviembre 2020
ISBN: 978-99967734-0-2

Diagramación e impresión:

Arandurá Editorial

Tte. Fariña 1028
Asunción-Paraguay
Tel.: (595 21) 214 295
e-mail: arandura@hotmail.com
www.arandura.com



Universidad
IBEROAMERICANA

AÑO 2020

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

RECTORADO:

Dra. SANIE ROMERO DE VELÁZQUEZ (Rectora)

Lic. DANIEL FRANCO ROMERO

Mag. Abog. EDUARDO VELÁZQUEZ ROMERO

**DIRECCIÓN DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
SOCIALES Y JURÍDICAS**

Abog. JOSÉ PÉREZ REYES

CONSEJO EDITORIAL:

Abog. JOSÉ PÉREZ REYES

Mag. Abog. EDUARDO VELÁZQUEZ ROMERO

Mag. Abog. CLAUDIA P. SANABRIA MOUDELLE

PRESENTACIÓN

La expansión de la investigación en el campo del Derecho resulta claramente evidenciada en este sexto número de la Revista Jurídica de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), con quince artículos y con la premisa de brindar una educación superior de calidad.

Hemos ampliado 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) ya en la primera convocatoria y re acreditada el año pasado; y en Postgrado que ha sumado las acreditaciones correspondientes a Derecho de Niñez y Mediación. Todo ello mediante una excelente gestión que nos ha permitido hacer frente a un 2020 que trajo enormes desafíos al mundo educativo, hemos logrado avanzar en modalidades de enseñanza compatibles en tiempos de pandemia y dar continuidad al sendero de las investigaciones, algunas de ellas aunando vínculos internacionales de manera exitosa.

Prueba de ello es que nuestra Revista Jurídica también, en aras de su vigencia y expansión, sigue presentando una cuidada selección de artículos y monografías de gran calidad que abordan temas vigentes, tan actuales como los desafíos constantes que implica el ejercicio del Derecho en todos los ámbitos de la sociedad que este año se encontró ante una pandemia.

Agradecemos los aportes intelectuales, tanto en grado como en postgrado, que integran esta sexta edición de nuestra Revista Jurídica que mantiene vigente su publicación en versión impresa y digital, un logro de notable relevancia en el vasto campo del Derecho, y solo nos queda abrir esta nueva invitación a la lectura y a la progresión intelectual hacia lo que indica el lema de la Unibe: “Una mentalidad nueva para un mundo mejor”.

Dra. Sanie Romero de Velázquez
RECTORA

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
DESAFÍOS EN LA VALIDACIÓN DE LOS MENSAJES DE DATOS COMO MEDIOS DE PRUEBA EN EL DERECHO CIVIL Nancy Elizabeth Arévalos Ortiz	13
LEGÍTIMA DEFENSA POR HECHOS DERIVADOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER María Haidee Gamarra	24
NOCIONES DEL SISTEMA PENAL INDÍGENA EN PARAGUAY Aristides Samaniego Piñanez.....	33
JORNADA LABORAL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO JUDICIAL Y SU INCIDENCIA COMO FACTOR EN LA MORA JUDICIAL Abg. Gustavo Hernán Britez Miranda.....	43
INCLUSIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL NIÑO, NIÑA, ADOLESCENTES E INCAPAZ COMO PRUEBA ANTICIPADA EN EL PROCESO PENAL CUANDO ES VÍCTIMA DE UN ILÍCITO Prof. Abog. Natalia Ramonita Irala Delgado Prof. Msc. Francisco Javier Martínez Paiva.....	56
PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN PARAGUAY Blas Javier Galeano Rodríguez.....	73
ANÁLISIS DE CASO: RESOLUCIÓN DE DISOCIACIÓN DE CURATELA EN JUICIO DE INSANIA DE PERSONA ADULTA EN PARAGUAY Ramón Matiauda Mallorquín Elizabeth María Villalba Angélica María Natalia Cañiza Argüello Lourdes Rossana Matiauda Mallorquín	84
APROXIMACIÓN A LOS AVANCES Y DESAFÍOS QUE TRAE LA APROBACIÓN DE LA LEY N° 6338/19, QUE MODIFICA EL ART. 10 DE LA LEY DEL TRABAJO DOMÉSTICO DOCENTES: Prof. Abg. Melissa Duré, Prof. Abg. Nora Lezcano ESTUDIANTES:Tatiana Bauza, Laura Benítez,Aida Duarte, Víctor Feliuz, Leticia Ortellado, Claudia Villalba, Emiliano Patiño	93

ADOPCIÓN DE MAYORES Ubaldo Ezequiel Bernal Ayala	138
TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE EN EL DERECHO POSITIVO DEL PARAGUAY Hugo René Ceferino Ocampos Ramos.....	149
ASPECTOS DOGMÁTICO-PENALES Y POLÍTICO CRIMINALES DE LA CYBER DELINCUENCIA EN EL PARAGUAY Olga Rojas Benítez.....	165
ABUSO SEXUAL EN NIÑOS Y NIÑAS EN LAS CIRCUNSCRIPCIONES DE ÑEEMBUCÚ, MISIONES E ITAPÚA ENTRE LOS AÑOS 2010 A 2017 Egidio Ramón Jara María Gabriela Páez Grance	191
LA DIFERENCIA ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD PROCESAL William Fernández Lucena	207
LA FILIACIÓN Y LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA Angélica María González Samaniego	219
MARCA NOTORIA EN EL PARAGUAY Carlos César González Ríos	228

DESAFÍOS EN LA VALIDACIÓN DE LOS MENSAJES DE DATOS COMO MEDIOS DE PRUEBA EN EL DERECHO CIVIL

Nancy Elizabeth Arévalos Ortiz¹

Resumen: La búsqueda de la verdad y, por lo tanto, de la justicia, envuelven consigo un proceso de actualización, adecuación e innovación constante de todo el universo jurídico, el cual debe reconstruirse permanentemente para sostener activamente las labores de los operadores y facilitadores del sistema judicial. El artículo plantea como objetivo la definición de los desafíos en la validación de los mensajes de datos como medios de prueba en el derecho civil, especialmente sobre los que en la actualidad operan como elementos de prueba en la exposición de situaciones de controversias, presentados corrientemente relacionados con el uso de las aplicaciones móviles de mensajería, las redes sociales y los medios de comunicación modernos, exigiendo un análisis pormenorizado de los formatos comprendidos como mensajes de datos, los que día a día van expandiéndose y diversificándose sostenidamente. En función al estudio efectuado, se concluye que los desafíos que plantean los mensajes de datos y su instrumentación como medios de prueba están encajados al desarrollo permanente de las tecnologías de la sociedad de la información y la doctrina del derecho civil, especialmente en la confrontación de la búsqueda de la verdad frente a la fuerza de las alegaciones presentadas en las controversias o conflictos jurídicos que el juez debe entender para garantizar la seguridad jurídica. Así también, en la competencia, independencia e imparcialidad de los tribunales y jueces para entender las limitaciones y procedimientos necesarios hacia la certificación de la individualidad, originalidad, integridad y autoría de los elementos arrimados, según sus formas de presentación, hacia la determinación de los efectos jurídicos, validez probatoria o fuerza obligatoria, en los estadios jurisdiccionales correspondientes, en la búsqueda de una verdad objetiva, jurídicamente sostenible y humanamente aceptable.

¹ Abogada por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, filial Encarnación, Distrito de Itapúa. Año: 2000. Notaria por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, filial Encarnación, Distrito de Itapúa. Año: 2008. Especialista en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Tecnológica Intercontinental (UTIC) Año: 2017. Master en Derecho Civil y Procesal Civil, por la Universidad Americana, Ciudad de Asunción con la tesis: “Características del Diseño para el perfeccionamiento de la Ley del Adulto Mayor en Paraguay, que posibilitaría sustentar el compromiso Social con esta Población” Año: 2014.-

UN PROCESO DE CONSTRUCCIÓN PERMANENTE

Desde el origen de la humanidad, los individuos, colectivos humanos y sociedades elementales han ido perfeccionando una amplia variedad de recursos, mecanismos y sistemas para patentizar sus pensamientos, objetos, hechos o situaciones, provenientes del mundo real o imaginario, con el fin de guardar y dejar al alcance de otros datos, informaciones y conocimientos útiles con diferentes motivos, organizándolos de alguna forma comprensible, mediante grafemas, símbolos y signos, los cuales fueron evolucionando junto con el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, así como también, las invenciones del hombre a lo largo del tiempo.

En el marco de la evolución permanente de la comunicación, el manejo social e institucional de la información de carácter público ha tenido influencia directa en la construcción permanente del derecho a la intimidad, teniendo en cuenta que su administración ha traspasado miles de años y un sinnúmero de códigos, desde el arte rupestre, la escritura cuneiforme y los jeroglíficos como formas primitivas de comunicación hasta el fax, correo electrónico y los mensajes instantáneos como productos asociados a las redes telefónicas e internet, basados en sus diversas aplicaciones y tecnologías disponibles.

Toda esa variedad de sistemas ha producido diversos cambios en las sociedades, señalado así también una serie de etapas de referencia en el desarrollo de las civilizaciones, desde la caza, la agricultura, la industrialización a la actual era de la información y del conocimiento. Al respecto, esta nueva era se ha caracterizado esencialmente por la conjunción de la informática y las telecomunicaciones en todos los ámbitos de la vida, donde las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones ocupan un lugar destacado en el accionar cotidiano, acarreando consigo mayor eficiencia y efectividad a través de sus más amplias aplicaciones como elementos esenciales de valor, como así también, nuevos escenarios que requieren de un abordaje jurídico específico.

El constante desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación, expresadas a través del auge de la internet, ha permitido la interconexión de las redes de información, permitiendo a las personas (usuarios) el intercambio de información de manera instantánea, a través de los diferentes tipos de soporte y medios a nivel local, regional,

mundial y global, configurando con ella una herramienta valiosísima para la obtención y transmisión de información y datos sobre cualquier tema de interés, transformando el conocimiento, los cuales no han dejado de aumentar el flujo de datos, la velocidad de transmisión y la capacidad de procesamiento, convirtiéndose casi en ilimitados².

Es así que el auge de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, como vehículos de la nueva era del conocimiento ha tenido un impacto significativo en todas las actividades esenciales de la civilización moderna, influyendo drásticamente en el manejo de la información, tanto en la forma en que se producen o reciben todos los días en el ejercicio de todas las acciones en sociedad, como también en los usos, alcances y efectos jurídicos obtenidos en todo este escenario.

No cabe duda que la internet ha revolucionado las comunicaciones, introduciendo nuevas posibilidades para los millones de usuarios a nivel universal, asumiendo consigo nuevos riesgos en el tratamiento, administración y vulnerabilidades sobre los datos personales y la intimidad³.

Las nuevas tecnologías están vinculados a diversos avances científicos y tecnológicos; sin embargo, las que se proyectan esencialmente en el proceso civil, están particularmente acotadas a las tecnologías de la sociedad de la información, las cuales operan bajo los lineamientos de sistemas de archivo, el tratamiento de datos y la transmisión de formatos multimedios (imágenes, sonidos y datos), enmarcadas al campo de la electrónica, la informática, las telecomunicaciones y sus aplicaciones⁴.

A la luz de la realidad paraguaya, los fenómenos anteriormente señalados han calado sustancialmente en la vida social, teniendo así que, mediante la Constitución Nacional de 1992, influenciada por un pensa-

2 LEFEBVRE, F., Derecho de las Nuevas Tecnologías, Memento Práctico, Écija, 2017-2018, p. 13

3 PARLAMENTO EUROPEO. Directiva 2002/58/CE del Consejo (12 de julio de 2002). *Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas*. Tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

4 ORTELLS, Manuel. *Nuevas tecnologías y proceso jurisdiccional en el ámbito iberoamericano. Prueba, medidas cautelares y comunicaciones procesales*. Derecho PUCP, (56), 221-255. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10582>

miento moderno, se ha reconocido el valor del patrimonio documental y la comunicación privada como bienes jurídicos elementales que deben ser protegidos por el Estado, los cuales tienen el carácter de reservados y, ante hechos controversiales suscitados ante los organismos correspondientes, demandan estudios pormenorizados hacia una debida protección de tales derechos, cimentados en la competencia, independencia e imparcialidad de los tribunales y jueces, junto con el reconocimiento irrestricto de los derechos procesales, como ejes centrales del funcionamiento de las instituciones y la seguridad jurídica en el país.

LA CONSTANTE BÚSQUEDA DE LA VERDAD Y LA PRUEBA DOCUMENTAL

Es posible inferir que, desde los inicios de la humanidad, los códigos lingüísticos orales y escritos han tenido un papel trascendental para el respeto a las normas de convivencia y especialmente en la aplicación del derecho, con un valor radical en el análisis de los fenómenos controversiales, los cuales han sido fuentes de teorías, doctrinas y fundamentos del derecho en sus más diversas ramas, consideradas actualmente como pilares para llegar a una verdad objetiva, especialmente en lo relativo a la prueba documental.

En la línea de análisis presentada, la prueba documental ha presentado cambios permanentes, atravesando consigo desafíos constantes para su interpretación en el marco del derecho, acarreado consigo el rol activo del Juez en la búsqueda de una verdad objetiva, jurídicamente sostenible y humanamente aceptable.

La historia contemporánea presenta así que la aplicación del derecho coexiste indisolublemente con el ideal de justicia, el cual vislumbra el imperativo fundamental de la búsqueda permanente de la verdad, el cual ha transformado los dispositivos, derechos y garantías desde un modelo espectador hacia un modelo garantista, sustentado por el activismo procesal, el cual reconoce a la prueba documental como elemento objetivo, imparcial y rígido para comprobar y confirmar los hechos sociales o fenómenos de interés jurídicos hacia el conocimiento de la verdad.

En este escenario, muy relacionado con la prueba documental, aparecen nuevas fuentes de prueba en los procesos civiles, las cuales inclu-

yen a los correos electrónicos, materiales audiovisuales (grabaciones, mensajes de audio, videograbaciones) y otros como las fotografías, las capturas de pantallas, los mensajes instantáneos y demás formatos multimedios, como elementos de valor en los escenarios controversiales, denominados éstos como mensajes de datos; pudiendo estar éstos justificados en el ámbito de la libertad probatoria, reconocida expresamente por el artículo 173 del Código Civil Paraguayo; no obstante, cabe acotarlo como objeto de prueba o medio de prueba, según las características y particularidades que éstas presentan.

La definición de prueba electrónica conlleva implícito su vinculación con todo registro cuyo soporte instrumental no sea el papel y, en su constitución, construcción, formación, sistema de archivo o método de registro haya intervenido un medio electrónico, bajo una acepción vulgar y abarcativo, dirigido a la demostración de la existencia de un hecho, para formar la convicción del juez⁵.

En la esfera procesal, la prueba concierne al campo mismo del proceso judicial, por tratarse de un medio o componente señalado como público. Ello se desprende de su representación como garantía del debido proceso, ya que la prueba se dirige específicamente a la figura del juez como tercero imparcial, instituido éste como sujeto activo del conocimiento judicial, quien tiene a su cargo determinar su valor, y donde las partes tienen la responsabilidad, obligación y derecho de ejercer un control mediante el acceso a los recursos y la auditoría sobre esta actividad, pero sin disponer directamente de ella⁶.

VALIDEZ PROBATORIA DE LOS MENSAJES DE DATOS

La validez jurídica de los mensajes de datos está relacionada con la firma electrónica y firma digital⁷, según la certificación obtenida para su uso, al margen del cumplimiento de sus criterios de individualidad,

5 QUIROZ, J.C. Conclusiones del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Paraná-Entre Ríos - junio de 2003). Obtenido de: <https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/1576/conclusiones-congreso-dp.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

6 RUIZ JARAMILLO, L.B. El Derecho Constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso colombiano. Tesis Doctoral presentada ante la Universitat Rovira I Virgili. 2017. p. 111.

7 Artículo 2º, Ley N° 4017/2010 *De validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico*

originalidad, integridad y autoría, según sus formas de presentación, sean así en un documento digital o bajo los sistemas de información respectiva, teniendo en cuenta los recaudos subsiguientes para otorgarle su correspondiente efecto jurídico, validez probatoria o fuerza obligatoria en los estadios jurisdiccionales correspondientes.

Así también, la validez de los mensajes de datos aparece ligada a la presencia de carga probatoria, sobre el grado de convencimiento y certeza de los hechos jurídicamente relevantes, imprimiendo consigo un rol activo del Juez para garantizar la seguridad jurídica, inmerso así en un proceso altamente técnico, de rango forense y con especialidades propias de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, tan presentes en la vida moderna.

La valoración de la prueba es uno de los aspectos más relevantes para la comprensión, resolución de las controversias o búsqueda de la verdad, a través del cual el juez debe fijar el valor que debe de atribuirse a cada elemento ofrecido por las partes para formar su convicción acerca de los hechos relatados en el antecedente de los hechos que configuran el conflicto jurídico⁸.

De ello, la valoración de las pruebas como fuentes, medios o cargas de prueba exigen del juzgador un profundo estudio, involucrando la doctrina, la práctica forense, la perspectiva jurídica, las nuevas propuestas legislativas y la jurisprudencia existente, hacia la comprensión de los actos de índole civil; aunque, muchas veces, la velocidad de los cambios sociales se ve afectada por la lentitud del derecho, razón por la cual muchos problemas deben analizarse a la luz de las fuentes tradicionales del derecho, generando consigo nuevos escenarios en la resolución y/o juzgamiento de los hechos, encaminados nueva jurisprudencia al respecto⁹.

Si bien las propuestas legislativas han incluido al marco legal vigente la figura de los mensajes de datos, reconociendo así su validez jurídica bajo las condiciones de admisibilidad y fuerza probatoria como

8 MATURANA, C. Aspectos Generales de la Prueba. Apuntes Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Procesal, Julio 2003, pág. 182.

9 JURADO, Alberto. Valor probatorio del documento electrónico. Revista Cuestiones Jurídicas. Vol. V, Núm. 1, enero-junio, 2011, pp. 51-68. ISSN: 1856-6073

también sus alcances en las diferentes ramas del derecho; los litigios civiles han visto el uso de estos frente a una diversidad, complejidad, pluralidad y extensión de fuentes empleadas ante el reclamo de hechos, el reconocimiento de derechos, la distinción de sus efectos jurídicos y otros temas, activando consigo un estado de permanente revisión del juzgador para ajustar sus decisiones en la certeza de las pruebas hacia el núcleo real de los propósitos del proceso civil emprendido.

Como se ha expresado anteriormente, la fuerza probatoria de los mensajes de datos aparece ligada a otros conceptos, criterios, mecanismos y sistemas, con efectos y validez debidamente limitadas, es decir, para la admisibilidad de los soportes informáticos como medios de prueba, estableciendo sus alcances en función a la certificación de la firma electrónica, el cual refleja su distinción legal de documento electrónico, en equivalencia a cualquier documento físico que posea estampado una firma manuscrita, reconocible e individualizada.

La valoración jurídica y encause probatorio de los mensajes de datos, requiere indispensablemente de un análisis profundo de sus características jurídicas, técnicas y forenses para estimar convenientemente sus alcances, efectos y relaciones, al margen de la intencionalidad comunicacional, la privacidad, la protección de la intimidad y el respeto a la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada, para dar cuenta de las responsabilidades emergentes de su autoría, titularidad, reconocimiento, publicidad y representación prevista.

Según las características particulares del proceso civil moderno, cabe señalar que la verdad está representada a través de la sumatoria de las alegaciones en la construcción de una hipótesis, a más de las pruebas arrojadas por las partes en función a las alegaciones; frente a las cuales el juez competente debe atenerse a la teoría presentada y necesariamente, ajustarse al soporte fáctico de la teoría expuesta para cumplir con el principio de congruencia¹⁰.

10 NISIMBLAT, Nattan. Derecho procesal constitucional y derecho probatorio constitucional en Colombia. Estudios constitucionales [online]. 2012, vol.10, N° 2, pp.323-368. (ISSN 0718-5200). Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200008>.

DEBIDO PROCESO VERSUS ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La masificación, penetración y utilidades de las tecnologías de la información y comunicación han colisionado, ocasional e indefectiblemente, con un avance aletargado del derecho que no ha tenido la posibilidad de regular suficientemente el uso de los sistemas de comunicación como también la expansión de las noticias falsas a través de las redes sociales y el sinnúmero de medios, aplicaciones y dispositivos que en la actualidad son administrados.

Esto ha suscitado la aplicación del derecho con base en el estudio particular para la formación de nuevas fuentes para la jurisprudencia, fijando así nuevos parámetros para su aceptación probatoria, trazando consigo un papel sumamente relevante para los organismos competentes, debido a que estos deben nutrirse permanentemente de los conocimientos técnicos relacionados intrínsecamente con los avances tecnológicos y comunicacionales globales, acompasando de tal manera la valoración de las pruebas en correspondencia a las normas que rigen sobre los documentos en general.

No obstante, cabe destacar en este contexto que no deben llevar a confusiones el uso de términos como valoración y apreciación de la prueba, ya que, si bien se encuentran estrechamente relacionados, poseen en su instrumentación aristas que apuntan en distintas direcciones. De ello que, el desarrollo de la doctrina ha enmarcado ambos conceptos en una escala de sucesión, considerando así que la valoración es el resultado de la fase o etapa final de un proceso de apreciación llevada a cabo para formar la convicción del juez¹¹.

La actividad de valoración deriva en la determinación de los medios de prueba, definidos en función al conocimiento obtenido por el juez a través de la percepción y deducción, de las alegaciones y pruebas, en base a una serie de operaciones sensoriales y mentales para comprender y reconstruir los sucesos descritos en el ámbito de los juicios¹².

11 MATURANA, C. *Aspectos Generales de la Prueba*. Op. cit.

12 MENESES PACHECO, C. *Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil*. Ius et Praxis [online]. 2008, Vol.14, N° 2, pp.43-86. (ISSN 0718-0012). Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200003>.

CAMBIO DE PARADIGMA

Los desafíos que plantea la validación de los mensajes de datos como medios prueba en el derecho civil no están únicamente presentados en base a las dinámicas tecnológicas, la evolución de los sistemas comunicacionales o la parsimonia del derecho, sino también en el cambio de paradigmas jurídicos para vincularlos o distanciarlos de su asociación con los documentos físicos.

Ello debe guiarse tanto en la observancia de los derechos, sus efectos y alcances, las responsabilidades emergentes y los límites en el uso, acceso y difusión en base a las posiciones, intereses, valores y necesidades, trazados sobre la comprobación de su individualidad, originalidad, integridad y autoría, para otorgarle así su necesaria protección y ubicación dentro del ordenamiento jurídico de la República, respetando su naturaleza especial y sus características propias, en consonancia con la realidad manifestada a nivel local, regional y mundial.

Este cambio no debe dissociarse del impulso de la modernización del sistema judicial, con la correspondiente determinación de los alcances y aportes asociados con los roles de los jueces en materia de la valoración de las pruebas, asegurando también la iniciativa probatoria, la imparcialidad, la participación activa y la complementación con las partes en la búsqueda de los medios de prueba objetivos para la resolución de los litigios, para así conseguir mejores resultados¹³.

Este nuevo escenario debe incluir efectivamente a todas las instituciones, administradores y facilitadores de justicia hacia la regulación de un régimen jurídico, tecnológico, comunicacional y social, dentro de un enfoque humanista y garantista de la intimidad, en el cual, los jueces asumen un rol protagónico al momento de la búsqueda de la verdad en el análisis de los mensajes (textos y audios), las fotografías y videos, los correos electrónicos y demás formatos que configuran un sinnúmero de situaciones, provenientes éstos del desarrollo de las redes sociales, las aplicaciones y la internet, para afianzar positivamente la seguridad jurídica sobre esta institución moderna del derecho.

13 SIMÓN, L. M., *El equilibrio entre los principios dispositivo e inquisitivo en los modernos procesos civiles por audiencia*, XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, FCU, Montevideo, 2002, ps, 230 – 231.

CONCLUSIONES

Los desafíos que plantean los mensajes de datos y su instrumentación como medios de prueba están encajados al desarrollo permanente de las tecnologías de la sociedad de la información y la doctrina del derecho civil, especialmente en la confrontación de la búsqueda de la verdad frente a la fuerza de las alegaciones presentadas en las controversias o conflictos jurídicos que el juez debe entender para garantizar la seguridad jurídica. Así también, en la competencia, independencia e imparcialidad de los tribunales y jueces para entender las limitaciones y procedimientos necesarios hacia la certificación de la individualidad, originalidad, integridad y autoría de los elementos arrimados, según sus formas de presentación, hacia la determinación de los efectos jurídicos, validez probatoria o fuerza obligatoria, en los estadios jurisdiccionales correspondientes, en la búsqueda de una verdad objetiva, jurídicamente sostenible y humanamente aceptable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- JURADO, Alberto. Valor probatorio del documento electrónico. *Revista Cuestiones Jurídicas*. Vol. V, Núm. 1, enero-junio, 2011, pp. 51-68. ISSN: 1856-6073
- LEFEBVRE, F., *Derecho de las Nuevas Tecnologías*, Memento Práctico, Écija, 2017-2018, p. 13
- LEY N° 4017/2010 “De validez jurídica de la firma electrónica, la firma digital, los mensajes de datos y el expediente electrónico”
- MATURANA, C. Aspectos Generales de la Prueba. *Apuntes Facultad de Derecho*, Universidad de Chile, Departamento de Derecho Procesal, Julio 2003, pág. 182.
- MENESES PACHECO, C. Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Ius et Praxis* [online]. 2008, Vol.14, N° 2, pp.43-86. (ISSN 0718-0012). Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200003>.
- NISIMBLAT, Nattan. Derecho procesal constitucional y derecho probatorio constitucional en Colombia. *Estudios constitucionales* [online]. 2012, vol.10, N° 2, pp.323-368. (ISSN 0718-5200). Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200008>.
- ORTELLS, Manuel. Nuevas tecnologías y proceso jurisdiccional en el ámbito iberoamericano. *Prueba, medidas cautelares y comunicaciones procesales*. *Derecho PUCP*, (56), 221-255. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10582>

- PARLAMENTO EUROPEO. Directiva 2002/58/CE del Consejo (12 de julio de 2002). Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. Tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.
- QUIROZ, J.C. Conclusiones del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Paraná - Entre Ríos - junio de 2003). Obtenido de: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1576/conclusiones-congreso-dp.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- RUIZ JARAMILLO, L.B. El Derecho Constitucional a la prueba y su configuración en el Código General del Proceso colombiano. Tesis Doctoral presentada ante la Universitat Rovira I Virgili. 2017. p. 111.
- SIMÓN, L. M., “El equilibrio entre los principios dispositivo e inquisitivo en los modernos procesos civiles por audiencia”, XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal, FCU, Montevideo, 2002, ps, 230 – 231.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- BOBBIO, NORBERTO. 1989. *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría de la política*. Fondo de Cultura Económica. Ciudad de México.
- NINO, CARLOS. 2003. *Introducción al Análisis del Derecho*. 2da. Edición ampliada y revisada. 12ª reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires.
- SARTORI, GIOVANNI. 1993. *¿Qué es la Democracia?* Tribunal Electoral. Instituto Federal Electoral. Ciudad de México.

BIBLIOGRAFÍA DE APOYO

- CAMINAL BADIA, Miquel (Editor). 1999. *Manual de Ciencia Política*. 2da. Edición. Editorial Tecnos. Madrid.
- VALLESPIN, FERNANDO (Editor). 1990. *Historia de la Teoría Política. Tomo I*. Alianza Editorial. Madrid.
- WELZEL, HANS. 1977. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. 2da. Edición, 2da. Reimpresión. Aguilar S.A. de Ediciones. Madrid.

LEGÍTIMA DEFENSA POR HECHOS DERIVADOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

María Haidee Gamarra¹

Resumen: La violencia contra la mujer, vista como fenómeno socio-criminal, ha venido presentado un complejo escenario para la práctica jurídica, tomando dos extremos con diferencias sustanciales: los feminicidios y la muerte de los victimarios como consecuencia de una legítima defensa, ambos con características de extrema desproporción. El objetivo del trabajo apunta a analizar el instituto de la defensa a la luz de los hechos derivados de la violencia contra la mujer, el cual, propiamente encara el reconocimiento de un hecho típico y reprochable a toda costa, donde también operan una serie de factores que deben ser observados para su correcta aplicación, debiendo considerar no solo la racionalidad y proporcionalidad del medio empleado, sino también el enfoque de género y por consiguiente, el estado de vulnerabilidad y la intención en la necesidad de protección, es decir, el temor por perder la vida, muchas veces afectada por la corriente sucesión de hechos de violencia familiar, lo cual deriva en confrontaciones desnaturalizadas y aparentemente irracionales. En torno a los resultados derivado del análisis efectuado, se concluye que la violencia contra la mujer ha evidenciado escenarios jurídicos complejos frente al aumento de hechos de trascendencia penal, descuidando la aplicación de medidas preventivas oportunas para proteger a las víctimas y a la familia, dando lugar a situaciones negativas que han suscitado hechos punibles contra la vida y la integridad de las personas, como los feminicidios y la muerte de los victimarios en defensa propia.

MANIFESTACIONES DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

La violencia contra la mujer, como hecho jurídico relevante requiere de su comprensión como un fenómeno corriente dentro de un patrón de habitualidad, originado en base a la presencia de factores socio cul-

1 Abogada por la Universidad Técnica de Comercialización y Desarrollo, filial Encarnación (Año 2008), Especialización en Didáctica Universitaria por la Universidad Técnica de Comercialización y Desarrollo, filial Encarnación (Año 2015), Especialización en Ciencias Forenses por la Universidad Autónoma de Encarnación, Itapúa (Año 2017), Máster en Derecho Penal por la Universidad Leonardo Da Vinci, filial Ciudad del Este con la tesis “La Mediación como Método Alternativo al Proceso en Encarnación (Año 2018).

turales que derivan en un estado de sometimiento y rígido control, representado por la presencia de conductas físicas, sexuales y abusivas².

Para la Organización Mundial de la Salud³, a lo largo de la historia moderna, la violencia contra la mujer ha pasado de una problemática nuclear, privada, encerrada y constreñida al ámbito familiar a constituirse en un fenómeno de elevado interés social, debido esencialmente al aumento de los casos y el agravamiento del grado de violencia ejercido sobre éstas, las cuales han señalado la necesidad de incluirlas en la agenda política mundial, con el fin esencial de la protección integral contra toda expresión de daño, amenazas o tentativas, supuestos de coacción o privación arbitraria de libertad, producida en un ámbito privado o público, todo esto a la luz de la moderna perspectiva de género.

El tratamiento de las manifestaciones de la violencia contra la mujer conlleva no solo una gran carga social, sino también un elevado compromiso profesional, tanto individual o colectivamente, precisando del trabajo interinstitucional para un abordaje jurídico acertado, especialmente para la atención primaria y la protección integral de las víctimas, por el considerable aumento de hechos, por la violencia manifestada y por los trágicos desenlaces que han enlutado a familias enteras⁴.

El feminicidio, como la máxima expresión de violencia contra la mujer, comprende un punto de no retorno, el cual no tiene actores determinados, conflictos delimitados o víctimas específicas o perfiles definitivos. Sin embargo, para Amézquita Romero⁵ existen diversas problemáticas que pueden ser consideradas como puntos neurálgicos que pueden llevar a este tipo de desenlaces, o bien, elementos que pueden entender su concepción desde un ciclo de violencia permanente, que deben ser identificadas oportunamente para salvaguardar la integridad

2 GONZÁLEZ, Magdiel (Director). *Violencia contra la mujer en el distrito de Santiago de Surco-Lima*. Lima: Bussiness Support Aneth S.R.L. 2017, ISBN 978-612-47351-1-0

3 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Violencia contra la mujer. Un tema de salud prioritario*. [En Línea] 2017.

4 RIVERA-ACEVEDO, Manuel Antonio. *La violencia nuestra de cada día: Entenderla para erradicarla*. Revista Electrónica Educare, Vol. 20, Núm. 3, septiembre – diciembre, 2016, pp. 1-19. EISSN: 1409-4258.

5 AMÉZQUITA ROMERO, Germán Alberto. *Violencia intrafamiliar: mecanismos e instrumentos internacionales*. NOVUM JUS, Vol. 8 N° 2, julio – diciembre, 2014, pp. 55-77. ISSN: 1692-6013

y la vida, no solo de las víctimas directas sino de toda la familia y de la sociedad en general.

CONFRONTACIONES COMO MEDIOS CONTRA LA INTERNALIZACIÓN DEL DOMINIO

La violencia puede ser abordada desde un aspecto jurídico como comportamiento permanente o un acto aislado, sin embargo, cada una de las posiciones de las partes debe analizarse las posiciones de las acciones, actores, posiciones de las víctimas y victimarios, así como sobre el conjunto de hechos relatados, sin limitar la concepción de la violencia sólo como un acontecimiento directo, es decir, sin estudiar el entorno social, la sucesión de hechos y demás factores que pueden resultar importantes para conocer la realidad o verdad de cada una de las posiciones reflejadas en este tipo de conflictos⁶.

Las diferencias culturales admiten una variedad de expresiones de la violencia contra la mujer, señalando un espinoso los efectos jurídicos resultantes de la aplicación de la fuerza física, las coerciones morales y psicológicas, las relaciones de poder y sometimiento, la dominación y la aceptación de castigos, desde una ciega tolerancia hasta la erradicación total. Los distintos escenarios expuestos constituyen importantes burbujas que pueden actuar como vehículos en la internalización y aceptación de la violencia hacia una correspondiente admisión del estado de dominación bajo los esquemas de pensamiento, doctrinas y legislaciones coercitivas, aumentando la vulnerabilidad de los derechos humanos bajo estados de sometimiento y resignación, dificultando su eliminación en las sociedades occidentales.

La comprensión de la violencia como un fenómeno universal, corriente, cíclico, arbitrario y neurálgico para la vida en sociedad constituye el punto de partida para el abordaje de los fenómenos que de éstos escenarios pudieran surgir, como los hechos típicos que posean como justificante el instituto de la legítima defensa, expuestos éstos como revelaciones ante el estado de necesidad imperante para la protección de bienes jurídicos propios o externos, ante el corriente acrecentamiento de un estado de indefensión a causa de expresiones de violencia sis-

6 MARTÍNEZ, Agustín. *La violencia. Conceptualización y elementos para su estudio Política y Cultura. Política y Cultura*, N° 46, México, septiembre – diciembre, 2016. ISSN 0188-7742

temática, especialmente sufridos por las mujeres y consecuentemente por niños y niñas en el seno familiar.

REACCIONES DE LA MUJER ANTE LA VIOLENCIA SISTEMÁTICA

La violencia contra la mujer no solo se caracteriza por el aumento sistemático e incremento de la tensión de los conflictos, sino también por el gradual estado de insatisfacción y la consecuente hostilidad, con premeditación o como una reacción atípica, exponiendo una naturaleza emocional variante en respuesta al papel de víctima mediante una conducta explosiva que puede desembocar en actos violentos graves o conductas criminales típicas⁷.

Tales reacciones pueden generar una serie de conductas de interés jurídico, exponiendo un extenso campo para el estudio de sus manifestaciones hacia la aplicación de la doctrina penal, debido esencialmente al tratamiento que los hechos de violencia contra la mujer hayan tenido, es decir, sobre las posibles denuncias realizadas, la respuesta de la Policía Nacional, la intervención del Ministerio Público y la aplicación de las medidas de protección por el Poder Judicial, en función a las controversias que se plantean sobre las dimensiones públicas, privadas, legales y psicosociales de la legítima defensa y la observancia de los derechos humanos y la seguridad jurídica sobre esta problemática social.

Otro aspecto ligado al estudio de la legítima defensa en el escenario presentado está dado por el denominado enfoque de género, como expresión relacionada con el sexo como resultado de una configuración social en base a desigualdades, diferencias de roles, estereotipos y percepciones acotadas, mediante el cual los hombres son percibidos como actores dominantes y las mujeres como piezas frágiles, desfavorecidas y sometidas a ciertos niveles de violencia como expresiones de la naturaleza humana; exponiendo así también un escenario adicional en el reconocimiento de este instituto del derecho⁸.

7 DI CORLETO, Julieta. *Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas*. Lexis Nexis, Núm. 5, mayo 2006, pp. 7-27. ISSN 1851-0590

8 ROA AVELLA, Marcela. *Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante*. Nova et Vetera, 2012, Vol. 21, N° 65, pp. 49-70. ISSN 0123-2614

Los históricos escenarios de la violencia intrafamiliar, violencia doméstica, violencia de género o violencia contra la mujer, son presentados como resultados de un fenómeno cultural donde se acepta la inferioridad de la mujer y cuya legitimación supone la superioridad masculina, como hecho socialmente aceptado frente a docilidad u obediencia femenina; empero, el incremento de la violencia por parte de las mujeres como mecanismos de protección contra los hombres agresores han movilizad los cambios culturales sobre la construcción de imaginarios sociales de igualdad y la legitimidad de las respuestas jurídicas como alternativas oportunas como medios de exculpación, considerando así un fenómeno complejo sobre el cual el derecho debe ser aplicado con certeza.

En ocasiones, la respuesta de las mujeres ante un estado de vulnerabilidad producida en los escenarios de violencia familiar o violencia doméstica producen únicamente lesiones en su agresor, no obstante, pueden también presentarse tentativas y casos de homicidios, los cuales confrontan la posición de las partes en la doctrina penal para el estudio de los sucesos, apareciendo posiciones divergentes en cuanto a la reprochabilidad de los actos, sobre la base de la necesidad imperante y la proporcionalidad, incluso aseverando que la violencia sostenida por el hombre realmente ejecuta una conducta razonable y penalmente reducida en comparación a las determinaciones abordadas por la mujer o pareja⁹.

Las consecuencias de la violencia sistemática son amplias, permanentes y con amplias repercusiones en la convivencia ciudadana y, por consiguiente, en la búsqueda de los objetivos de desarrollo sustentable, por su carácter acumulativo y efectos familiares continuos, las cuales conllevan costos institucionales y humanos, como la pérdida recursos productivos a causa de las lesiones físicas, trastornos mentales y la muerte de uno de los padres o familiares involucrados en los conflictos¹⁰.

9 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Violencia de género: un problema de derechos humanos*. Santiago de Chile: CEPAL. 1996.

10 MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES (PERÚ). *Violencia basada en género marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado*. Lima: MIMP, 2016.

LEGÍTIMA DEFENSA EN CASOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Como se ha venido exponiendo, el instituto de la defensa propia si bien encara el reconocimiento de un hecho típico y reprochable a toda costa, para su reconocimiento operan una serie de factores que deben ser analizados exhaustamente para su correcta aplicación, considerando no solo la racionalidad y proporcionalidad del medio empleado, sino también el enfoque de género y por consiguiente, el estado de vulnerabilidad y la intención en la necesidad de protección, es decir, la valoración de los hechos de violencia familiar en la construcción del temor por perder la vida, la sucesión de hechos las confrontaciones desnaturalizadas y los resultados, que pueden incluir conductas irracionales.

Las conductas penales que derivan de la respuesta de la mujer ante casos de violencia de género no difieren de otras conductas tipificadas como delitos o crímenes, debiendo así estar presentes en su estudio los supuestos para encuadrarlos en un tipo penal específico, o bien, reconocer la conducta basada en un estado de legítima defensa para desestimar la penalidad de su accionar y, en consecuencia, desestimar la responsabilidad jurídica de los hechos o sucesos producidos¹¹.

La legítima defensa, como instituto del derecho, justifica la realización de una conducta típica por parte de quien obra en defensa de bienes jurídicos, propios o de terceros, ante una agresión ilegítima, reconociendo un acto exculpante frente a las repercusiones que pudiera tener en el agresor, identificando esencialmente la defensa de intereses penalmente relevantes¹².

De tal manera, la legítima defensa puede estar así también asociada al reconocimiento de un derecho fundamental para la protección integral de las mujeres en la construcción creciente de instrumentos y condiciones jurídicas para la identificación de medios y comportamientos defensivos, cuidando los presupuestos de existencia de una agresión ilegítima, inminencia o actualidad de la agresión, necesidad racional

11 VERA S, Juan Sebastián. *Legítima defensa y elección del medio menos lesivo*. Ius et Praxis, Talca: Vol. 25, N° 2, p. 261-298, agosto 2019. ISSN 0718-0012

12 VALLE MUÑOZ, José Manuel. *Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 45, Fasc/Mes 2, 1992, págs. 561-612. ISSN 0210-3001

del recurso empleado para repeler la agresión y falta de provocación, señalada especialmente desde la condición de víctima de violencia¹³.

APLICACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA INSTITUCIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

La exención de responsabilidades penales afectadas por el reconocimiento de la legítima defensa exige indispensablemente mecanismo investigativo serio, imparcial y efectivo de los supuestos hechos constitutivos de violencia contra la mujer, tomando en consideración como elemento de mayor valor la presencia de testigos directos y la valoración de pruebas con perspectiva de género¹⁴.

El estudio pormenorizado de este tipo de hechos exige corrientemente colosales esfuerzos, un delicado estudio de los pormenores fácticos y la superación de complejos obstáculos procesales en el análisis del cumplimiento de los requisitos de la legítima defensa a la luz de las normativas existentes a nivel local como internacional en base a la construcción y determinación de una perspectiva que reconozca este derecho como causal justificante¹⁵.

La aplicación de la perspectiva de género en la institución de la legítima defensa requiere así también del fortalecimiento de las instituciones garantes de los derechos elementales de la sociedad a través del acceso universal a los servicios direccionados a garantizar la intervención oportuna del Estado en este escenario y reducir el impacto social de las consecuencias negativas de estos hechos sobre la convivencia ciudadana, la percepción de la seguridad pública, el escenario económico y la seguridad jurídica¹⁶.

13 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Legítima defensa y Violencia contra las mujeres: [Aprobada en la XV Reunión del Comité de Expertas del MESECVI, celebrada el 3, 4 y 5 de diciembre de 2018 en Washington, D.C.] / [Preparado por el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) / Comisión Interamericana de Mujeres]

14 Ibidem. p. 20

15 ROA AVELLA, Marcela. *Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante*. Op. cit. p. 50.

16 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Violencia de género: un problema de derechos humanos*. Santiago de Chile: CEPAL. 1996.

Las soluciones jurídicas planteadas en la valoración de la legítima defensa, ante hechos de tentativas u homicidios consumados, a través de la perspectiva de género, han llegado principalmente a la conclusión atenuar o eximir la responsabilidad de las mujeres víctimas de violencia, como acto justificado o medio de exculpación, aun cuando la investigación encuentre situaciones sin confrontación¹⁷ (1 pág. 39).

CONCLUSIÓN

La violencia contra la mujer ha evidenciado escenarios jurídicos complejos, cuyos aparentes factores de multiplicación se relacionan con las falencias en el acceso a la justicia, la falta de protección social y la ausencia de un mecanismo de seguridad integral frente al aumento de hechos de trascendencia penal, relacionados con la falta de denuncias, la supuesta desidia policial y la impunidad en la investigación de los casos, así como también la burocracia del sistema judicial, descuidando así la aplicación de medidas preventivas oportunas para proteger a las víctimas y a la familia, dando lugar a situaciones negativas que convergen en hechos punibles contra la vida y la integridad de las personas, como los *feminicidios* y la *muerte de los victimarios* en defensa propia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMÉZQUITA ROMERO, Germán Alberto. *Violencia intrafamiliar: mecanismos e instrumentos internacionales*. NOVUM JUS, Vol. 8 N° 2, julio – diciembre, 2014, pp. 55-77. ISSN: 1692-6013
- AYLLÓN, Héctor. *Deontología teórica y práctica para profesionales de la criminología*. Madrid: Reus, 2017.
- BELLATI, Carlos (2012). *Causas de justificación. La legítima defensa*. Argentina: Astrea, 2012
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Violencia de género: un problema de derechos humanos*. Santiago de Chile: CEPAL. 1996.
- CORREA FLÓREZ, María Camila. *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: La muerte del tirano de la casa*. Tesis doctoral presentada ante la Universidad Autónoma de Madrid. 2016. (En línea). p. 39

¹⁷ CORREA FLÓREZ, María Camila. *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: La muerte del tirano de la casa*. Tesis doctoral presentada ante la Universidad Autónoma de Madrid. 2016. (En línea). p. 39

- CORREA, C. (2016). *Legítima defensa en situaciones sin confrontación*. Recuperado de Dianlet Revistas Online: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=53790>
- DI CORLETO, Julieta. *Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas*. Lexis Nexis, Núm. 5, mayo 2006, pp. 7-27. ISSN 1851-0590
- GONZÁLEZ, Magdiel (Director). *Violencia contra la mujer en el distrito de Santiago de Surco-Lima*. Lima: Bussiness Support Aneth S.R.L. 2017, ISBN 978-612-47351-1-0
- MARTÍNEZ, Agustín. *La violencia. Conceptualización y elementos para su estudio Política y Cultura*. Política y Cultura, N° 46, México, septiembre – diciembre, 2016. ISSN 0188-7742
- MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES (PERÚ). *Violencia basada en género marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado*. Lima: MIMP, 2016.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Legítima defensa y Violencia contra las mujeres: [Aprobada en la XV Reunión del Comité de Expertas del MESECVI, celebrada el 3, 4 y 5 de diciembre de 2018 en Washington, D.C.] / [Preparado por el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) / Comisión Interamericana de Mujeres]*
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Violencia contra la mujer. Un tema de salud prioritario*. [En Línea] 2017.
- PEÑA, Martín. *El exceso en la legítima defensa*. México D.F.: Nuevo León, 2010
- RIVERA-ACEVEDO, Manuel Antonio. *La violencia nuestra de cada día: Entenderla para erradicarla*. Revista Electrónica Educare, Vol. 20, Núm. 3, septiembre – diciembre, 2016, pp. 1-19. EISSN: 1409-4258.
- ROA AVELLA, Marcela. *Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante*. Nova et Vetera, 2012, Vol. 21, N° 65, pp. 49-70. ISSN 0123-2614
- VALLE MUÑIZ, José Manuel. *Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 45, Fasc/Mes 2, 1992, págs. 561-612. ISSN 0210-3001
- VERA S, Juan Sebastián. *Legítima defensa y elección del medio menos lesivo*. Ius et Praxis, Talca: Vol. 25, N° 2, p. 261-298, agosto 2019. ISSN 0718-0012

NOCIONES DEL SISTEMA PENAL INDÍGENA EN PARAGUAY

Arístides Samaniego Piñanez¹

Resumen: En el Paraguay, la Constitución Nacional, apoyada por los convenios y la normativa vigente hasta hoy día, sanciona los hechos punibles cometidos por los indígenas teniendo en cuenta su derecho consuetudinario, mediante un dictamen realizado por un especialista o perito del Instituto Nacional del Indígena (INDI), conforme establece el artículo 4 de la Ley 904/1981 “Estatuto de las Comunidades Indígenas”. El objetivo del artículo apuntó a detallar ciertas nociones del Sistema Penal Indígena en Paraguay, especialmente en lo relativo a los aspectos culturales y religiosos asociados en la aplicación de medidas sancionatorias que atenten contra la vida humana, es decir, en lo concerniente al tratamiento de los hechos que supongan una conducta penal tipificada. Al respecto, el análisis parte de los lineamientos establecidos por el Código Procesal Penal del Paraguay, en sus artículos 432 al 438, tomando en cuenta las disposiciones especiales para los indígenas en situación de infracción de conformidad a las garantías constitucionales y la Ley 904/1981, en consonancia a la procedencia, la intervención fiscal, la aplicación de prisión preventiva, la participación de peritos, la impugnación de los recursos, y la ejecución de la sentencia, entre otros, en observancia al derecho consuetudinario. No obstante, el procedimiento descrito en este punto expresa someramente la procedencia del mismo “cuando sea la comunidad o uno de sus miembros residentes la víctima del hecho punible”, sin profundizar en las posibles confrontaciones entre el sistema penal del derecho positivo y el sistema punitivo indígena basado en el derecho consuetudinario.

1 Profesor de Estudios Sociales en Educación Media por el Instituto Superior de Educación “Dr. Raúl Peña” (1992). Abogado por la Universidad Sudamericana (2015). Notario por la Universidad Técnica de Comercialización y Desarrollo (2015). Especialización en Didáctica Universitaria por la Universidad Técnica de Comercialización y Desarrollo (2015). Diplomado en Derecho de la Niñez y la Adolescencia – Penal Adolescente por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” – Instituto René Cassin (2015). Diplomado en Mediación y Negociación de Conflictos por la Universidad Iberoamericana (2015). Especialista en Mediación por la Universidad Iberoamericana (2015). Magíster en Mediación y Resolución de Conflictos por la Universidad Iberoamericana (2019), con la tesis *Estudio sobre la mediación frente a los conflictos sobre régimen de relacionamiento familiar en juzgados de la ciudad de Lambaré, año 2018*.

BASES DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA

La población indígena mundial suma alrededor de 370 millones de personas, contando con más de 5.000 grupos étnicos repartidos en 90 países, ocupando alrededor del 20% de los territorios de la Tierra, y representando el 5% de la población mundial. En América Latina, la población indígena asciende a cerca de 43 millones de individuos, es decir, el 5.4% de la población total. A pesar de representar un pequeño porcentaje de la población global, la contribución de los pueblos indígenas a la sociedad y cultura mundial es incalculable².

Según MELIÁ y SOSA, los pueblos indígenas ocupan una posición un tanto extraña y ambigua en los países de América Latina, entre los que se diferencian aquellos que buscan aislarse y mostrarse como diferentes y otros pueblos que procuran involucrarse como miembros de la sociedad nacional sin distinción de su condición nativa³.

En el Paraguay, según el III Censo Nacional de Población y Viviendas para Pueblos Indígenas (2012), registró un total de 117.150 indígenas, distribuidos en base a la caracterización de 19 pueblos, pertenecientes a cinco grupos lingüísticos, los cuales habitan en 13 departamentos del país y en Asunción, representando así un 1,8% de las estimaciones de la población paraguaya⁴.

A lo largo de la historia paraguaya, los pueblos indígenas han mantenido una lucha constante con respecto al reconocimiento de los derechos referente a sus tierras, territorios, derechos, costumbres, actividad económica y cultura. No obstante, el reconocimiento pleno de los pueblos indígenas como grupos culturales anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo se dio con la promulgación de la Constitución Nacional de 1992, a través del cual se garantizaron los derechos de identidad, propiedad comunitaria, participación, educación

2 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas. Antecedentes. 23 – 23 de setiembre de 2014 [En Línea].

3 MELIÁ, Bartomeu, SOSA Zulma. Pueblos indígenas en el Paraguay. Población y Desarrollo. Nº. 12, Año 1997, págs. 10-16 (ISSN-e 2076-054X, ISSN 2076-0531).

4 DIRECCIÓN GENERAL DE ENCUESTAS, ESTADÍSTICAS Y CENSOS. III Censo Nacional de Población y Viviendas para Pueblos Indígenas, 2012.

y salud, entre otros, buscando así satisfacer las necesidades históricas de respuesta integral y acceso efectivo a la vivencia de estos derechos⁵.

Frente a lo señalado, cabe reconocer que los pueblos indígenas son representaciones modernas de las configuraciones sociales originarias, distribuidas comúnmente en familias comunitarias que comparten una ubicación geográfica específica, rasgos culturales propios, una lengua y una historia común basada en prácticas ancestrales y principios de justicia inmersos en una complejidad y diversidad de factores que establecen el orden jurídico en el interior de estas comunidades⁶.

Las comunidades indígenas están conformadas por grupos o conjunto de familias que comparten una cultura y un sistema de autoridad específicas, identificadas con un modo de ser, un idioma, un gobierno y una organización social característica. En el Paraguay, las mismas adquieren personalidad jurídica y, por consiguiente, el reconocimiento pleno de su derecho consuetudinario, por medio de un Decreto Presidencial⁷.

Para entender el ordenamiento de la vida social de los poblados originarios habrá que partir corrientemente de las bases que estructuran la seguridad comunitaria, matizan los intereses y otorgan derechos por la calidad de miembro, por encima de su calidad de ser humano. Tal situación conlleva a que la construcción del sistema penal indígena entienda que las repercusiones de las conductas lesivas no solo afectan a las víctimas sino también a toda la comunidad⁸.

En lo que respecta a la gobernanza comunitaria, la misma no solo afronta los desafíos de la administración de las relaciones comunitarias externas e internas, sino también los problemas más graves dentro de una comunidad como la impartición de justicia, cuyas autoridades son

5 CERNA VILLAGRA, Sara Patricia. “Yvy Maraé’y”: *El conflicto del estado con los pueblos indígenas en Paraguay*. América Latina Hoy, N° 60, Año 2012, pp. 83-115.

6 DÍAZ OCAMPO, Eduardo y ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco. *La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador. El constitucionalismo en América Latina*. Derecho y Cambio Social, ISSN-e 2224-4131, Año 13, N° 44, p. 13, 2016.

7 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas por una justicia intercultural*. Asunción: Dirección de Derechos Humanos de la Corte Suprema de Justicia, p. 2, 2016.

8 ÁVILA ORDÓÑEZ, María Paz. *El derecho penal indígena: entre la diversidad y los derechos humanos*. American University International Law Review, Vol. 28, N° 4, Año 2013, p. 955.

elegidas mediante un sistema público, abierto y colectivo de elecciones, adaptadas a los propios principios, valores, normas y procedimientos particulares de las diferentes comunidades, garantizando así la expresión legítima de representación⁹.

De tal manera, la declaración expresa y pública de los Estados, acarrea consigo el reconocimiento de un derecho milenario que conforma el régimen de la vida comunitaria indígena, el cual sugiere la coexistencia de formas de administración de justicia según los diferentes tipos de organizaciones, impartida por parte de las autoridades, líderes o caciques, mediante los consejos comunitarios, quienes asumen el tratamiento y la resolución de los inconvenientes y problemas en el ámbito de cada jurisdicción comunal, de manera totalmente autónoma, consintiendo un conjunto de normas morales y de convivencia pacífica¹⁰.

LA JUSTICIA INDÍGENA

Para SANTACRUZ CRUZ, la justicia indígena responde a una forma de justicia que convive al margen de los límites del respeto de los derechos humanos, el cual reconoce esencialmente los derechos de los individuos no como personas sino como miembros de la comunidad, por lo tanto, no es de extrañar que en muchos de los casos se apliquen penas como linchamientos u otras formas encarnizadas de resolver los conflictos¹¹.

En contraste al derecho occidental moderno, la justicia indígena aparece conjugada en base a un ordenamiento jurídico que carece de sistemas escritos, o bien, instrumentos que favorezcan a la tipificación y sanción de los delitos, como tampoco existe un procedimiento de juzgamiento previsto en una norma, estatuto o reglamento expreso; quedando todo acto jurídico expresado en prácticas ancestrales que conforman su derecho consuetudinario, quedando la impartición de justicia lejos de las competencias de un órgano especializado, sino por

9 SANTACRUZ CRUZ, Hugo Bayardo. *Jurisdicción indígena y derecho penal. Influencias y repercusiones del sistema penal en el desarrollo de los derechos de las nacionalidades indígenas en los países andinos* [Tesis Doctoral] Universidad de Barcelona, 2016, p. 310.

10 PALACIOS BRITO, Ruth Jimena. *La justicia indígena, congruencias e incongruencias con el sistema penal ecuatoriano* [Tesis de Maestría]. Universidad Regional Autónoma de los Andes – Ecuador: 2016, p. 11.

11 SANTACRUZ CRUZ, Hugo Bayardo. p. 293. Op. Cit.

disposiciones de las asambleas comunales, empleando procedimientos primitivos y, en ocasiones, exageradas a la luz del derecho penal¹².

La organización e impartición de justicia penal indígena, supone una forma de mecanismo alternativo de resolución de problemas el cual asume procedimientos especiales, con normas ajustadas al derecho consuetudinario de cada pueblo o comunidad, sujetos a ordenamientos de carácter social, para la reintegración y la rehabilitación de los afectados, en busca de la restitución inmediata de la armonía y la paz comunal o colectiva, administrados conjuntamente por los consejos comunitarios y los miembros de la comunidad, a través de la toma de sus decisiones y, ocasionalmente, en el propio ajusticiamiento de los acusados, los cuales confrontan la racionalidad y humanidad del derecho occidental moderno.

FINALIDAD DE LA PENA

En la visión de la impartición de justicia por los pueblos originarios, esta condición opera exclusivamente sobre los miembros de la comunidad, teniendo en cuenta que los derechos y obligaciones que afectan a los individuos está exclusivamente sobre su relación con el origen étnico o la cultura del pueblo, no así sobre la posible procedencia o individualidad. Este concepto es opuestamente transversal al concepto occidental y visiblemente particular en el área de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

Como principios del sistema penal indígena, el equilibrio de las fuerzas internas, la convivencia social pacífica y la reciprocidad, intervienen directamente sobre la comunidad, lo que explica la relevancia jurídica de los casos de adulterio, la traición o las prácticas paganas (brujería), configurando elementos que derivan en un desajuste social, una ruptura del equilibrio comunitario y una fuente permanente de discordia entre los miembros del colectivo¹³.

Esencialmente, el principio de equilibrio conduce al manejo de las fuerzas que aparecen involucradas en la vida comunitaria sobre la base de un sistema de justicia restaurativa, con el uso de técnicas de media-

12 DÍAZ OCAMPO, Eduardo y ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco. p. 7. Op. Cit.

13 VILLEGAS, Myrna. *Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?*. Políticas Criminal, Vol. 9, N° 17 (Julio 2014), Art. 7, pp. 213-247.

ción, con el objetivo de reestablecer el equilibrio comunitario encaminando a restituir la armonía quebrada y ejemplificar a la comunidad sobre las fuerzas comunitarias para que éstos comprendan cómo la conducta típica ha tenido efectos sobre todos los miembros de la comunidad.

Sobre la base de una conducta tipifica, el Código Procesal Penal (CPP) incluye disposiciones especiales¹⁴ para los pueblos indígenas teniendo en cuenta la procedencia de los hechos, la intervención fiscal efectiva, la concurrencia de actos para la aplicación de la prisión preventiva, la participación obligatoria de peritos, la impugnación de los recursos en el marco del proceso y las disposiciones generales para la ejecución de la sentencia, entre otros, en observancia al derecho consuetudinario¹⁵.

Los procedimientos empleados para la aplicación de sanciones dispuestas en el CPP engloban la procedencia de los actos jurídicos únicamente cuando sea la comunidad o uno de sus miembros residentes la víctima del hecho punible, aunque existe un amplio universo de confrontaciones que generan visiones diferentes entre el sistema punitivo indígena basado en el derecho consuetudinario y el derecho penal sustentado en el derecho positivo paraguayo.

El castigo, a la vista del sistema penal indígena, se manifiesta con un enfoque comunicativo entre el individuo y la comunidad, donde son expuestos los hechos censurables para que todos los miembros puedan tomar conciencia de sus repercusiones, en la búsqueda del arrepentimiento y la reparación del daño por los individuos. Este principio lleva a constituirse, en la perspectiva del derecho indígena, como el umbral de una disculpa contundente y reconciliación con la comunidad cuyos valores fueron burlados¹⁶.

Las formas de aplicación comunitaria del derecho indígena tienen un efecto intimidatorio a través de la ejecución de las penas y también implican el respeto irrestricto a la comunidad y el fiel cumplimiento de las normas de convivencia asociadas a las prácticas ancestrales, tomando en cuenta que los delitos son expresiones simbólicas que se contraponen al sistema social. Sin embargo, la aplicación de castigos corpora-

14 LEY 1286/1998. *Código Procesal Penal del Paraguay*, Artículos 432 al 438.

15 LEY 904/1981. *Estatuto de las Comunidades Indígenas*. Paraguay.

16 VILLEGAS, Myrna. Op. Cit. p. 221.

les, tratos inhumanos crueles o degradantes e incluso la pena de muerte a través del linchamiento o ajusticiamiento suelen ser procedimientos habituales ejecutados a la vista de las costumbres de cada comunidad¹⁷.

LA EJECUCIÓN PENAL EN EL DERECHO INDÍGENA

Mediante la adopción y ratificación de los principales instrumentos internacionales¹⁸ y regionales, el Paraguay ha incluido en su ordenamiento legal normativas claves que estiman la reivindicación histórica de los derechos de los pueblos indígenas, entre los que se destacan principalmente la preservación social y cultural, la defensa de su patrimonio y sus tradiciones, así como el acceso a un régimen jurídico especial sustentado en su derecho a la autodeterminación¹⁹.

La ejecución penal en el derecho indígena incorpora diferentes tipos de castigos, entre los de mayor relevancia está la privación de libertad, la expulsión de la comunidad, la entrega a las autoridades estatales, los castigos corporales e incluso el linchamiento, como resultado de un consenso colectivo que muchas veces se enfrenta a los valores del sistema de control penal formal, violando de tal manera las disposiciones del derecho positivo y los principios de Derechos Humanos, es decir, vulnerando derechos fundamentales consagrados, garantizando de cierta manera el ejercicio del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas²⁰.

Para muchas culturas indígenas, la hechicería es reprobable porque ofende a Dios, suele acarrear la muerte o la demencia a quienes se dedican a ella y ocasionan con sus prácticas muchos peligros. Son indistintamente pecado o delito²¹.

17 ÁVILA ORDÓÑEZ, María Paz. Op. Cit. p. 959.

18 Como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre *Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, la *Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* y la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.

19 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Op. Cit. p. 12.

20 REGALADO GUTIERREZ, José Antonio. *De las sanciones y las penas en la justicia indígena*. En: *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico*. Manual de operadores de justicia. México D.F.: Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 108.

21 DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. *El delito de hechicería en Chile indiano*. Revista Chilena de Historia del Derecho, Vol. 8, Año 1981. p. 93-107. doi:10.5354/0719-5451.2013.26130

Las penalidades, al carecer naturalmente de explicaciones razonables, muchas veces recurre a lo sobrenatural, apareciendo en este punto las supersticiones, la magia, las creencias religiosas y las prácticas anti-naturales, las cuales han existido desde tiempos remotos hasta la actualidad, acompañando las manifestaciones culturales como curanderos, chamanes, hechiceros y otros personajes comunitariamente aceptados, siempre y cuando sostengan el ejercicio de la magia blanca y el bienestar de la comunidad, no obstante, para algunos pueblos autóctonos, el ejercicio de la magia negra han sido prohibidos en razón al temor reverente de los designios de los dioses o las creencias catastróficas que de ella puedan desprenderse, acarreado consigo la pena de muerte como medio para su erradicación.

Al respecto, en el Paraguay existen conductas penales que no se constituyen como hechos relevantes para el derecho, o bien, comprenden acciones que no se encuentran contempladas en el sistema penal vigente. Entre éstos se encuentran aquellas situaciones vinculadas a la transmisión del folklore nacional y prácticas ancestrales de los pueblos originarios, relacionados especialmente con los casos de brujería o *paye vaí*, tanto para el acceso a la justicia enmarcada en el derecho positivo como así también para la ejecución de los recursos planteados por las Comunidades Indígenas en el Paraguay, siendo que éstas pueden alcanzar el grado de hecho punible para la legislación nacional²².

La pena de muerte, como mecanismo de rango superior, tiende así una función ejemplificadora en el sistema penal indígena, al contrario de las doctrinas del derecho penal occidental, que se sustenta en el respeto a los derechos humanos, pues estos actos se llevaban a cabo en los espacios públicos, en presencia de todos los miembros de la comunidad.

CONCLUSIÓN

En general, los sistemas sancionatorios indígenas se caracterizan porque el centro de protección es la comunidad, diferenciándose del derecho penal occidental en cuanto a la imposibilidad de encontrar en ellos un principio de legalidad tal y como lo conocemos. La norma pe-

22 VILLAGRA CARRÓN, Rodrigo (2014). *Discriminación y subordinación racial tras las rejas. Números y condiciones carcelarias de personas indígenas privadas de libertad en instituciones penitenciarias*. Asunción: Estudios Paraguayos, pp. 15-46.

nal es creada por la costumbre, y se transmite oral, comunicativa y personalmente. creando un vínculo indisoluble entre ella y el individuo, toda vez que es discutida en las comunidades mediante mecanismos de participación directa, generalmente, asambleas en las que participan todos los miembros de la comunidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA ORDÓÑEZ, María Paz. *El derecho penal indígena: entre la diversidad y los derechos humanos*. American University International Law Review, Vol. 28, N° 4, Año 2013, p. 955.
- CERNA VILLAGRA, Sara Patricia. “Yvy Marae’y”: *El conflicto del estado con los pueblos indígenas en Paraguay*. América Latina Hoy, N° 60, Año 2012, pp. 83-115.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Protocolo de actuación para una justicia intercontinental*. Asunción: Dirección de Derechos Humanos de la Corte Suprema de Justicia.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas por una justicia intercultural*. Asunción, Dirección de Derechos Humanos de la Corte Suprema de Justicia, p. 2, 2016.
- DÍAZ OCAMPO, Eduardo y ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides Francisco. *La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador. El constitucionalismo en América Latina*. Derecho y Cambio Social, ISSN-e 2224-4131, Año 13, N° 44, p. 13, 2016.
- DIRECCIÓN GENERAL DE ENCUESTAS, ESTADÍSTICAS Y CENSOS. III Censo Nacional de Población y Viviendas para Pueblos Indígenas, 2012.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. *El delito de hechicería en Chile indiano*. Revista Chilena de Historia del Derecho, Vol. 8, Año 1981. p. 93-107. doi:10.5354/0719-5451.2013.26130
- LARA CISNEROS, Gerardo. *El discurso anti-supersticioso y contra la adivinación indígena en Hispanoamérica colonial, siglos XVI-XVII*. Mundos Nuevos, 1-10. DOI: <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.63680>
- LEY 1286/1998. *Código Procesal Penal del Paraguay*, Artículos 432 al 438.
- LEY 904/1981. *Estatuto de las Comunidades Indígenas*. Paraguay.
- MELIÁ, Bartomeu, SOSA Zulma. *Pueblos indígenas en el Paraguay*. Población y Desarrollo. N° 12, Año 1997, págs. 10-16 (ISSN-e 2076-054X, ISSN 2076-0531)
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas. Antecedentes. 23 – 23 de setiembre de 2014 [En Línea].
- PALACIOS BRITO, Ruth Jimena. *La justicia indígena, congruencias e incongruencias con el sistema penal ecuatoriano* [Tesis de Maestría]. Universidad Regional Autónoma de los Andes – Ecuador: 2016, p. 11.

- REGALADO GUTIERREZ, José Antonio. *De las sanciones y las penas en la justicia indígena*. En: Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual de operadores de justicia. México D.F.: Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 108.
- SANTACRUZ CRUZ, Hugo Bayardo. *Jurisdicción indígena y derecho penal. Influencias y repercusiones del sistema penal en el desarrollo de los derechos de las nacionalidades indígenas en los países andinos* [Tesis Doctoral] Universidad de Barcelona, 2016, p. 310.
- VILLAGRA CARRÓN, Rodrigo (2014). *Discriminación y subordinación racial tras las rejas. Números y condiciones carcelarias de personas indígenas privadas de libertad en instituciones penitenciarias*. Asunción: Estudios Paraguayos, pp. 15-46.
- VILLEGAS, Myrna. *Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?*. Políticas Criminal, Vol. 9, N° 17 (Julio 2014), Art. 7, pp. 213-247.

JORNADA LABORAL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO JUDICIAL Y SU INCIDENCIA COMO FACTOR EN LA MORA JUDICIAL

Abg. Gustavo Hernán Brites Miranda¹

RESUMEN: Este trabajo abordó el tema “Jornada Laboral del funcionario público judicial y su incidencia como factor en la mora judicial”, con la finalidad de analizar la legislación que regula la jornada de trabajo en la función pública, su actual inaplicabilidad al Poder Judicial en el Paraguay, y sus implicancias en el desempeño del servicio público de justicia como factor contribuyente para la mora judicial. En su elaboración se partió de las conceptualizaciones básicas, lo que se entiende por funcionario público y judicial, haciendo un repaso sobre las normas constitucionales, convenciones internacionales y leyes concordantes de menor rango que integran nuestro ordenamiento jurídico y que regulan la función pública, y en especial la jornada de trabajo en que se deben desempeñar el servidor público. Se identificó normas y principios constitucionales que se hallan controvertidos por la aplicación de la jornada laboral diferenciada en el Poder Judicial. Se analizó comparativamente la jornada de trabajo de los funcionarios judiciales en el Paraguay, y en los demás países de la región. Asimismo se consideró la mora judicial y sus causas, rescatando conceptos doctrinarios, y la opinión de algunos reconocidos exponentes de la comunidad jurídica nacional, y la magistratura judicial. Como método de estudio se ha utilizado la técnica descriptiva, causal y documental. Se observó además el posible impacto de la jornada diferenciada como factor de mora judicial y la situación que atraviesa la Justicia en el Paraguay, para finalmente llegar a la conclusión sobre la necesidad de su mejoramiento en línea general, y que en dicho marco constituiría un factor importante, la ampliación de la jornada laboral de los funcionarios judiciales de seis a ocho horas diarias, equiparándolo con la de los demás funcionarios públicos, quebrantando la actual discriminación y desigualdad existente, con-

¹ Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Este. Magistrado Judicial, Miembro del Tribunal de Apelaciones de Canindeyú. Pas Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de Canindeyú. Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Egresado de la Escuela Judicial del Paraguay. Especialista en Docencia Universitaria. Docente escalafonado de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de Canindeyú. Diplomado en Educación Superior por la Universidad Católica de Asunción.

tribuyendo a la par con la optimización del rendimiento y combate a la mora judicial en las dependencias judiciales del país.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, Paraguay, si bien todos los poderes del Estado no gozan de buena reputación, en especial el Poder Judicial se halla en el centro de la crítica ciudadana por el alto nivel de desprestigio de sus funciones. Uno de los principales reclamos de la sociedad es la mora judicial, entendida esta como la falta de resolución pronta, transparente y efectiva de los conflictos ingresados al sistema de justicia. Si bien varias son las causas o factores que contribuyen a la mora en la justicia, este trabajo enfoca un aspecto formal del servicio de justicia, y representado por la extensión de la jornada de trabajo de los funcionarios judiciales. En la actualidad los funcionarios del poder judicial se benefician con una jornada de trabajo diferenciada en relación a los demás funcionarios públicos, contradiciendo principios constitucionales como el de la Igualdad y la No Discriminación, así como convenios internacionales en materia laboral ratificados por nuestro país. La eficacia de la justicia constituye un factor fundamental para la consolidación de la democracia en nuestro país y ese mejoramiento solo será posible en la medida a que se optimice el rendimiento de sus recursos, en este caso de los recursos humanos con que cuenta la Corte Suprema de Justicia a servicio de la sociedad en general.

1. FUNCIONARIO PÚBLICO – FUNCIONARIO JUDICIAL.

Conforme lo determina la ley de la Función Pública², es funcionario público la persona nombrada mediante acto administrativo para ocupar de manera permanente un cargo incluido o previsto en el Presupuesto General de la Nación, donde desarrolle tareas inherentes a la función del organismo o entidad del Estado en el que presta sus servicios. El trabajo del funcionario público es retribuido y se presta en relación de dependencia con el Estado. En nuestro país al adoptar el

2 Artículo 4º: Es funcionario público la persona nombrada mediante acto administrativo para ocupar de manera permanente un cargo incluido o previsto en el Presupuesto General de la Nación, donde desarrolle tareas inherentes a la función del organismo o entidad del Estado en el que presta sus servicios. El trabajo del funcionario público es retribuido y se presta en relación de dependencia con el Estado.

sistema republicano de gobierno se ha organizado por medio de la división de los poderes del Estado. En cada uno de ellos los diferentes tipos de funcionarios públicos desempeñan sus atribuciones. Los funcionarios judiciales son una especie dentro del género que son los funcionarios públicos. Según nuestra Constitución Nacional, la función judicial es ejercida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los demás Tribunales inferiores. A los fines de dar un concepto de funcionario judicial se puede decir, que es aquel que tiene a su cargo el ejercicio de la prestación del servicio de justicia por parte del Estado, derecho que es constitucionalmente previsto para los habitantes de la Nación y que se vuelve una obligación para el funcionario.

2. REGULACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN LA LEGISLACIÓN DEL PARAGUAY.

En principio, es la ley de la Función Pública, la de N° 1626/2000³, la que tiene por objeto regular la situación jurídica de los funcionarios y de los empleados públicos, el personal de confianza, el contratado y el auxiliar, que presten servicio en la Administración Central, en los entes descentralizados, los gobiernos departamentales y las municipalidades, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la banca pública y los demás organismos y entidades del Estado. Las leyes especiales vigentes y las que se dicten para regular las relaciones laborales entre el personal de la administración central con los respectivos organismos y entidades del Estado, se ajustarán a las disposiciones de esta ley aunque deban contemplar situaciones especiales. Entiéndase por administración central los organismos que componen el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, sus reparticiones y dependencias.

3 Artículo 1º: Esta ley tiene por objeto regular la situación jurídica de los funcionarios y de los empleados públicos, el personal de confianza, el contratado y el auxiliar, que presten servicio en la Administración Central, en los entes descentralizados, los gobiernos departamentales y las municipalidades, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, la banca pública y los demás organismos y entidades del Estado.

2.1. JORNADA DE TRABAJO.

La jornada de trabajo de acuerdo con el Código Laboral Paraguayo⁴ está considerada como el tiempo efectivo durante el cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador.

2.2. LA JORNADA MÁXIMA DE TRABAJO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL.

De conformidad con el principio constitucional establecido en nuestra carta fundamental⁵, la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, diurnas, salvo las legalmente establecidas por motivos especiales.

2.3. LA JORNADA LABORAL EN CONVENIOS INTERNACIONALES.

Conforme a los datos recabados del Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social, (en adelante M T E S S)⁶, nuestro país como estado ha ratificado y es suscriptor de varios convenios internacionales en materia laboral que integran su ordenamiento jurídico, entre los cuales se halla el de Convenio Ginebra, 14^a reunión CIT (28 junio 1930), relativo a la reglamentación de las horas de trabajo en el comercio y las oficinas, con entrada en vigor el 29 agosto 1933, el cual describe en parte en su Art. 2: *“A los efectos del presente Convenio, la expresión horas de trabajo significa el tiempo durante el cual el personal esté a disposición del empleador; estarán excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halle a la disposición del empleador; Artículo 3: Las horas de trabajo del personal al que se aplique el presente Convenio no podrán exceder de cuarenta y ocho por semana y ocho por día, reserva de las disposiciones de los artículos siguientes”*.

4 Artículo 193°: Considerase como jornada de trabajo efectivo el tiempo durante el cual el trabajador permanece a disposición del empleador.

5 Artículo 91°: De las jornadas de trabajo y de descanso La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, diurnas, salvo las legalmente establecidas por motivos especiales.

6 MTESS. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

2.4. LA JORNADA DE TRABAJO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO.

De acuerdo con el Artículo 59 de la Ley N° 1626/2000⁷, de la Función Pública, la jornada ordinaria de trabajo efectivo, salvo casos especiales previstos en la reglamentación de la ley será de cuarenta horas semanales. Por Decreto N° 11.783/2001 el Poder Ejecutivo⁸ se reglamentó el Art. 59 de la ley N° 1.626/00, De la Función Pública, y en su Art. 1, establece como horario de trabajo para los funcionarios de los organismos e instituciones dependientes del Poder Ejecutivo, los días lunes a viernes desde las 07:00 a 15:00 horas. En su Art. 2, establece asimismo que las dependencias del Poder Ejecutivo podrán fijar horas extraordinarias de trabajo acorde a la naturaleza de las mismas en las condiciones previstas en el Artículo 59 de la Ley 1.626/2000. Describe en su Art. 3, que las instituciones que cumplen una función de interés social inmediato y que por la naturaleza del trabajo que realizan no puede regirse por el horario general establecido en el presente decreto podrán fijar horarios especiales de trabajo, fuera del horario general, inclusive los días sábados y feriados hasta cubrir las cuarenta horas semanales conforme con lo previsto en el Art. 59, primera parte de la citada ley incluidas las horas extraordinarias, atendiendo a las necesidades del servicio que presten y a la naturaleza de la actividad que cumplan.

2.5. LA JORNADA DE TRABAJO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO JUDICIAL EN EL PARAGUAY.

En nuestro país, las ocho horas de trabajo establecidas en la ley de la Función Pública para los funcionarios públicos en general no afecta a los funcionarios judiciales por efecto de una acción de inconstitucionalidad planteada en su oportunidad y declarada procedente por la propia Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala Constitucional. Los funcionarios del Poder Judicial en la actualidad poseen una jornada laboral de 6 horas diarias, diferente a los demás funcionarios de otras instituciones públicas, que por lo general cumplen 8 horas diarias.

7 Artículo 59: La jornada ordinaria de trabajo efectivo, salvo casos especiales previstos en la reglamentación de la presente ley, será de cuarenta horas semanales. Las ampliaciones de la jornada ordinaria de trabajo diario que se hiciesen para extender el descanso semanal no constituirán trabajo extraordinario.

8 PODER EJECUTIVO. Presidencia de la República del Paraguay. Decretos.

2.6. LA JORNADA LABORAL DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES EN OTROS PAÍSES.

En la actualidad, la **Argentina** se debate sobre la necesidad de la Reforma Judicial, y uno de los temas abordados en ese marco resulta la ampliación de la jornada de trabajo de los funcionarios judiciales de seis a ocho horas con la intención de mejorar el servicio de justicia, al punto que en su oportunidad, el propio ex Presidente, Mauricio Macri acusó públicamente al Poder Judicial de trabajar poco y con privilegios. Sin embargo tal cual como resulta en nuestro país, el incorporar cambios en la materia no resulta una tarea de las más simples, puesto que existen muchos intereses y posturas encontradas.

Por su parte **Brasil**, desde el año 2009 y por resolución N 88, del 8 de setiembre de 2009⁹, del Consejo Nacional de Justicia, aprobó el régimen de ocho horas diarias con descanso, y siete horas ininterrumpidas como jornada de trabajo para los funcionarios judiciales.

En **Uruguay**, la jornada de trabajo de los funcionarios judiciales es de treinta horas semanales, con horario diferenciado en verano e invierno¹⁰.

Bolivia, posee como jornada de trabajo de los funcionarios judiciales el de ocho horas diarias o cuarenta semanales¹¹.

En **Perú**, la jornada de trabajo de los funcionarios judiciales es de ocho horas día o cuarenta horas semanales, en el horario comprendido entre las 08:00 horas hasta las 13:30 horas, refrigerio de 45 minutos y de las 14:15 horas hasta las 16:45 horas¹².

Como se podrá notar, varios países de la región implementan las ocho horas diarias como jornada laboral de los funcionarios judiciales, y en aquellos que no se lo tiene implementado se debate firmemente su ampliación. En nuestro país la realidad de la justicia, y la necesidad imperiosa de su reforma están en el orden del día, por lo que en el marco de esa importante tarea y sin entrar formalmente aun en ella, bien que

9 Sindjustica, http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_88.pdf

10 Estatuto del funcionario Judicial, Poder Judicial, Uruguay, Acordada N° 7865/2016.

11 Reglamento de Administración y Control del Órgano Judicial, Consejo de la Magistratura, Bolivia, 2012.

12 Corte Superior de Justicia de Ventanilla, Resolución N° 653/2017.

el Poder Judicial por sí solo pudiese dar un ejemplo, ampliando el horario de trabajo de todos los funcionarios judiciales, con la finalidad de optimizar el rendimiento del servicio en general, sumando esta acción a la estrategia de combate a la mora judicial.

3. CRÍTICA SOCIAL A LA JORNADA DE TRABAJO DEL FUNCIONARIO PÚBLICO JUDICIAL EN EL PARAGUAY.

Los funcionarios del Poder Judicial en el Paraguay, incluidos los magistrados judiciales, como jornada laboral tienen la de seis horas diarias o treinta horas semanales, lo que genera una gran crítica de la población en general, y de los demás funcionarios públicos en particular, quienes alegan desde privilegio desmedido, discriminación, desigualdad en el trato, y se apunta a dicha condición como un factor que incide de sobremanera en la mora judicial del sistema de justicia, para lo cual resulta pertinente ahondar sobre el fenómeno de la mora judicial.

4. LA MORA JUDICIAL.

En cuanto a morosidad, el Diccionario de la Real Academia Española¹³, lo ubica como lentitud, dilación, demora. Falta de actividad o puntualidad. Lentitud en el sistema de justicia acarreada por los síntomas de una excesiva burocracia, de planes judiciales sin perspectiva, y la falta de funcionarios e infraestructura son causas propias de países con alto índice de morosidad.

El Poder Judicial arrastra en nuestro país una de sus principales debilidades, la mora judicial, sin embargo la problemática es mucho más compleja de lo que ordinariamente se entiende. La cuestión radica en quien o cuales factores son los que inciden realmente en la mora judicial y si son los Magistrados Judiciales los únicos responsables por este fenómeno. En efecto esta última inferencia cotidianamente se escucha, que los jueces no trabajan, no están en sus despachos, están poco preparados, son mal designados, entre otros adjetivos negativos, sin embargo nada se dice de los demás protagonistas de los procesos judiciales, a quienes por lo general les incumbe el impulso procesal, el ejercicio de la acción y el usufructo discrecional de una amplia gama de recursos y resortes procesales e incidentes, sin contar con las interminables recu-

13 DRAE. Diccionario de la Real Academia Española. <https://dle.rae.es/>

saciones permitidas por una legislación permisiva y una instancia disciplinaria institucional ineficaz. Normalmente, al tallar sobre la mora en la justicia no se hace referencia al papel y responsabilidad de los abogados, agentes del ministerio público o defensores públicos, más bien todo lo atinente a la morosidad termina en la cuenta del Magistrado Judicial.

En este escenario no se podrá dejar de mencionar otros aspectos como la deficiencia estructural y funcional del Poder Judicial en el país, provocada en algunos casos por el insuficiente presupuesto del Poder Judicial, el cual inclusive es repartido injustamente en parte con otras instituciones públicas como el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia; el limitado número de Magistrados Judiciales y funcionarios ante la desproporcional creciente demanda por el servicio de justicia, sin descuidar de la deficiente distribución e instalación de juzgados y tribunales en las regiones del país, lo cual por lo general no requirió un previo análisis de viabilidad a través de estudios estadísticos sociodemográficos.

Como se vio, la mora judicial se constituye en una problemática más compleja de lo que se piensa ordinariamente, y para lo cual inciden varios factores que pueden ser considerados como contribuyentes y se ha citado a los más resaltantes, a todo lo cual se puede acrecentar la jornada reducida de trabajo en que desempeñan actualmente los magistrados y funcionarios judiciales, jornada esta que no en pocas ocasiones resulta limitada al momento de atender a la creciente sobrecarga de los casos ingresados al sistema, la realización de los actos procesales y diligencias, así como la atención diaria a los usuarios en general.

Como ya se lo refirió, los funcionarios del Poder Judicial poseen en la actualidad una jornada laboral de 6 horas diarias, diferente a los demás funcionarios de otras instituciones públicas, que por lo general cumplen 8 horas diarias, lo que equivale a una diferencia de 2 horas diarias menos de servicio por funcionario. Con un simple y empírico ejercicio matemático se puede cuantificar el impacto temporal de las horas dejadas de trabajar, por causa del trato diferenciado que gozan los funcionarios públicos en el Poder Judicial.

Conforme a los datos recabados en el marco del programa, Desempeño Judicial, Transparencia y Acceso a la Información, a cargo de la

Centro de Estudios Judiciales, relacionados a los años 2008 y 2009: “La cantidad de funcionarios judiciales de carácter jurisdiccional en el Poder Judicial al año 2009, era de 5.510, (Cinco mil quinientos diez) y la cantidad de Magistrados judiciales en la misma época era de 943, (Novecientos cuarenta y tres)¹⁴. De dicho informe cuantitativo surge a ese tiempo, la cantidad de 6.453 funcionarios judiciales públicos, entre subalternos y magistrados judiciales, que trabajan dos horas menos por día a favor de los usuarios en general. Datos oficiosos dan cuenta que el incremento entre el 2009 al 2018, de la cantidad de funcionarios judiciales sería en el entorno al 40 por ciento, por lo que el impacto a la fecha sería por lógica mucho mayor.

No se podrá afirmar de manera categórica que la reducida carga horaria en que se desempeñan los funcionarios judiciales en el Poder Judicial, se constituye en el principal factor de la mora judicial, sin embargo tampoco se podrá negar que el incremento de la duración de esa jornada diaria de trabajo ayudaría de sobremanera a mejorar el desempeño de Juzgados y Tribunales del país, contribuyendo con la mitigación de la mora en la tramitación y resolución de las causas judiciales.

Es de destacar que la Corte Suprema de Justicia a mediados del año 2014¹⁵, aprobó la ampliación de la jornada de trabajo a 8 horas, y en su momento la postura institucional fue motivada por el entendimiento de que el interés general es superior y debe primar sobre intereses particulares, y que los actualizados requerimientos ciudadanos urgían la optimización del servicio de justicia, la celeridad en los procesos judiciales y el combate a la mora judicial; por lo que resultaría necesaria la modificación del Contrato Colectivo de Trabajo a los efectos de que, sujeto a continuos diálogos y negociaciones entre las partes interesadas efectos de su implementación, la nueva jornada ordinaria de trabajo semanal de funcionarios y magistrados del Poder Judicial.

Al tiempo de dicha decisión, el propio Senado de la república aprobó un proyecto de declaración que instaba a los poderes Ejecutivo y Judicial y demás organismos y entidades del Estado a establecer como

14 CEJ, Centro de Estudios Judiciales. *La Justicia Paraguaya en cifras, 2008-2009, Desempeño Judicial, Transparencia y Acceso a la Información*. 2010. Pag. 25.

15 Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Res. N 5359, del 21 de octubre de 2014.

horario de trabajo de sus funcionarios 40 horas semanales (ocho horas diarias). Uno de los proyectistas, el senador Carlos Amarilla (PLRA), indicó que la propia Corte rompe con el principio de igualdad, consagrado en la Constitución nacional, al proteger a sus funcionarios. Esta postura fue apoyada por otros parlamentarios. Algunos congresistas describieron en su oportunidad que es inaceptable que el Poder Judicial se auto asigne unos beneficios laborales y que les obligue a otros poderes a trabajar ocho horas diarias (de lunes a viernes), con una carga de 40 horas semanales. Sin embargo esta decisión de la Corte Suprema de Justicia finalmente no llegó a ser implementada, por diversos factores, entre los cuales se resalta la huelga general de los funcionarios judiciales suscitada en octubre de 2014.

5. LA DISCUTIBLE INAPLICABILIDAD DE LA LEY DE LA FUNCIÓN PÚBLICA A LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES.

La jornada de trabajo diferencia del funcionario judicial dispuesta por Acordada del Poder Judicial, es posible en virtud a que la Corte Suprema de Justicia no se halla sujeta y obligada a la Ley 1626/00, De la Función Pública, por efecto de la inconstitucionalidad dictada a su favor por ella misma. La premisa así dispuesta por si sola ya genera controversias en cuanto a su legalidad. No se podrá negar, que el Poder Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia, es la instancia que constitucionalmente se halla habilitada para realizar el control de constitucionalidad de las leyes y resoluciones en general, ahora bien, no se constituiría en juez y parte al entender en cuestiones donde la misma Institución es la directa interesada. No sería más jurídico o cuanto menos más ético promover una ley especial que regule la materia en su caso ?. La autonomía e independencia del Poder Judicial, consagrada en la Carta Magna¹⁶, no implica desconocer otros principios de rango constitucional como el de la Igualdad y la no discriminación, (Art. 46),

16 Artículo 248 - DE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo n los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas.

o aquel que determina que todos los funcionarios y empleados públicos están al servicio del país, (Art. 101).

Por su relevancia a este análisis, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia a poco tiempo falló en contra del pedido de algunos funcionarios públicos que defendían la carga laboral de 6 horas diarias, como el caso del Congreso Nacional, el Senado y la Cámara de Diputados, que cumplen a la fecha 8 horas de trabajo al día. Estas interrogantes, de hecho ponen en entredicho la regularidad de la mentada inaplicabilidad de la ley de la función pública al poder judicial, realidad esta, que además contradice principios y garantías constitucionales como el de la igualdad y la no discriminación de las personas¹⁷, entre otros.

6. CONCLUSIÓN.

Una de las principales deudas de nuestra democracia es la consolidación de la justicia, puesto que esta es la columna vertebral de todo estado de derecho. En esta vital tarea toda la sociedad debe verse involucrada, en el entendimiento que un país sin una justicia pronta, previsible, eficaz y transparente no puede llegar a madurar como sociedad. A este tiempo afloran las ideas sobre la necesidad de una reforma del Poder Judicial, con la finalidad de otorgarle la necesaria independencia e imparcialidad como órgano de control social en democracia. Indudablemente deviene necesario una reforma constitucional para la reconfiguración de algunas instituciones republicanas y sus funciones, como el Consejo de la Magistratura; el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, y el propio Congreso de la Republica, sin embargo esa reformulación de la carta magna no es una acción simple, requiere de un gran consenso político y social que más temprano que tarde debe hacerse realidad.

Ahora bien, la consolidación del servicio público de justicia, no pasa solamente por asegurar su independencia, sino lograr que la institución pueda optimizar el servicio que presta en general a la sociedad. En ese contexto, la mora judicial constituye uno de los principales problemas con que tropieza el sistema de justicia de la república, y una de las prin-

17 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.

cipales demandas de la sociedad como un todo. Como se ha analizado, la ineficacia del poder judicial para resolver los conflictos jurídicos con prontitud, es atribuible a un conjunto de factores que no solo se encuentran en la gestión de los despachos judiciales, sino que tienen múltiples orígenes, todo lo cual debe ser analizado contextualmente, al momento de construir y poner en práctica estrategias para combatir el problema de la mora judicial.

A este tiempo se ve con muy buenos ojos, acciones en ese sentido propiciadas por una renovada Corte Suprema de Justicia, órgano rector del Poder Judicial, que experimenta nuevos bríos a través de la incorporación de relevantes exponentes de la comunidad jurídica, como ejemplo de esas acciones cabe citar a la gradual implementación del expediente electrónico en el país con resultados muy positivos; al proyecto de ley de reforma procesal que pretende restringir las recusaciones ilimitadas; la elaboración y el control de los planes estratégicos por dependencia judicial en base a metas físicas sobre rendimiento; el fortalecimiento de la oficina disciplinaria de la CSJ, en el marco de lo cual, se podría sumar asimismo la revisión de la extensión de la jornada laboral de los funcionarios judiciales. El desempeño jurisdiccional podría mejorar sensiblemente con el simple sometimiento de los funcionarios del poder judicial a los designios de la ley de la función pública en lo que respecta a la carga horaria que deben cumplir, entendiéndose por funcionarios, inclusive a los Magistrados Judiciales como un todo.

En suma, no se podrá afirmar que la actual jornada de trabajo de los funcionarios judiciales constituye la única, menos aún la principal causa de la mora judicial, sin embargo en el marco del proceso de reivindicación de este poder del estado, deviene imperativo la optimización de la prestación del servicio que presta a la comunidad, y ello se podría conseguir a través del mejor desempeño de sus funcionarios y magistrados judiciales con el simple aumento de la jornada de trabajo de seis a ocho horas, lo que conllevaría necesaria y lógicamente al acrecentamiento de los niveles de rendimiento laboral de las dependencias judiciales de toda la república. A la par de ese mejoramiento, además se estaría arrojando un poco de justicia a la situación desigual en que se hallan los funcionarios públicos en general en relación a los del Poder Judicial, situación que posee fuertes sesgos de inconstitucionalidad.

Los órganos republicanos, que ponen en práctica el estado de derecho en democracia, y en especial el Poder Judicial debe dar un salto cualitativo de manera a reconstruir esa necesaria y adeudada credibilidad social que debiera ser su principal capital, y para ello debiera agotar todos sus esfuerzos rompiendo paradigmas y emulando las buenas experiencias de otros países. En la actualidad la sociedad paraguaya demanda a gritos por una justicia más eficiente. El mayor de los cambios comienza con el primer pequeño esfuerzo, y ese cambio de actitud pudiera representarse de manera simbólica optimizando lo que es inmediatamente posible, regularizando la duración de la jornada laboral de los funcionarios judiciales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

La Justicia Paraguaya en cifras, 2008-2009, Programa “Desempeño Judicial, Transparencia y Acceso a la Información”, CEJ, Centro de Estudios Judiciales.

Diccionario de la Real Academia Española.

REFERENCIAS NORMATIVAS

Constitución Nacional de la República del Paraguay, 1992.

Ley N° 1626/2000, de la Función Pública, Paraguay.

Ley N° 213/1993, Código del Trabajo, Paraguay.

INCLUSIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL NIÑO, NIÑA, ADOLESCENTES E INCAPAZ COMO PRUEBA ANTICIPADA EN EL PROCESO PENAL CUANDO ES VÍCTIMA DE UN ILÍCITO

Prof. Abog. Natalia Ramonita Irala Delgado¹

Prof. Msc. Francisco Javier Martínez Paiva²

Resumen: El objetivo de éste trabajo de investigación es analizar la normativa procesal penal vigente y proponer la recepción en forma anticipada, antes del debate, y con valor probatorio, los testimonios de los niños, niñas, adolescen-

-
- 1 Natalia Ramonita Irala Delgado. Abogada: Egresada de la Universidad Nacional de Itapúa -Encarnación - Promoción 2009- Promedio General 4,74.- Especialista en docencia Universitaria: Egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de Itapúa, Año 2009- Promedio General 4.6. Notaria: Egresada de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Sede Regional Itapúa, Encarnación - Año 2009- Promedio General 4.67.- Escuela Judicial: Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay, Consejo de la Magistratura- Año 2013- Promedio 5.- Operador de Estadísticas, Oficina de Estadísticas de Encarnación. Año 2006. Ascendida a Técnico Jurisdiccional III, en la Oficina de Estadísticas de Encarnación. Año 2008. Comisionada a Coadyuvante de despacho, en el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral de Encarnación, a cargo de la Magistrada María Zunilda Fleitas. Marzo 2011. Comisionada a Coadyuvante de despacho, en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Encarnación, a cargo del Magistrado Miguel Ángel Vargas Díaz. (Marzo 2011- 4 de junio de 2012). Ascendida al cargo de Actuaría Judicial del Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial de la Tercera Circunscripción Judicial de la República. (Año 2011- 2015). Defensora Pública de Encarnación, Itapúa, desde año 2015 hasta la actualidad. Coordinadora de Defensoras Públicas de Itapúa.
 - 2 Francisco Javier Martínez Paiva. Magister: En Derecho Penal, Universidad Técnica y Comercialización y Desarrollo (UTCD), Promoción 2018. - Doctorado: Alumno en Ciencias Jurídicas, Universidad Iberoamericana, Promoción 2019.- Abogado: Egresado de la Universidad Nacional de Asunción - Promoción 2005.- Didáctica Superior Universitaria: Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Pilar, Año 2007.- Notario y Escribano Público: Egresado de la Universidad Nacional de Pilar - Año 2012.- Escuela Judicial: Egresado de la Escuela Judicial del Paraguay, Consejo de la Magistratura- Año 2012.- Especialista: En Derecho Procesal Penal, Universidad Católica Campus Itapúa, Promoción 2019.- Diplomado: En Derecho Penal y Procesal Penal, Escuela Judicial del Paraguay, Promoción 2019.- Auxiliar Fiscal, Ministerio Público en Misiones. Año 2003-2006. Ascendido a Asistente Fiscal Ministerio Público en Misiones. Año 2006-2015. Actualmente, Agente Fiscal del Ministerio Público. Año 2015-2020. Docente Universitario en la Facultad de Derecho, Filial Ayolas, Universidad Nacional de Pilar, Año 2006-2020. Actualmente, Coordinador de la Facultad de Derecho, Filial Ayolas, Universidad Nacional de Pilar, Año 2016-2020.

tes e incapaces que puedan resultar víctimas de un hecho punible de cualquier índole. La información o datos que pudieran aportar al proceso penal en su involucramiento con este, podrían ser gravitantes para la dilucidación del hecho, sin embargo, su consideración de personas **más vulnerables**, impone que ese acto o diligencia se realice de tal modo que les evite un mayor sufrimiento al que el propio ilícito les generó. La propuesta se aboca a evitar la revictimización secundaria, así como a la conservación de la prueba, y ello a través de la recolección de datos instrumentales, de caracteres cualitativos y descriptivos, realizados en revisiones legales. Por lo que, en apretada **síntesis se propone incluir dichos testimonios** en el artículo 320 del Código Procesal Penal paraguayo.

ETAPAS DEL PROCESO PENAL PARAGUAYO

De acuerdo a la doctrinaria (Alvarez Buján, 2015), quien cita a (Gimeno Sendra, 2013) el proceso penal es: “el instrumento que la jurisdicción tiene para la exclusiva aplicación del Ius Puniendi del Estado”, en tal sentido podemos afirmar que dicho proceso está estructurado en etapas bien definidas que se rigen por los principios consagrados tanto en nuestra Carta Magna como en nuestro código ritual, dichas etapas difieren de las que poseen otros procesos que pertenecen a fueros distintos al penal y de acuerdo al sistema Acusatorio que adopta nuestra legislación penal, las podemos dividir fundamentalmente en tres etapas o fases: investigativa, preliminar o intermedia y juicio Oral y Público. Ello sin dejar de mencionar, que algunos autores también agregan como etapas del proceso penal a la recursiva y a la de ejecución penal.

La etapa investigativa o preparatoria se encuentra a cargo del Ministerio Público Fiscal, que representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado, función que le es impuesta por la Constitución Nacional (Paraguay, 1992), la que regula además sus deberes y atribuciones en su artículo 268, reglamentadas a su vez en la Carta Orgánica del Ministerio Público (Ley N° 1562, 2000). Dicha fase tiene por finalidad demostrar la existencia o no de un hecho punible de acción penal pública, determinar los autores o partícipes del ilícito y recolectar los elementos de convicción que serán ofrecidos para sostener el requerimiento fiscal. En tal sentido el órgano acusador puede llegar a la convicción de la existencia del hecho delictuoso, de su autor y obtener la información con la que justificar dichos extremos, en cuyo caso formulará la acusación respectiva a efectos de la elevación de la causa a

juicio oral y público, o también puede ocurrir, que pese a reunir todos dichos actos o diligencias, opte por solicitar otros tipos de requerimientos y no necesariamente la acusación por antonomasia, que son denominadas en el código ritual como salidas alternas al proceso penal, ya que nuestro sistema que deriva del Código Penal Alemán, no pretende que todos los hechos punibles lleguen a etapa de juicio oral y público, sino aquellos que sean más ofensivos a los bienes jurídicos tutelados.

Por otra parte, tenemos a la segunda etapa del proceso penal, denominada Preliminar o Intermedia, que constituye una fase de control y depuración de la investigación llevada a cabo por el Representante del Ministerio Público, y que se encuentra a cargo de un Juez Penal de Garantías cuyas funciones están establecidas en el Art. 352 y siguientes del Código Procesal Penal. Para Llanes (2005) “La etapa intermedia es una fase procedimental, situada entre la investigación y el juicio oral, cuya función primordial es determinar si concurren o no los presupuestos para la apertura del juicio oral”.

En consonancia con lo señalado, la Excm. Corte Suprema de Justicia ha sostenido en el Acuerdo y Sentencia N° 248 del 3 de mayo de 2018 (Constitucional, 2018) que en el sistema penal, la investigación fiscal tiene un contralor, siendo este el Juez Penal de Garantías, quien en la audiencia preliminar ejerce el último control, debiendo velar por el cumplimiento de las garantías del justiciable y no delegar esa función al Tribunal de mérito en caso de la elevación de la causa a juicio oral y público.

La tercera etapa, es la del Juicio Oral y Público, y constituye la fase central sobre la cual se edifica el sistema acusatorio, se encuentra a cargo de un Tribunal de Sentencia, compuesto por tres jueces que deben decidir sobre la absolución o condena del encausado, previo contradictorio que se desarrolla entre las partes, en las que cada una de ellas, constituida por el Ministerio Público, la querrela adhesiva en su caso y la Defensa, pretenden demostrar su hipótesis del caso o estrategia defensiva. El trámite de esta etapa está regulado en el Título III “Juicio Oral y Público”.

De acuerdo a lo señalado por los autores (Vázquez Rossi & Centurión, 2014) se puede concluir que el juicio es necesario e imprescindible para la aplicación del Derecho Penal, y que en él rigen principios tales

como la contradicción, la concentración, la oralidad, continuidad y publicidad de las audiencias, donde además se deben producir las acreditaciones y alegaciones de los intervinientes.

PRINCIPIOS

Como se dijo precedentemente, la actividad probatoria se desarrolla de ordinario en la última etapa del proceso penal, la del Juicio Oral y Público, y solo excepcionalmente –en el caso de las pruebas anticipadas– se las practica antes de esa oportunidad, ya que todo lo que le antecede únicamente constituyen diligencias investigativas y se desarrollan en la fase preliminar.

El proceso penal como todos los pertenecientes a los demás fueros de los cuales puedan derivar una pena o sanción para una persona, está erigido sobre principios que lo gobiernan y de los cuales no se puede apartarse so pena de afectar derechos y garantías establecidas en favor del justiciable. Esos principios primigeniamente están establecidos en la Constitución Nacional, específicamente en los artículos 16 y 17, por el primero de los mencionados se establece el derecho de la defensa en juicio, el que resulta inviolable, además prevé el derecho a ser juzgado por jueces y tribunales competentes, imparciales e independientes; por el segundo de los artículos señalados, se consagra el principio de inocencia; el de ser juzgado en juicio público sobre la base de una ley anterior al hecho del proceso; el de no ser juzgado por tribunales especiales; ni ser juzgado más de una vez por un mismo hecho; el de ser defendido por sí mismo o por un abogado de su elección y a que el Estado le provea de uno gratuito en caso de no contar con medios para solventarlo; a ser comunicado de la imputación en su contra y contar con medios, copias, plazos para su defensa; a ofrecer, practicar, controlar e impugnar pruebas y que no se le opondan pruebas o actuaciones obtenidas en violación a las disposiciones jurídicas; el acceso a las actuaciones, a una decisión en un plazo razonable, entre otros.

Además de estar consagrados en nuestra Carta Magna, los principios o garantías aludidos, a su vez se encuentran reglamentados y regulados en nuestro Código Procesal Penal, la Ley N° 1286, y muchos de ellos se refieren al proceso en general y otros son propios de las etapas que lo conforman. Están expresados en la Primera Parte, Parte General, el Libro

Preliminar, Título I bajo el acápite Principios y Garantías Procesales. Así los tenemos preceptuados en los primeros 13 articulados, empezando por el relativo al Juicio Previo, en él se hace alusión a que nadie puede ser juzgado sin un juicio previo fundado en una ley anterior al proceso, realizado de acuerdo a los derechos y garantías establecidos en nuestra Constitución Nacional, Derecho Internacional vigente y a las normas del Código, estableciendo a su vez en esa misma disposición ciertos principios que rigen el procedimiento, como los de: oralidad, publicidad, inmediatez, contradicción, economía y concentración. Haremos hincapié en el primer articulado de los citados, porque en él se centran los principios que gobiernan la etapa de juicio oral y público, donde de ordinario se practica la prueba, habiendo ya traído a colación los demás principios cuando hicimos alusión a los establecidos en nuestra Carta Magna.

El principio de Oralidad “significa que en los actos procesales tiene preeminencia la palabra sobre la escritura como forma de expresión y comunicación, entre los distintos sujetos intervinientes en el proceso” mencionando a Huertas, 2005, (pág. 118). Por el de Publicidad se pretende –de acuerdo a lo señalado por el (STEDH 8 de diciembre de 1983)– proteger a los justiciables y lograr la confianza y transparencia en la administración de justicia a través de la participación ciudadana en las audiencias (págs. 89-95).

En cuanto al principio de Inmediación el órgano judicial está en contacto directo tanto con los sujetos y como el objeto del proceso. Por otra parte, por el de contradicción se garantiza la igualdad entre las partes, permitiendo que acusación y defensa participen en un pie de igualdad en la producción de la prueba, control, así como la impugnación, sobre la cual recae el diligenciamiento probatorio, participando en el procedimiento. (Alvarez Buján, 2015). De igual manera por el principio de economía y concentración lo que se busca es que todo el proceso se desarrolle sin dilaciones y dentro de un plazo razonable, promoviéndose la producción de las diligencias probatorias en el menor número de audiencia posibles.

Como se dijo, la oralidad domina nuestro proceso penal y es en la audiencia de juicio oral y público donde se realiza la actividad probatoria, es así que el artículo 370 del Código Procesal Penal paraguayo impone que de esa forma “oral” deben declarar el imputado y todas las

demás personas que participan en el juicio, y de igual manera debe pronunciarse el Tribunal de Sentencia al dictar sus resoluciones en audiencia; estableciéndose como excepciones a dicha oralidad, las hipótesis previstas en el artículo 371 del mismo texto legal, y por tanto pueden ingresar por su lectura en el juicio, –entre ellas– las diligencias que se lleven a cabo como Anticipo Jurisdiccional de Prueba, como lo prevé el numeral 1 de la disposición señalada.

En efecto, todos los demás principios mencionados más arriba, se flexibilizan en las anticipaciones probatorias, como el de intermediación, ya que no es el Tribunal que fallará en la causa, el que recibirá la prueba; el de publicidad, pues la prueba anticipada no se realiza ante las personas que pudieran asistir al juicio, ya que se practica antes de esa oportunidad. Ahora bien, el principio que no puede ceder ni flexibilizarse es el de contradicción, que impone la idea de una fiscalización y una eventual impugnación de la prueba a practicarse en calidad de anticipo probatorio, y así lo ratifica (Chaia, 2013), quien señala: “Se establece como condición de validez de todo adelanto probatorio, que se le permita pública o privada controlar el desarrollo de las medidas de pruebas con el propósito de asegurar su transparencia y el derecho a confrontarlos”. En igual sentido (Jauchen, 1996) enuncia respecto a dicho principio, que la parte contra la que se oponga una prueba debe tener la oportunidad procesal de conocerla y discutirla. Consecuente con ello, nuestra Carta Magna en su Artículo 17 establece en lo pertinente a los derechos procesales del justiciable, que toda persona tiene derecho a que: “...8) que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas; 9) que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas”.

PRUEBA ANTICIPADA EN EL PROCESO PENAL PARAGUAYO.

El proceso penal paraguayo, como se tiene reseñado, está constituido por una serie concatenada de actos que se estructuran en base a etapas, de las cuales una precede a la otra, y tiene como finalidad llegar a la etapa culminante del procedimiento que es la de debate o Juicio Oral y Público, donde se hacen plenamente efectivos parte de los principios que configuran el debido proceso legal, y de cuya lógica consecuencia surge como corolario la sentencia, absolutoria o condenatoria para el

justiciable. Dicho proceso está regido por los principios preceptuados en nuestra Carta Marga, que a su vez son reglamentados en nuestro Código Ritual, de los que nos ocupamos líneas más arriba.

En efecto, lo natural u ordinario es que, en la fase del Juicio Oral, se produzcan los elementos probatorios, pues en ella se hacen efectivos los principios procesales aludidos, y la única excepción se encuentra establecida en el artículo 371 del Código Procesal Penal³.

En efecto, en el inciso 1º de la disposición legal aludida, se prevé a la prueba anticipada como una de las casuísticas, que conjuntamente con la prueba que llamamos preconstituida, podrían incorporarse válidamente al juicio a través de su lectura.

La prueba anticipada está regulada en el artículo 320 del Código Procesal Penal⁴, y constituye de acuerdo a lo expresado por la Profesora (Llanes, 2005), “un adelantamiento de la prueba judicial en forma excepcional, por su carácter urgente, en razón de su irreproducibilidad. Es decir, se produce la prueba propiamente dicha, en etapas anteriores al juicio, porque la información corre peligro de perderse”.

Así en el artículo en mención quedan determinados los casos y presupuestos bajos los cuales puede anticiparse la prueba en el proceso penal, estableciéndose como condiciones de validez, que se traten de

3 **Artículo 371.** Excepciones a la oralidad. Sólo podrán ser incorporados al juicio por su lectura u otros medios: 1) los testimonios o pericias que se hayan recibido conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la comparecencia personal del testigo o perito, cuando sea posible; 2) las declaraciones o dictámenes producidos por comisión o informe, cuando el acto se haya producido por escrito, conforme a lo previsto por la ley y siempre que no sea posible la comparecencia del perito o testigo; y, 3) la querrela, la denuncia, la prueba documental o de informes, y las actas de reconocimiento, registro o inspección realizadas conforme a lo previsto por este código. Todo otro elemento de prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura, no tendrá ningún valor y su inclusión ilegal producirá la nulidad absoluta de todo el juicio.

4 **Artículo 320.** Anticipo Jurisdiccional de prueba. Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, inspección o pericia, que por su naturaleza y características deben ser considerados como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al juez que lo realice. El juez practicará el acto, si lo considera admisible, citando a todas las partes, quienes tendrán derecho de asistir, con las facultades y obligaciones previstas por este código. Si el juez rechaza el requerimiento, se podrá acudir directamente al tribunal de apelación, que deberá resolver sin más trámite y de inmediato, ordenando la realización del acto, si lo considera admisible”.

Actos definitivos e irreproducibles, y tratándose de testimonios, señala que debe existir un obstáculo difícil de superar, por el que se presume no podrá hacerse durante el juicio.

Respecto a los Actos Definitivos e Irreproducibles (Llobet, 2009) señala que el problema radica en la definición que debe darse de dichos actos, para lo cual debe atenderse a su finalidad, y afirma, que no basta con que el acto sea definitivo o irreproducible, sino que debe ser ambas cosas. Para el doctrinario “es definitivo el acto que se puede incorporar al debate sin necesidad de repetirlo, y es irreproducible el acto cuando no se puede llevar a cabo en idénticas condiciones”. (pág. 219). En su comentario al Código Procesal Penal Italiano de 1988, respecto al Art. 392, incisos a y b en que se establecen como casos de prueba anticipada, aquellos en los que existan un obstáculo para que el testigo declare en el debate, y se indica que ellos pueden consistir en la imposibilidad de interrogarlo por estar afectado de una enfermedad otro grave impedimento; o cuando el testigo esté expuesto a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad, a fin de que no declare o declare en falso. Concluye que estos son casos en los que existe el grave peligro de contaminación de la prueba.

El Código Procesal Penal de la Nación Argentina en su artículo 229 legisla el Anticipo de prueba, y lo hace en el capítulo correspondiente al Desarrollo de la Investigación, estableciendo al igual que nuestra normativa nacional sobre la materia, que debe tratarse de un acto, que por sus circunstancias, naturaleza o características, debe ser considerado como definitivo e irreproducible. Igualmente, en la misma disposición determina las hipótesis en las que las partes podrán solicitarlo, como el caso de una declaración que resulte probable no pueda recibirse en el juicio; se trate de un asunto complejo y exista la posibilidad de que el testigo olvidara circunstancias esenciales sobre lo que conoce; y si el imputado estuviera prófugo, fuera incapaz o existiera un obstáculo constitucional y se temiera que el transcurso del tiempo pudiera dificultar la conservación de la prueba.

Por su parte el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, también regula la prueba anticipada, en su Art. 330 a los “Actos definitivos e irreproducibles”, indicando que deberán realizarse conforme a lo reglado en los Arts. 308 y 309. En tal sentido, el Art. 308 de dicho

texto legal, preceptúa que los defensores de las partes tienen el derecho de asistir a registros, reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones, siempre que sean considerados definitivos e irreproducibles.

Asimismo, el Código Procesal Penal de Guatemala, establece como atribuciones del juez durante la etapa preparatoria, actividades de control, entre las que preceptúa a los actos definitivos e irreproducibles que por naturaleza no impliquen una decisión sobre el hecho objeto del proceso, sino el resguardo de las condiciones necesarias para su eventual incorporación en el debate por su lectura, y se pone énfasis en que el anticipo de prueba no está diseñado para trasladar al juez una labor de investigación que es propia del fiscal, ya que con ello se desnaturalizaría el proceso acusatorio (Raúl Figueroa, 2001).

De lo expuesto precedentemente se puede concluir que efectivamente, nuestro Código Ritual permite la incorporación de diligencias en calidad de anticipo de pruebas, siempre que se cumplan con los condicionamientos antes mencionados, y lo regulan en similares términos al orden legal interno en el derecho comparado, ya que con este instituto esencialmente se pretende el aseguramiento de la diligencia probatoria, ante la posibilidad real de su pérdida, pudiendo significar ello un perjuicio tanto para la búsqueda de la verdad como para el justiciable.

INCLUSIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL NIÑO, NIÑA, ADOLESCENTE E INCAPAZ COMO PRUEBA ANTICIPADA.

Reconocida la posibilidad de las anticipaciones probatorias en el proceso penal paraguayo, lo que como se demostró se encuentra regulado en el Art. 320 del Código de Procedimientos Penales, ahora lo que se pretende es introducir dentro de dicha disposición legal, como una de las hipótesis en las que se puede anticipar la prueba; la declaración de un niño, niña, adolescente e incapaz cuando resulten víctimas de hechos punibles, y para justificar que ello es posible y necesario, se analizará por qué esos testimonios reunirían la naturaleza de actos definitivos e irreproducibles y por tanto, por qué a su vez existiría un obstáculo en que su producción en el juicio oral y público se lleve a cabo en idénticas condiciones a las primigenias.

En la cuestión planteada, la naturaleza de definitivo e irreproducible del acto de la declaración testimonial o en su caso el obstáculo para que

la declaración pueda producirse en idénticas condiciones en el debate, estaría determinado en una primera aproximación en el hecho de que aquellas personas son consideradas a nivel universal, como vulnerables, y lo son todos los niños hasta los dieciocho (18) años de edad, ello es así según explican porque aún no ha concluido su crecimiento y desarrollo neurológico, psicológico, social y físico; en tal sentido el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas publicó en 2011 la Observación General N° 13 relativa al derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, en la que ha señalado además que los lactantes y los niños pequeños son los más vulnerables, debido a la inmadurez de su cerebro, todavía en desarrollo y a su completa dependencia de los adultos. Se indicó que, si bien corren peligro los niños de ambos sexos, la violencia suele tener un componente de género.

En igual sentido también son consideradas vulnerables las personas que padecen discapacidades. Las 100 Reglas de Brasilia (2008) entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

La vulnerabilidad a la que se encuentran expuestas por su condición, hace que al ser víctimas de hechos punibles las consecuencias de por sí sean más perniciosas a las que se producen en adultos víctimas de los mismos ilícitos, y es por ello que en su vinculación con el proceso penal, en caso de que su colaboración sea imprescindible, se debe cuidar que esos daños sufridos por esa categoría de personas vulnerables, no se vean acrecentados, lo que se traduciría en evitar la revictimización secundaria, de manera a precautelar su salud integral e intentar su recuperación.

Es por ello que la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, como los órganos encargados de velar por el cumplimiento de sus disposiciones, es decir, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité por los Derechos del Niño, hacen hincapié en la debida diligencia con que los organismos de los Estados deben tratar estos temas y llevar a cabo los procesos de investigación que tengan como víctimas a aquellas personas, y para ello debe darse aplicación a los principios rectores de la Convención sobre los

Derechos del Niño, como lo son: el principio de no discriminación, el del interés superior del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio de respeto a la opinión de la niña/o en todo proceso que le afecte.

En consonancia con lo mencionado, nuestra Carta Magna en su artículo 54 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 y lo debe proteger del abuso, la violencia, el tráfico, etc. Disponiendo que cualquier persona puede exigir el cumplimiento de tales garantías a las autoridades y la sanción de los infractores.

En este contexto, a efectos de conceptualizar la revictimización vamos a hacer alusión a normativas de distintas jerarquías y países, que nos permitirán comprender con mayor precisión su alcance. Así tenemos: Las 100 Reglas de Brasilia (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008) que entre las declaraciones que realiza, específicamente, la regla 12 nos da a entender que la victimización primaria estaría constituida por los efectos negativos que produce el delito en una persona (víctima), mientras que la victimización secundaria sería el incremento de esos efectos perjudiciales, los que surgen como consecuencia del contacto de la víctima con el sistema de justicia, extremo este que justamente las reglas pretenden evitar, y para ello establece como directriz: “Y procurarán garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo). También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial”.

En el mismo sentido, y a modo de ejemplificar lo que podría considerarse como revictimización, el Decreto Presidencial N° 6973/2017, reglamentario de la Ley de Protección Integral a la Mujer contra toda forma de Violencia, contempla una serie de definiciones, entre las que resalta la “revictimización”, entendiéndose por tal: El sometimiento de la persona protegida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas,

responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de parte; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro”.

Así a nivel convencional y de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tenemos el profundo análisis que realiza la Corte en el **CASO V.R.P., V.P.C.** Y OTROS VS. NICARAGUA**, en el que termina condenando al estado nicaragüense por las aberrantes violaciones cometidas en detrimento de los derechos de la menor víctima y de sus familiares, en el proceso penal que tuvo como objeto la investigación y comprobación de los hechos punibles de los que fuera víctima aquella. En este caso se establecen las pautas o parámetros que deben respetarse o ser tenidos en cuenta por los Estados y sus instituciones, para evitar la revictimización de menores que sean víctimas de hechos punibles⁵.

5 i) el derecho a la información relativa al procedimiento, así como los servicios de asistencia jurídica, de salud y demás medidas de protección disponibles; ii) la asistencia letrada, gratuita y proporcionada por el Estado, de un abogado especializado en niñez y adolescencia, con facultades de constituirse en calidad de parte procesal, oponerse a medidas judiciales, interponer recursos y realizar todo otro acto procesal tendiente a defender sus derechos en el proceso; iii) el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, que conlleva un criterio reforzado de celeridad; iv) el derecho de la niña, niño o adolescente víctima a participar en el proceso penal, en función de su edad y madurez, y siempre que no implique un perjuicio en su bienestar biopsico-social. Para ello, deben realizarse las diligencias estrictamente necesarias y evitarse la presencia e interacción de las niñas, niños y adolescentes con su agresor; v) generar las condiciones adecuadas para que las niñas, niños y adolescentes puedan participar de forma efectiva en el proceso penal mediante las protecciones especiales y el acompañamiento especializado; vi) la entrevista deberá llevarse a cabo por un psicólogo especializado o un profesional de disciplinas afines debidamente capacitado en la toma de este tipo de declaraciones de niñas, niños y adolescentes. La Corte resaltó que varios países han adoptado, como una buena práctica, el uso de dispositivos especiales como la Cámara de Gesell o Circuitos cerrados de televisión (CCTV) que habilitan a las autoridades y las partes a seguir el desarrollo de la declaración de la niña, niño o adolescente desde el exterior, a fin de minimizar cualquier efecto revictimizante; vii) las salas de entrevistas otorgarán un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, que les brinde privacidad y confianza; viii) el personal del servicio de justicia que intervenga deberá estar capacitado en la temática, y ix) deberá brindarse asistencia inmediata y profesional, tanto médica como psicológica y/o psiquiátrica, a cargo de un profesional específicamente capacitado en la atención de víctimas de este tipo de delitos y con perspectiva de género.

En efecto, los niños, niñas, adolescentes e incapaces, son per se personas vulnerables, y al ser víctimas de hechos punibles las consecuencias en ellas podrían ser aún mayores, es por ello que su declaración anticipada debe darse en el proceso penal, para evitar exponerlas en lo sucesivo a la rememoración de los hechos y así prever que sean nuevamente victimizadas, haciéndose más difícil su recuperación.

Pero, además, otra finalidad de la declaración anticipada de las personas vulnerables señaladas, estaría dada por la necesidad del resguardo de la prueba, es decir de su testimonio o declaración, ya que como toda la doctrina autorizada lo afirma, en la mayoría de los casos penales en que se encuentran involucrados menores de edad como víctimas, su victimario forma parte de su círculo familiar, lo que muchas veces influye en la conservación o perseverancia del testimonio tal como inicialmente se lo denunció.

Es así que coincidentemente con lo mencionado, y de manera muy acertada, el Código Procesal Penal Italiano, citado en la parte pertinente en el acápite anterior, al considerar las anticipaciones probatorias, habla de aquellas hipótesis en que un testimonio puede verse afectado por amenazas o soborno, o haya preexistido violencia.

De igual manera lo hace el Código Procesal de la Provincia de Córdoba, el que al regular los actos definitivos e irreproducibles, dispone que los testimonios que revisten esa calidad son aquellos provenientes de personas que por estar afectado por una enfermedad u otro impedimento no podrán presumiblemente deponer durante el juicio, o exista un peligro de que puedan luego ser inducidos a falsear su declaración. En igual sentido al señalado, se establecen parámetros en el Código Procesal Penal de la República Argentina, específicamente en su artículo 221 bis (Codigo Procesal Penal, 2004).

En este contexto es dable traer a colación, asimismo, que la Comunidad Europea ha adoptado una Ley N° 4/2015, denominada “Estatuto de la Víctima del Delito” que pretende dar no solamente una respuesta jurídica a aquellas sino además una social, es decir, como lo señala en su preámbulo no solo reparadora del daño en el marco de un proceso penal sino también minimizadora de efectos traumáticos en lo moral. Es así que específicamente en su artículo 26, aborda a víctimas menores de edad y víctimas con discapacidad, estableciendo que en esos casos

se buscará evitar o limitar que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio sean menos perjudiciales a las mismas, por lo que recomienda la grabación de los testimonios de esas víctimas, para su posterior reproducción en el juicio, la que se recepcionará por expertos. De la misma manera propone la designación de un defensor específico para la víctima del delito cuando se den las circunstancias que la misma ley determina. En ese mismo sentido, la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, contiene varias disposiciones tendientes a evitar la confrontación de la víctima con el inculpado, así como aconseja la grabación del testimonio de la víctima por cualquier medio técnico, y su recepción por un experto, pero siempre permitiendo de alguna manera, la contradicción a los efectos de precautelar los derechos de la defensa, pues en estos casos se pondera el derecho o interés superior del niño versus los principios y garantías que definen a un proceso justo. Sus disposiciones pretenden, por ejemplo, en el 325, 448 y 707, prevenir el perjudicial efecto derivado, primero de la evocación de actos que puedan erosionar el proceso de madurez del niño, después, de la confrontación visual entre el agresor y su víctima.

En tal inteligencia podemos citar: "...como se ha argumentado por los especialistas, no se trata solo de consideraciones victimológicas, que por sí mismas serían suficientes, sino que también concurren poderosas razones epistémicas que aconsejan esa práctica: se elude el riesgo de empobrecimiento de los testimonios ocasionado por el transcurso del tiempo o de contaminación a los que se muestran especialmente permeables los testimonios de niños de corta edad. La concurrencia de un profesional experto en la realización de esas entrevistas tiene un valor especial, aunque desde luego resulta irrenunciable la dirección y supervisión judicial, y la contradicción asegurada por la presencia de todas las partes". (Sentencia del Tribunal Especializado en Derechos Humanos, 2002)

Ahora bien, entre los métodos para evitar la revictimización secundaria y resguardar la prueba, se hace alusión a aquel que actualmente se encuentra en boga por sus mejores resultados, como lo es la Cámara Gesell. Esta forma de llevar adelante la obtención de la información, fue estudiada por mucho tiempo, siendo su creador el estadounidense Arnold Gesell, de allí su nombre, y lo hizo a partir del estudio del desarrollo de niños. La técnica consistió en la construcción de dos estructuras

diferenciadas una de otra por medio de un vidrio de la cual desde una de las habitaciones se puede observar lo que sucede en la otra, pero de la habitación donde se encuentra el niño no se puede observar, siendo la divisoria espejo para el niño y que puede observarse a sí mismo. Dándose de ésta manera la posibilidad de observar el desarrollo y comportamiento de un niño dentro de un ambiente sin tener la presión de la presencia de un adulto que lo lleva a desenvolverse de manera natural y en una elevada cantidad de situaciones puede abrirse y comentar a la facilitadora de la conversación, los hechos que le ha pasado y los hechos que de alguna forma ya se conocía y sería más complicada y difícil su conocimiento directo de parte de la víctima si se espera obtener del niño, niña o adolescente utilizando las herramientas ordinarias de obtención de información ocurrida.

De todo lo antedicho surge, la necesidad de la inclusión de la declaración del niño, niña, adolescente e incapaz como prueba anticipada en el proceso penal cuando los mismos resulten víctimas de un hecho punible, y en la ponderación de la gravedad del hecho y del perjuicio ocasionado el investigador siempre estará asesorado por el profesional del área respectiva, a fin de tomar la decisión de la realización de la diligencia de la prueba en la manera propuesta.

De la manera expuesta, y con la inclusión propuesta, se estará igualmente adecuando el derecho interno a las disposiciones, fallos y directrices Convencionales, de acuerdo a la obligación asumida por el Estado, con la suscripción de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos.

CONCLUSIÓN

De la presente investigación podemos concluir que si bien el proceso penal paraguayo se haya estructurado en distintas etapas; investigativa, intermedia y la de juicio oral y público, las que se hayan regidas por principios procesales, es en esta última fase en la que se produce la prueba que llevará a la absolución o condena del encausado.

Se determinó que existiendo la posibilidad legislativa de las anticipaciones probatorias, reguladas en el artículo 320 del Código de Procedimientos Penales Paraguayo, es decir, que la prueba se produzca antes de la etapa del debate bajo ciertas condiciones, también resulta factible

dentro de las hipótesis que prevé dicha normativa, la inclusión de la declaración del niño, niña, adolescente e incapaz, de manera a evitar su revictimización en su contacto con el proceso penal y a fin de preservar la prueba. Debiendo realizarse ello con la debida técnica, y recepcionada por un experto en la materia, y cumpliéndose fundamentalmente con el principio de contradicción de la prueba. Todo lo cual redundará en beneficios para la búsqueda de la verdad, la protección de la víctima y las debidas garantías del justiciable.

REFERENCIAS

- Useche, P. M. (1995). Victimología y Víctima, una perspectiva crítica. *Política Criminal*, 135.
- Mateus, M. H. (1993). *La víctima un estudio sobre victimología*. Ed. Presencia Ltda.
- Llobet, J. (2009). *Código Procesal Comentado*. Jurídica Continental.
- Jauchen, E. (1996). *La Prueba en Materia Penal*.
- Llanes, M. C. (2005). *Manual de Litigación Oral*. INECIP.
- Paraguay, C. P. (1998). *Código Procesal Penal*. Paraguay.
- Sancinetti, M. (2010). *Acusaciones por abuso sexual, Principio de igualdad y Principio de Inocencia*. Abeledo Perrot.
- Sevilla, A. R. (2020). Los desafíos de la entrevista única en Cámara Gesell. *Derecho y cambio social*.
- Diges, M. (2014). La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos. *Aequitas*, 13-55.
- Magi, M. Z. (s.f.). La Cámara Gesell en la investigación de delitos sexuales.
- Cafferatta Nores, J. I. (2002). *La Prueba en el Proceso Penal*. De Palma.
- Kronawetter Zarza, A. E. (2015). Teoría de la prueba. *Manual de la Prueba Procesal*.
- Pereira Paredes, L. M. (2016). La víctima, su naturaleza jurídica y alcances. La trascendencia de la víctima en el proceso penal. *Revista Jurídica CEDUC*.
- Kronawetter Zarza, A. (2015). La víctima en el sistema penal. *Manual de Derecho Procesal Penal*.
- Kronawetter Zarza, A. (2015). Los medios de prueba en particular. *Manual de Derecho procesal penal*.
- Alvarez Buján, M. V. (2015). Reflexiones Críticas en torno a la prueba en el proceso penal español: especial referencia a la prueba preconstituida. *Investigación predoctoral*, 5-10.
- Gimeno Sendra, V. (2013). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex.
- Paraguay, C. N. (1992). *Constitución Nacional Paraguaya*.
- Ley N° 1562, O. d. (2000). *Ley N° 1562*.
- Constitucional, C. S. (2018). *Acuerdo y Sentencia Número 248*. Asunción.
- Macchi, J. I. (2000). *Preguntas básicas sobre el nuevo Código Procesal Penal*. Asunción: Intercontinental.

- Vázquez Rossi, J. E., & Centurión, R. F. (2014). *Código Procesal Penal Comentado*. Asunción: Intercontinental.
- Huertas, M. (2005). *El Sujeto pasivo*. Valencia.
- STEDH 8 de diciembre de 1983, c. A. (3 de junio de 2002). STS 1027/2002., Valencia, España.
- Chaia, R. A. (2013). *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Hamurabbi.
- Raúl Figueroa, S. (2001). *Código Procesal Penal Concordado y Anotado con la Jurisprudencia Constitucional*. Guatemala: F&G Editores.
- Sentencia del Tribunal Especializado en Derechos Humanos. (02 de Julio de 2002). STEDH. Suecia.
- Comité de los Derechos del Niño. (s.f.). *Observación General N° 13*.
- Código Procesal Penal. (2004). *Código Procesal Penal argentino*.

PRINCIPIO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN PARAGUAY

Blas Javier Galeano Rodríguez¹

Resumen. La buena administración no sólo se erige como un principio sino también como un derecho fundamental y a su vez como límite al poder público, que supone la idea de considerar como eje central a la persona como ciudadano y como usuario, en el que su actuación y participación es activa, y a partir del cual se debe estructurar la actividad administrativa. Circunscribiéndonos a la administración pública en el Paraguay, actualmente la percepción de confianza de los ciudadanos hacia la misma es baja y por ende negativa, por lo que los organismos estatales se han visto obligados a implementar una serie de reformas consideradas inéditas a fin de aumentar la transparencia en materia de gestión y desarrollo y la participación ciudadana en igualdad de derechos, lo que implica desterrar prácticas tradicionales de prebendarismo, clientelismo e intercambio de favores.

PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Antes de entrar propiamente en el estudio de la buena administración como principio, debemos desentrañar el significado y alcance de la terminología que la componen.

En las primeras concepciones, administrar significaba regir o gobernar, en el que se confundía con las funciones políticas, gubernamentales y religiosas encomendadas al jefe de la tribu, rey o ministro de culto.

Se desconoce con exactitud el momento desde que se utilizó el término de administración, pero lo más probable es que la noción se utilizó para contrastar el poder de los magistrados frente al de los ministros en la era de la república.

El término administración en su sentido etimológico posee una diversidad de significados, para algunos autores proviene de las expresio-

¹ **Blas Javier Galeano Rodríguez.** Abogado, egresado de la Universidad Tecnológica Intercontinental, sede Caaguazú, promoción 2007. Egresado de la Escuela Judicial, Consejo de la Magistratura, promoción 2018., Magíster en Derecho Penal y Procesal penal, egresado de la Universidad Tecnológica Intercontinental, sede Caaguazú, promoción 2019. Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Iberoamericana del Paraguay, cursando actualmente el segundo año.

nes latinas “*administratio*” y “*administrare*”, de “*ad*” y “*ministrare*”, que significa servir a, haciendo alusión a la idea de acción. En tanto que el término “*ministrate*” proviene de “*minister*” compuesto de “*minus*” comparativo de inferioridad, y “*ter*” que sirve como término de comparación. Por lo que “*minister*” hace alusión a una actividad subordinada.

Por lo que administración denota la idea de cumplir una función bajo el mandato de otro, prestar un servicio a otro.

Con el advenimiento de la revolución industrial, el término de administración evolucionó, considerándose equivalente a organización, gestión, dirección, entre otros.

Meilan Gil sostiene que

“El adjetivo buena referido a la administración como actividad, más que como estructura y organización, posee consciente o inconscientemente una connotación ética. En esa dirección podría llegar a concluirse que lo ético en la Administración pública coincide con el cumplimiento del fin que justifica su existencia, en la realización del Derecho, teniendo en cuenta que se trata de una actividad humana. Solo las personas son responsables éticamente”².

En tanto, que el origen etimológico de la palabra pública, lo encontramos en Grecia con la denominación de “*polis*” dando origen a su vez a la palabra política; en Roma encontramos “*populus*” que significa pueblo derivado de la raíz “*pul*” y el concepto de Estado como “*res publica*”.

Tanto en Roma como en Grecia el Estado posee una función orientada a la satisfacción de necesidades que conllevan un carácter público y por ende, colectivo.

Conformada las ideas acerca del sentido etimológico de los términos administración y pública, ahora pasamos a la definición y elementos de la conjunción de ambas palabras.

Sánchez González cita a Félix Nigro, para hacer referencia a una de las definiciones clásicas más completas por los elementos, características y el perfil de estudio que incluye. Administración Pública, es:

- a) *“El esfuerzo cooperativo de un grupo en el marco de actividades de carácter público.*

2 José Luis Meilán Gil, “*El paradigma de la buena administración*”, (Madrid: Iustel, 2013), p. 237.

- b) *Abarca las tres ramas del poder – ejecutiva, legislativa y judicial – y sus interrelaciones.*
- c) *Juega un papel importante en la formulación de la política pública y en consecuencia es parte del proceso político.*
- d) *Es diferente de la administración privada por varios motivos significativos.*
- e) *Guarda estrecha relación con los numerosos grupos privados y los sujetos individuales a la hora de suministrar servicios a la comunidad³.*

Por su parte el Prof. Dr. Ramírez Candia, define jurídicamente la Administración Pública como “*el conjunto de entidades y órganos que se establecen en un orden jurídico determinado para la realización de las actividades administrativas del Estado*”⁴.

No existe una definición con validez universal, pero sí de aceptación generalizada por abarcar tanto el objeto de estudio (materia) como su estudio del objeto (disciplina).

BUENA ADMINISTRACIÓN COMO PRINCIPIO

En términos sencillos una buena administración es aquellas en la que se cumplen las funciones que le son propias a la democracia.

Y en este sentido, en nuestro país la obtención de la democracia es de recién data, hemos vivido largos años de autoritarismo y dictadura, en el que la administración pública estaba al servicio de unos pocos, es decir al servicio del poder y al mantenimiento del mismo, por lo que no ha servido ni al pueblo y mucho menor al interés general.

Para abordar la buena administración, se debe hacerlo desde la esfera del papel de la ética, la participación ciudadana y el contacto real de la administración con la sociedad en general. “*Es este elemento el que permitirá que el aparato estatal se pueda adaptar eficazmente a los cambios sociales, pues es claro que una buena administración y gobierno*

3 José Juan Sánchez González, *La administración pública como ciencia: Su objeto y su estudio*, (México: Plaza y Valdés Editores, 2001), p. 120.

4 Manuel Dejesús Ramírez Candia, “*Derecho Administrativo*”, (Asunción: Ed. Litocolor S.R.L., 2004), p. 69.

*constantemente tienen una deuda pendiente con la realidad, pues solo desde ella se puede mejorar el presente para construir un mejor futuro*⁵”.

Julio Ponce Solé muy acertadamente expone que:

*“La idea de una buena administración incorpora, por sí misma, la necesidad de que al ejercerse poder público (por el gobierno o la Administración) dicho ejercicio se vehicule mediante un procedimiento de toma de decisión que permita garantizar el análisis y la toma en consideración diligente y con el debido cuidado de los hechos, derechos e intereses relevantes y la no consideración de los irrelevantes*⁶”.

La buena administración significa, por tanto, actuar correctamente, centrarse en el ciudadano como usuario, ser abierto y responsable, actuar con transparencia y en proporción, con una planificación correcta y la búsqueda de la mejora continuada.

La buena administración como principio es de origen europeo, de reciente consideración, el profesor Julio Ponce Soler en su trabajo titulado “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, postula el advenimiento de “un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI. Expone la idea de “buena administración” que se refiere al modo de gestión administrativa, que se incumple con la gestión negligente o la corrupción.

NOTAS CARACTERÍSTICAS

El principio de la buena administración exige de las autoridades administrativas que tanto sus decisiones como sus acciones sean adoptadas en el marco de la objetividad y que a su vez éstas sean congruentes con el interés público.

A su vez el principio de buena administración se erige como una limitación al poder público, constituyéndose en un control de la discrecionalidad.

Y al hacer referencia a la discrecionalidad, traemos a colación lo expuesto por Schmidt-Assmann:

5 Nicolás Cabezas, *La buena administración como visión multidisciplinaria y sistemática de las garantías ciudadanas*, (Revista Digital de Derecho Administrativo, N° 21, nov. 2019).

6 Julio Ponce Soler, *El derecho a una buena administración y el derecho administrativo Iberoamericano del siglo XXI, buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción*, (Buenos Aires: Ed. Asociación de Docentes, 2016), p.237.

*“Discrecionalidad no significa libertad de elección. La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que como poder en todo momento dirigido por el Derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actuación, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada (...). Por consiguiente, la discrecionalidad encierra un mandato de actuación a la administración enderezado a la consecución de racionalidad y estructurado a través de una serie de variados parámetros. Para que este mandato sea ejercido correctamente no se requiere sólo que la Administración no incurra en vicios jurídicos, pues la corrección de la actividad administrativa exige, además, que se cuiden los recursos disponibles y se propicie su aceptación por parte de sus destinatarios”*⁷.

De lo expuesto más arriba se colige que la administración pública debe ser ejercida en el marco de lo proscripto por las leyes, que encierra un mandato de actuación, y que a su vez debe de utilizar en forma razonable los recursos disponibles para la consecución de sus fines.

En tanto que la transparencia apunta a la participación activa de los ciudadanos como derecho, a fin de evaluar y limitar la actividad pública, y también cumple una función importante al momento de prevenir la corrupción traducida ésta en el monopolio del uso del poder.

DESAFÍOS Y EXPERIENCIAS

La globalización y el desarrollo económico hacen imprescindible la modernización de la administración pública, que a su vez supone la idea de desterrar viejas prácticas tanto por funcionarios públicos como también por parte del usuario.

Haciendo una mirada a sistemas judiciales más avanzados, nos remitimos a las directrices de la Unión Europea (UE) en el que la Comisión está estableciendo unos parámetros en término de política para reforzar la protección de los denunciantes a nivel de la UE y propone una “Directiva sobre la protección de las personas que denuncian infracciones del Derecho de la Unión”. A tal efecto, se inspira en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la libertad de expresión y la Recomendación del Consejo de

⁷ Schmidt-Assmann, *Teoría general del derecho administrativo como sistema*, (Marcial Pons, 2003), p. 347.

Europa relativa a la protección de denunciantes de 2014 que establece principios para guiar a los Estados a la hora de introducir o revisar normas para los denunciantes que denuncien o divulguen información sobre amenazas o daños para el interés público⁸.

La propuesta de la Comisión relativa a una Directiva establece unas normas mínimas para la protección de los denunciantes en ámbitos en las que hay una clara dimensión comunitaria y en las que el impacto de la aplicación es mayor⁹. Estas directrices se resumen en: a) Reforzar la aplicación de la legislación de la UE y proteger la libertad de expresión, b) Mejor protección de los intereses financieros de la UE, c) Contribuir a un mercado único justo y que funcione adecuadamente.

En directrices anteriores, estipula normas y sanciones aplicables a los conflictos de intereses, algunos Estados miembros cuentan con una normativa específica aplicable a una amplia gama de puestos de cargos públicos elegidos y nombrados, así como con agencias especializadas encargadas de llevar a cabo los controles; la legislación sectorial, como la relativa a la contratación pública, también aborda el conflicto de intereses¹⁰.

En el contexto nacional, la administración pública en Paraguay posee rasgos evidentes de clientelismo, prebendarismo e intercambio de favores. No podemos obviar que se han producido ciertas reformas de política pública, pero se requiere de cambios profundos y reales, que no sólo queden plasmados en ideales y papeles.

Además, la idea generalizada y que perdura a través de los diferentes gobiernos de nuestro país, es que la ineficacia del funcionario público constituye el principal problema de la administración pública, denotando la falta de profesionalidad y competencia.

“El problema de fondo es que el modelo prebendario y clientelar forma parte de un sistema global, por lo que su cambio supone una reingeniería del Estado en su conjunto. Esto necesita acciones con fuerte voluntad de

8 Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: Reforzar la protección de los denunciantes en la UE*, (Bruselas: ES, 2018), p. 8.

9 Ídem, p. 1.

10 Unión Europea, *Lucha contra la Corrupción: Fichas Temáticas del Semestre Europeo* (2000), p. 16.

transformaciones y modernizaciones capaces de sostenerse en el tiempo, más allá de los Gobiernos de turno¹¹”.

Al respecto debemos de analizar la percepción a cerca de las personas que conforman las instituciones, el funcionario público, desde dos aristas, su acceso a la función y su promoción profesional.

Se evidencia ciertos avances en el país, al ofrecer empleo público a toda la ciudadanía, a través de los llamados a concurso, pero la realidad y la percepción ciudadana es negativa, considerándola como un procedimiento meramente burocrático y superficial, quedando los postulantes insatisfechos, accediendo nuevamente a los puestos jerárquicos y de mayor relevancia los denominados “recomendados”.

Los funcionarios públicos que en la mayoría de las ocasiones acceden a un puesto de trabajo no por la idoneidad ni la preparación académica, sino por recomendación política, tienen como consecuencia directa que al prestar el servicio a los usuarios no respondan eficientemente.

Marcello Lachi, en su documento de trabajo sobre la función pública en Paraguay, refiere:

“El funcionario público no tiene ningún estímulo para trabajar con calidad y esmero. En primer lugar su esfuerzo difícilmente será premiado, ya que la carrera administrativa, es decir la posibilidad de subir en la escala de cargos y responsabilidades (y consecuentemente de salario), sustancialmente no existe; y las recategorizaciones no dependen de la calidad el trabajo realizado por el funcionario, sino de las relaciones que éste tiene con la autoridad o la conducción administrativa, que podrán ser de parentesco, de pertenencia al mismo movimiento político, de amistad o de adulación, siendo estos los elementos que influirán en su crecimiento profesional¹²”.

En este contexto es importante hacer mención de la Carta Iberoamericana de la Función Pública que data del año 2003, que considera la profesionalización de la función pública como una condición necesaria para brindar servicios públicos de calidad a los ciudadanos, ésta profe-

11 Carmen Ayala y otros, *La administración Pública paraguaya: una radiografía*, (Asunción: Secretaría de la Función Pública, 2012), p. 16.

12 Marcello Lachi, *La función pública en Paraguay*, (Asunción: Centro de Estudios y Educación Popular Germinal, 2010), p. 13.

sionalización conlleva una serie de atributos como el mérito, la capacidad, la vocación de servicio, la eficacia en el desempeño de su función, la responsabilidad, la honestidad y la adhesión a los principios y valores de la democracia.

El preámbulo de la Carta Iberoamericana de la Función Pública establece que:

“Para hacer posible la existencia de sistemas de tal naturaleza es necesario que la gestión del empleo y los recursos humanos al servicio de los gobiernos incorpore los criterios jurídicos, organizativos y técnicos, así como las políticas y prácticas que caracterizan a un manejo transparente y eficaz de los recursos humanos”.

Como se puede apreciar nuestro país posee las herramientas necesarias para erradicar prácticas ambiguas e innecesarias, la clave se encuentra en la aplicación correcta y transparente tanto para el ingreso, la permanencia y la estabilidad laboral, la profesionalización, la promoción y la desvinculación.

“La falta de eficiencia y eficacia de la administración pública paraguaya no puede ser imputado exclusivamente a los funcionarios públicos y a su supuesta falta de profesionalidad y competencia en el trabajo, como muchas veces hemos escuchado en el pasado; sino que se origina de una amplia serie de factores, que aunque de diferente origen, acaban por interactuar uno con el otro hasta llevar al resultado conocido: una administración pública que no cumple con su rol de servidor público de la ciudadanía y que presenta constantemente bajos niveles de eficiencia, eficacia, transparencia e integridad; una administración pública, en pocas palabras, que no sirve al desarrollo armónico de una nación¹³”.

El gran desafío en la buena administración, no sólo se reduce al recurso humano que se encuentra frente a las instituciones públicas, sino que, además, se refiere a la derrota del triángulo de la ineficiencia que está constituido por la deficiente organización de las oficinas públicas, la ausencia de recursos económicos e infraestructuras adecuadas y un personal público sin estímulos para actuar con eficiencia y eficacia en el trabajo.

13 Idem, p. 15.

En ese sentido, el funcionario público al servicio de las instituciones y de los usuarios, necesitan de ciertos medios y condiciones de trabajos adecuados para poder desempeñar con eficacia su tarea, y de esta forma poder consolidar una buena administración.

CONCLUSIONES

Los intentos de construir la transparencia en el ámbito de la administración pública en nuestro país se han visualizado a través de las Leyes N° 5.189/14 “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”, y 5.282/14 “De libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental”, pero en la práctica no se han materializado en su totalidad, puesto que la percepción de corrupción sigue latente en las diferentes instituciones de la administración pública.

Los altos niveles de corrupción influyen de manera negativa en la confianza y credibilidad en las instituciones de administración pública, constituyéndose en la piedra angular que obstaculiza la relación entre ciudadano y estado.

Aún se encuentran arraigadas prácticas tradicionales por lo que se percibe la necesidad de cambios profundos y reales, que no sólo queden plasmados en ideales y en papeles. La ciudadanía exige cambios sociales, políticos e institucionales, que destierren las tradicionales prácticas de corrupción, impunidad y abuso de poder.

Por lo que, para erradicar estas prácticas que coadyuvan a la mala administración judicial, el Estado requiere de voluntad política y así poder arbitrar medidas e instrumentos eficaces para detectar, prevenir, reprimir y sancionar la corrupción.

En atención a lo expuesto, se concluye:

Primero. Se debe estimar la situación, a fin de conocer el nivel de corrupción y las formas que adopta, esto se puede dar desde la percepción de la ciudadanía a través de encuestas.

Segundo. La adopción de medidas preventivas como pilar fundamental para la lucha contra la corrupción con el objeto de reforzar la integridad en el sector público, basadas en un diagnóstico certero de los

riesgos y las debilidades del sistema, con especial énfasis en las situaciones como el conflicto de intereses, el clientelismo y el prebendarismo. Así también, la transparencia como instrumento para lucha contra la corrupción.

Tercero. Examinar la administración pública, en lo concerniente a contrataciones públicas, el recurso destinado, la cantidad de personal requerido y el cumplimiento de los requisitos tanto para el acceso, como la permanencia y la promoción profesional.

Cuarto. Para una buena administración es indispensable que el factor humano que la compone, sea calificada, es decir, se requiere de funcionarios aptos y eficientes basados en la idoneidad, y por la otra parte también se requerirá de buenos ciudadanos, que evalúen y participen activamente en la administración, coadyuvando a desterrar viejas prácticas que monopolicen el poder público.

A fin de cumplir eficientemente con su cometido, estos servidores públicos necesitarán de los medios y recursos adecuados para prestar los servicios eficientemente, y como ya lo mencionábamos en el desarrollo del trabajo, se requerirá derrotar del triángulo de la ineficiencia que está constituido por la deficiente organización de las oficinas públicas, la ausencia de recursos económicos e infraestructuras adecuadas y un personal público sin estímulos para actuar con eficiencia y eficacia en el trabajo.

Quinto. Se debe reprimir y sancionar la corrupción drásticamente, dotando al sistema judicial de autonomía real, a fin de administrar justicia con objetividad e imparcialidad y sin influencias de ninguna índole.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ayala, Carmen y otros, *“La administración Pública paraguaya: una radiografía”*, Asunción: Secretaría de la Función Pública, 2012.
- Cabezas, Nicolás, *“La buena administración como visión multidisciplinaria y sistemática de las garantías ciudadanas”*. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 21, noviembre 2019.
- Carta Iberoamericana de la Función Pública de 2003.
- Comisión Europea, *“Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: Reforzar la protección de los denunciantes en la UE”*, Bruselas: ES, 2018.

- Ley N° 5.189/14 “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”.
- Ley N° 5.282/14 “De libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental”.
- Marcello Lachi, “*La función pública en Paraguay*”, Asunción: Centro de Estudios y Educación Popular Germinal, 2010.
- Meilán Gil, José Luis, “*El paradigma de la buena administración*”, Madrid: Iustel, 2013.
- Ponce Soler, Julio, “*El derecho a una buena administración y el derecho administrativo Iberoamericano del siglo XXI, buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción*”, Buenos Aires: Ed. Asociación de Docentes, 2016.
- Ponce Soler, Julio, “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, Buenos Aires: REDA, 2016.
- Ramírez Candia, Manuel Dejesús “*Derecho Administrativo*”, Asunción: Ed. Litocolor S.R.L., 2004.
- Sánchez González, José Juan “*La administración pública como ciencia: Su objeto y su estudio*”, México: Plaza y Valdés Editores, 2001.
- Unión Europea, “*Lucha contra la Corrupción: Fichas Temáticas del Semestre Europeo*”, 2000. Obtenido de: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_fight-against-corruption_es.pdf

ANÁLISIS DE CASO: RESOLUCIÓN DE DISOCIACIÓN DE CURATELA EN JUICIO DE INSANIA DE PERSONA ADULTA EN PARAGUAY

Ramón Matiauda Mallorquín¹

Elizabeth María Villalba²

Angélica María Natalia Cañiza Argüello³

Lourdes Rossana Matiauda Mallorquín⁴

INTRODUCCIÓN

En esta investigación se presenta el análisis de un caso judicial, en cuya resolución, el juzgador, solicitud mediante, ha dictaminado la disociación de la curatela de una persona declarada insana, tanto para el cuidado de la persona como en la administración de sus bienes.

El caso seleccionado se considera de suma importancia ya que se trata de un fallo emblemático, en razón a que no existen antecedentes o jurisprudencias de resoluciones en este sentido, es de analizar las disposiciones aplicadas y contenidas en nuestro Derecho Positivo Nacional e Internacional respecto a la institución de la curatela, así como también la comparación de casos similares internacionales.

1 Ramón Matiauda Mallorquín: Abogado, Magister en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Americana, Doctorando en Ciencias Jurídicas, Universidad Iberoamericana, Facultad de Postgrado. Correo: ramonmatiauda@hotmail.com

2 Elizabeth María Villalba: Actuarial Judicial, Juzgado de Niñez de la Capital, Abogada y Notaria Pública, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, Diplomado en Niñez y Adolescencia Universidad Columbia del Paraguay, Doctorando en Ciencias Jurídicas, Universidad Iberoamericana, Facultad de Postgrado. Correo: elivillalba12@hotmail.com

3 Angélica María Natalia Cañiza Argüello: Abogada, Magister en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Americana, Doctoranda en Ciencias Jurídicas, Universidad Iberoamericana. Correo: nataliacaniza.a@gmail.com

4 Lourdes Rossana Matiauda Mallorquín: Abogada, Cursando Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil, Facultad de Postgrado, Universidad Americana., Cursando Maestría en Derecho de Familia, Universidad Nacional del Nordeste Facultad de Postgrado, Argentina. Correo: lumatiauda@gmail.com

OBJETIVO

Analizar la disposición judicial de disociación de curatela o curatela compartida en Juicio de insania y su aplicabilidad dentro de la legislación nacional.

MATERIAL Y METODOLOGÍA

Se realizó un estudio de casos o técnica de investigación cualitativa –case study– la que fue complementada con la teoría de argumentación jurídica de Atienza⁵ (ATIENZA, 2005) respecto al estudio de los casos difíciles, así como la utilización del derecho comparado internacional para casos similares.

La estructura de la Investigación es la siguiente: Narrativa de una situación real, recopilación de datos para análisis, antecedentes y diagnóstico del problema, análisis de las soluciones posibles.

NARRATIVA DE LA SITUACIÓN

El caso en cuestión se dirime en el Juzgado de Primera instancia de Asunción individualizado como: “A.J.S de P. s/ INSANIA” (A.J.S.de.P s/ INSANIA, 2018)⁶, en la cual la persona en cuestión fue declarada INSANA, asimismo, en la misma, una de los descendientes A.A.P.S, fue nombrada curadora provisional de la insana, hasta tanto se defina la curatela definitiva.

Durante el ejercicio de la curatela provisional, se han hecho numerosas denuncias de irregularidades en el manejo y administración de los bienes, cuyas situaciones fueron puestas a conocimiento del juzgado por otro de los hijos de la insana las cuales fueron debidamente probadas durante la sustanciación del juicio.

En razón de ello, el hijo denunciante, requirió la remoción de la curadora provisional a consecuencia de las irregularidades y hechos graves cometidos, solicitando su designación como curador definitivo.

Consecuentemente, el juzgado, luego de un minucioso análisis, ha resuelto disociar la curatela sentencia mediante (año 2020), manteniendo la curatela de la persona (cuidado) a la hija A.A.P.S y designando

5 (ATIENZA, 2005)

6 (A.J.S.de.P s/ INSANIA, 2018)

un Administrador de los Bienes de la Insana (curatela de Bienes) a un tercero imparcial e independiente, específicamente un Perito Administrador habilitado por la Corte Suprema de Justicia.

DATOS PARA ANÁLISIS

Dentro de la jurisprudencia nacional, no se han encontrado referencias o antecedentes de sentencias en las cuales se haya disociado la curatela (persona y bienes) por lo que analizaremos la Sentencia emitida en el año 2020 en los autos: “A.J.S de P. s/ INSANIA” en la ciudad de Asunción, Paraguay.

En la República Argentina, existen dos casos, también emblemáticos, pero de alcances diversos, que serán analizados y comparados con la sentencia local.

El primer caso, es el de la Cámara Nacional Civil, sala K de fecha 13/11/2001 causa: “T.D.I.C. S/ INTERDICCION” (T.D.I.C. S/ INTERDICCION, 2001)⁷

El segundo caso individualizado como D.N.E.S s/ Inhabilitación, resuelto por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul Sala I. (D.N.E.S. s/ inhabilitación, 2012)⁸

ANTECEDENTES Y DIAGNÓSTICO DEL PROBLEMA

El Código Civil Paraguayo exterioriza la protección de las personas incapaces mayores de edad por medio del instituto de la Curatela.

La finalidad de la misma radica en la representación y protección de los incapaces, buscando su reeducación, su recuperación y velando por la protección de todos sus derechos, incluyendo la administración de sus bienes.

Tal es la protección que el Estado pretende efectuar, que de conformidad a la Ley 4423/2014, establece el control por medio de una institución en la cual se disponen los deberes y atribuciones de la Defensoría Pública en lo Civil, que en su Artículo N° 26 apartado 14.)

7 (T.D.I.C. S/ INTERDICCION, 2001)

8 (D.N.E.S. s/ inhabilitación, 2012)

indica: “*Velar por el buen desempeño de los guardadores y curadores de los incapaces mayores de Edad*”. (Ley N° 4423, 2014)⁹.

En este punto, el Código Civil Paraguayo define la capacidad de hecho en su Art. 36, indicando que es “*aquel que tiene aptitud legal para ejercer por sí mismo o por sí solo sus derechos*” (Ley N° 1883, 1985)¹⁰, de esto, a la inversa, puede entenderse que el incapaz es aquel que no posee aptitud legal para ejercer sus derechos por sí mismo.

La autora, Esther LABATON, entre sus clasificaciones de discapacidad (o incapacidad) menciona a una de ellas como MENTAL. “*La incapacidad Mental la que sufre una persona que tiene una disminución de sus facultades mentales o intelectuales*”. (LABATON, 1995)¹¹

En el caso que nos ocupa, la persona A.J.S de P. ha sido declarada INSANA designando un curador de conformidad al Art. 266 del Código Procesal Civil (Ley N° 1337, 1988)¹², en razón a poseer una incapacidad mental de tipo Senil lo que la imposibilita discernir y ejercer sus derechos por sí misma.

El Código Civil Paraguayo, establece y discrimina la Curatela de Personas y de Bienes en el Capítulo XIII (Ley N° 1883, 1985)¹³, pero efectúa una diferenciación que pareciera a primera vista, colisionar con lo resuelto en primera instancia.

La citada norma establece que, para la curatela de personas, se nombrará judicialmente curador a las personas interdictas o inhabilitadas. Asimismo son aplicables a la curatela, y las disposiciones del Código del Menor relativas a la tutela, que lo establece específicamente el Artículo N° 266 del Código Civil Paraguayo. (Ley N° 1883, 1985)¹⁴.

Igualmente, el Art. 272 del C.C. en relación a la Curatela de Bienes establece: “*Además de los casos previstos por este Código, se proveerá judicialmente de curador a los bienes de una persona, cuando ésta se ausen-*

9 (Ley N° 4423, 2014)

10 (Ley N° 1883, 1985)

11 (LABATON, 1995)

12 (Ley N° 1337, 1988)

13 (Ley N° 1883, 1985)

14 (Ley N° 1883, 1985)

tare o desapareciere de su domicilio, ignorándose su paradero, sin dejar mandatario para administrar sus bienes” (Ley N° 1883, 1985)¹⁵.

En la jurisprudencia paraguaya, la Curatela de Persona y de Bienes recae en una misma persona habilitada por nuestra legislación nacional (en este caso los hijos), pero en el caso que nos ocupa, el Juzgado dispuso disociar la curatela, separando esta figura en cuanto a los cuidados de la persona de la insana se refiere, de la administración de los bienes de la misma, indicando que ésta última, debía recaer en una persona idónea con conocimientos técnicos que permitan el correcto resguardo del patrimonio de la interdicta.

Esto, conforme se observa, lo efectuó en razón a las evidentes y palpables rivalidades y confrontaciones de intereses existentes entre los descendientes de la insana, y expone la imperiosa necesidad de incorporar terceros imparciales e idóneos como medida de urgencia con el fin de salvaguardar los bienes y sustentada en la sana crítica.

El cuestionamiento es: ¿Es posible disociar la curatela de las personas mayores separando el cuidado de las personas de la administración de los bienes? ¿Permite la legislación dicha acción? ¿Resuelve los conflictos suscitados en el juicio o los acrecienta?

En la Republica Argentina, se han dado dos casos emblemáticos que pudieran dar luz a estos cuestionamientos, que, si bien la legislación de ese lugar resulta distinta, no es menos cierto que las argumentaciones permitirían efectuar un cambio de paradigma a nivel local.

En el primer caso, en Primera instancia se concedió la curatela bipartita, a dos sobrinos del insano, a uno de ellos como curador de los bienes y al otro como curador del insano (cuidado de persona).

En este punto el juzgado argumenta, “la curatela bipartita procede sólo en casos excepcionales y debidamente justificados, debiendo evitarse que recaiga sobre personas

entre las que existe enemistad manifiesta y disparidad de criterios respecto a los temas más sencillos” (T.D.I.C. S/ INTERDICCION, 2001)¹⁶

15 (Ley N° 1883, 1985)

16 (T.D.I.C. S/ INTERDICCION, 2001)

La resolución extranjera fue recurrida, en razón a la incompatibilidad existente entre los curadores y consecuentemente fue revocada.

Muy por el contrario, la tendencia en nuestros tribunales es la de nombrar en principio y como regla general a una sola persona como curador y éste lo ejerce en el doble rol, es decir, para el cuidado de la persona y la administración de sus bienes.

En el segundo caso, N. E. S/INHABILITACION”, se ha solicitado la curatela compartida entre una descendiente y el Curador Oficial de Alienados, esta figura estaría equiparada a la Defensoría Pública en nuestro país.

En este caso, se pudo determinar que las condiciones de higiene y seguridad de convivencia del insano con el curador actual eran negativas y probadas por medio de informes, asimismo, no contaban con los servicios mínimos para poder vivir dignamente, y no menos importante, los inconvenientes que posee el curador actual de administrar los bienes, reflejados en las condiciones de vida del insano.

En sus argumentaciones, el tribunal alega: “*Es así que la función asignada por la ley al curador no se limita a la mera asistencia material, sino también a aquella de carácter moral y prioritariamente destinada a procurar la recuperación del curado.*” (D.N.E.S. s/ inhabilitación, 2012)¹⁷

Es por ello que en la doble función de curador de los incapaces se tienda a compatibilizar adecuadamente la función de velar por la persona del insano, tanto física, psíquica y espiritual, así como el resguardo de sus derechos y sus bienes.

Asimismo, en sus argumentos, esgrimen un punto neurálgico, que compatibiliza con el caso analizado en la que manifiestan: *El juzgador puede apartarse de estos principios (doble función) cuando existan motivos serios y fundados.* (D.N.E.S. s/ inhabilitación, 2012)¹⁸

Es dable destacar la existencia de normativas de carácter internacional que velan por el respeto y cumplimiento de los incapaces tales como

17 (D.N.E.S. s/ inhabilitación, 2012)

18 (D.N.E.S. s/ inhabilitación, 2012)

la Convención de Nueva York (Ley N° 3540, 2008)¹⁹ sobre los derechos de las personas con discapacidad ratificada por el Paraguay.

ANÁLISIS DE LAS SOLUCIONES POSIBLES

Analizando la normativa vigente respecto a la curatela, encontramos que el propio Código Civil Paraguayo efectúa una diferenciación entre la curatela de Persona y la Curatela de Bienes, por lo que resulta factible la aplicación diferenciada o disociarla.

Asimismo, no es de olvidar, que el instituto de la Curatela, se establece con una finalidad proteccionista dentro de un campo general, es decir, protección y rehabilitación de la persona, búsqueda de una cura, si fuere posible, y la administración de sus bienes, en la cual la norma establece claramente la utilización o inversión de las rentas obtenidas en la recuperación del insano.

Los juzgadores no deben soslayar la casuística en las que si bien existen curadores que puedan cumplir a cabalidad lo que respecta al cuidado de insano y todo lo que ello conlleva tales como: alimentación, vestimenta, salud, etc., no así en cuanto a lo que administración de bienes se refiere, de lo que se infiere que esto podría eventualmente ocasionar un daño tremendo a los bienes del insano al no ser administrado por una persona idónea para el efecto.

Esta particularidad también podría darse a la inversa, en la que, si bien resultan ser buenos administradores, sin embargo, no cumplen con el rol del debido cuidado, lo que también resulta imprescindible para insano como persona.

De ahí a que la incorporación de terceros imparciales, en razón a confrontaciones de quienes debieran de ejercer la curatela resulta una salida válida y sabia, que además no se encuentra prohibida por nuestra legislación, tal como se ha resuelto en el caso analizado, bajo la premisa establecida para el Derecho Privado, *que lo que no está expresamente prohibido está permitido*.

19 (Ley N° 3540, 2008)

RESULTADOS

El Artículo N° 4 de la Ley 1885, DE LAS PERSONAS ADULTAS, debe ser interpretada en un sentido amplio, garantizando los derechos y velando las de aquellas que se encuentren en estado de vulnerabilidad. Esa protección debe extenderse tanto en la persona, su cuidado, su recuperación, así como en la buena administración de sus bienes (Ley N° 1885, 2002)²⁰.

Paraguay reconoce jurídicamente la Protección de las Personas con Discapacidad a través de la Convención de Nueva York (Ley N° 3540, 2008)²¹ por tanto se encuentra compelida a establecer y aplicar los mecanismos de protección en todas sus formas.

Dicho de forma breve, si los derechos del insano, llámese cuidado de su persona o de sus bienes, se encuentran en peligro, resultan válidas las medidas efectivas para salvaguardar adecuadamente aquello que pueda ser objeto de abuso o falta de transparencia, respetando por sobre todo los derechos del inhabilitado.

CONCLUSIONES

Se concluye que la disociación de la curatela, en aquellos casos en los que las partes tengan conflictos que pudieran derivar en un perjuicio real y peligroso a los derechos del insano, es perfectamente aplicable, y resulta como una salida más que válida para precautelar los derechos de la insana y evitar conflictos entre las partes.

El código civil, no en vano, establece en capítulos separados la Curatela de Persona y la Curatela de Bienes, por tanto, resulta necesaria la aplicación por analogía de la Administración Judicial, pues los efectos de desplazamiento total o parcial del propietario se da, con el fin de asegurar o conservar los bienes y derechos de la insana.

La aplicación del principio de la Sana Critica dentro de la presente causa, resulta fundamental en razón a que la Judicatura no debe ceñirse solamente a las reglas de aplicación general como se realiza con habitualidad, pues debe analizarse las particularidades que permitan el

20 (Ley N° 1885, 2002)

21 (Ley N° 3540, 2008)

logro de los objetivos del instituto de la Curatela, y por sobre todo el fin proteccionista que el Estado se encuentra obligado con los incapaces.

REFERENCIAS

- A.J.S.de.P s/ INSANIA. (2018). *Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial*. Asunción, Paraguay.
- ATIENZA, MANUEL. (2005). *LAS RAZONES DEL DERECHO, TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*. MÉXICO: INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO.
- D.N.E.S. s/ inhabilitación. (2012). *Exma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Sala I*. Azul, Argentina.
- LABATON, ESTHER. A. (Abril de 1995). *Discapacidad: Derechos y Deberes*. Argentina: Ediciones Centro Norte.
- Ley N° 1337. (1988). *Código Procesal Civil*. Asunción, Paraguay: Congreso Nacional Paraguayo.
- Ley N° 1883. (1985). *CODIGO CIVIL PARAGUAYO*. ASUNCION, PARAGUAY: CONGRESO NACIONAL PARAGUAYO.
- Ley N° 1885. (2002). *DE LAS PERSONAS ADULTAS*. Asunción, Paraguay: Congreso Nacional Paraguayo.
- Ley N° 3540. (2008). *QUE APRUEBA LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y EL PROTOCOLO FACULTATIVO*. Asunción, PARAGUAY.
- Ley N° 4423. (2014). *Organica de la Defensa Publica*. ASUNCION, PARAGUAY: CONGRESO NACIONAL DEL PARAGUAY.
- T.D.I.C. S/ INTERDICCIÓN. (2001). *Camara Nacional Civil Sala K*. BUENOS AIRES, ARGENTINA.

APROXIMACIÓN A LOS AVANCES Y DESAFÍOS QUE TRAE LA APROBACIÓN DE LA LEY N° 6338/19, QUE MODIFICA EL ART. 10 DE LA LEY DEL TRABAJO DOMÉSTICO

DOCENTES: Prof. Abog. Melissa Duré¹, Prof. Abg. Nora Lezcano²
ESTUDIANTES³: Tatiana Bauza, Laura Benítez, Aida Duarte, Víctor Feliuz, Leticia Ortellado, Claudia Villalba, Emiliano Patiño

INTRODUCCIÓN

La sanción de la Ley N° 6338/19 “QUE MODIFICA EL ART. 10 DE LA LEY N° 5407/15 DEL TRABAJO DOMÉSTICO” no está ajena a la polémica en especial cuando observamos las redes sociales y en los medios masivos de comunicación. Lo que resulta sumamente llamativo es que justamente el desacuerdo con esta equiparación legal provenga de personas trabajadoras ellas también, quienes generalmente acceden a

-
- 1 **Melissa Duré:** Docente de las Cátedras de Filosofía del Derecho, Derecho Romano y Deontología en la Universidad Iberoamericana. Auxiliar de la Cátedra de Derecho Procesal Penal Undécimo Semestre, Turno Tarde en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA desde el año 2009 hasta el 2015.
 - 2 **Nora Lezcano:** Abogada. Mediadora profesional. Docente universitaria de grado y postgrado. Masteranda en la Maestría en Educación. Especialista en Medios Alternos de Resolución de Conflictos por la Universidad Torcuato Di Tella. Ciber-mediadora registrada. Embajadora por Paraguay del Foro Internacional de Mediadores Profesionales (FIMEP). Certificada Académicamente por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos- IIDH de la OEA. Consultora para organizaciones del Estado, la sociedad civil organizada y organizaciones internacionales (ONU, OEI, AECID entre otras) en materia de derechos humanos y desarrollo (protección y promoción de derechos de la niñez y adolescencia, de la mujer, de las personas con discapacidad, educación inclusiva). Representante de la Universidad UNIBE ante el Frente por la Niñez y la Adolescencia desde 2019. Representante de la Universidad UNIBE ante el Pacto Global en las mesas temáticas de educación en derechos humanos y derechos laborales. A lo largo de más de 17 años de su profesión ha participado y contribuido en proceso de incidencia, diseño, implementación y evaluación de políticas públicas, planes, programas y legislación con enfoque de derechos humanos. Capacitadora y tutora en procesos de formación de Mediadores. y educadora en Derechos Humanos y Desarrollo Personal. Ha contribuido en diversos trabajos de investigación y formación. Forma parte de la Red Internacional de Mediadores Educativos en el marco del Proyecto Druidas que cuenta con el apoyo del FIMEP y de la Universidad Loyola de la ciudad de Andalucía-España.
 - 3 **Estudiantes** del 3 año de Derecho y Notariado, 6to semestre de la Universidad UNIBE.

un salario mínimo o un poco más quienes han protestado airadamente ante la imposibilidad de pagar a una trabajadora doméstica por tiempo completo.

Esto nos devela una sociedad muy dividida, inclusive entre personas del mismo ámbito laboral como lo son los trabajadores y las trabajadoras. Esto también nos expone los diversos perjuicios socioculturales del Trabajo Doméstico, que datan de casi cinco siglos, desde la misma conquista.

El trabajo doméstico ha sido la actividad económica de la mujer paraguaya por antonomasia, y esto proviene justamente de nuestros ancestros, las mujeres indígenas que en varias ocasiones han sido ofrecidas a los conquistadores, no solamente como compañeras, sino como verdaderas esclavas; nuestros ancestros indígenas no tenían prácticamente status de persona, eran un insumo de trabajo y en el caso de las mujeres del trabajo a puertas cerradas. El trabajo doméstico data del mismo cuñadazgo, y más allá de un relato idílico que nos imponen respecto del mestizaje, sabemos que en la realidad esto significó más que nada el trabajo forzoso, invisible y denigrado de miles de mujeres (con más propiedad niñas) indígenas sometidas a todo tipo de abusos. Esta violencia no solamente física sino simbólica también ha construido el tejido social de nuestra nación, en donde los vínculos se caracterizan por un resabio de coerción y violencia, especialmente respecto de las mujeres en situación de vulnerabilidad más desfavorecidas y desprotegidas socialmente; nuestras antepasadas indígenas y nuestras campesinas.

Lo expuesto en el párrafo anterior quizá explique la actitud de enojo virulento de algunas mujeres que se identifican, ora como amas de casa, ora como trabajadoras, ora como mujeres independientes quienes con múltiples términos despectivos hacia las trabajadoras domésticas, han expuesto la supuesta falta de justificación de un salario mínimo del trabajo doméstico, fundadas en el hecho de que el trabajo doméstico, es en el fondo una concesión graciosa que hace la eventual patrona a una mujer humilde, para quitarla de una situación desesperada. No se concibe al trabajo doméstico como otras labores; se considera una actividad degradada socialmente.

En nuestro país, como en muchas sociedades en vías de desarrollo, se presentan estratificaciones sociales casi inmóviles que dificultan

muchísimo el acceso a una calidad de vida digna a la mayor parte de la población. Quienes hayan nacido en un contexto rural o urbano localizado en cinturones de pobreza, tienen muy pocas posibilidades de acceder a los servicios más básicos, situación que los obliga a migrar a otras ciudades o al exterior del país para poder sobrevivir; de esta migración principalmente interna que va formando los cinturones del área metropolitana, sale la mano de obra trabajadora, compuesta en un alto porcentaje de Trabajadoras Domésticas. Este fenómeno de desarraigo y precariedad se ve agravado con el hecho de que en nuestra sociedad, como en muchas, no existe una cultura de trabajo sino una de servidumbre; “tenemos suerte de tener trabajo” cuando en realidad el patrón es mucho más agraciado con nuestras fuerzas, nuestro tiempo, nuestra salud y nuestra disposición ilimitados para poder sostener o aumentar indefinidamente él su calidad de vida. Esta actitud es frecuentemente emulada por los trabajadores, explotados ellos, para explotar ellos también a su personal doméstico; asimilan automáticamente las actitudes despóticas de sus patrones en su vínculo con sus trabajadoras domésticas; sometiéndolas a las mismas (o inclusive más) vejaciones que ellos experimentan a diario. Es de comprender que las reacciones más airadas provengan de quienes circunstancialmente se encuentran en la clase media; porque recordemos que la clase media en nuestro país no es un estrato social muy estable y que depende de circunstancias sumamente lábiles para mantenerse como lo es el consumo y la capacidad de endeudamiento.

Es importante mencionar también que la equiparación del Salario Mínimo de las Trabajadoras Domésticas, implica justamente una interpelación a cómo se concibe el salario mínimo. El debate de esta problemática parte desde que, justamente, se tiene una acepción inversa del Salario Mínimo; el mismo es aprehendido como un Techo Salarial, cuando lo que en realidad corresponde por Ley es considerarlo como un Piso Remuneratorio. Esto a la vez puede desencadenar un debate respecto de cómo opera realmente el salario mínimo y que su base debería de aumentar proporcionalmente en atención con la preparación técnica o académica de los trabajadores.

Vemos que de fondo, la equiparación salarial de las trabajadoras domésticas también lleva a replantear la recategorización del salario

mínimo legal, el cual como piso remuneratorio está destinado para trabajadores que no tienen una capacitación especializada. Esto es un problema de fondo, en el cual se da el caso de muchos profesionales que trabajan en relación de dependencia y ganan justamente el salario mínimo. Por ende, es necesario replantear el salario mínimo en atención a la capacitación de los trabajadores; pero que a la vez el salario mínimo legal para actividades no específicas sea siempre referencia para otros índices económicos que tienen mucha incidencia colectiva, como lo son las tasas de interés, el transporte público, los servicios de salud y la seguridad social.

Por otra parte, es importante recordar que el trabajo doméstico se encuentra ligado a situaciones de explotación penadas como Trata de Personas, tanto interna como transnacional y el abuso sexual. Además está decir que el control del cumplimiento de las leyes laborales es bastante complejo, porque estas labores se desarrollan en recintos particulares para los cuales es necesaria una orden judicial. Sin embargo, esto no desmerita a que tanto entes gubernamentales como organizaciones de la sociedad civil articulen medidas de protección para las trabajadoras domésticas en estos casos; situación que no se dará de la noche a la mañana justamente por la cultura de la servidumbre tan arraigada a nuestra idiosincrasia.

Finalmente, y a pesar de que la vigencia de la Ley N°6338/19 “QUE MODIFICA EL ART. 10 DE LA LEY DE TRABAJO DOMÉSTICO” es muy reciente, creemos fundamental establecer un diálogo permanente con propuestas de acciones significativas, teniendo en cuenta a las leyes laborales no solamente desde una exigibilidad para su cumplimiento efectivo, sino para que sirvan de instrumento fundamental para asegurar la mejora de una calidad de vida digna para todos los trabajadores y las trabajadoras; de aquí la importancia de esta nueva ley que representa una reivindicación y es producto de décadas de lucha y sobretodo de un ideal colectivo, que debe servir de ejemplo a los demás trabajadores para la reivindicación de todos sus derechos.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Realizar un análisis jurídico y crítico de la Ley N° 6338/19 “QUE MODIFICA EL ART. 10 DE LA LEY N°5407/15 DEL TRABAJO DOMÉSTICO”, acudiendo a referentes de las Trabajadoras Domésticas, el Estado y la Sociedad Civil; a los efectos de aproximarnos a los avances y desafíos que trae consigo esta modificación normativa, desde su entrada en vigencia hasta noviembre del 2019.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar cómo es percibida la nueva ley en el ámbito de referentes de las Trabajadoras Domésticas, la Sociedad Civil y del Estado.
2. Analizar porqué existe rechazo por parte de otros Trabajadores respecto de la Vigencia de la Ley Tratada en este trabajo.
3. Conocer cómo se ha originado y estructurado el Sindicato de Trabajadoras Domésticas del Paraguay.
4. Estudiar las principales características del contrato de las trabajadoras domésticas.
5. Conocer cuáles son los mecanismos de denuncias ante el incumplimiento del nuevo contrato ante el Ministerio del Trabajo, el Empleo y la Seguridad Social (MTESS).
6. Analizar la procedencia del Régimen de Contratos de Prestación de Servicios en el marco del Trabajo Doméstico y en caso de proceder, identificar los casos.
7. Analizar cuántas denuncias ha recibido el MTESS desde que la Ley N° 6338/19 se encuentra vigente.
8. Verificar el aumento de la tasa de desempleo de las trabajadoras domésticas desde la entrada en vigencia de la Ley.
9. Observar las acciones de promoción y difusión de los derechos las trabajadoras domésticas realiza el MTESS, así como la Sociedad Civil.
10. Observar la articulación entre el MTESS, las organizaciones y/o sindicatos de las trabajadoras domésticas y la Sociedad Civil.

JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

En primer lugar es importante enfatizar que este trabajo se articula, no solamente con el ámbito académico sino también con la responsabilidad social universitaria (RSU) que siempre ha sido destacada en nuestra institución desde los objetivos académicos de la cátedra de Derechos Humanos y la cátedra de Derecho Civil Contratos II.

Uno de los mayores orgullos que tenemos como docentes de la Universidad UNIBE lo constituye el hecho de contar en nuestras diversas facultades con alumnas que como estudiantes se dedicaban al Trabajo Doméstico y que al día son Egresadas de nuestra alta casa de estudios. Cada una de ellas ha demostrado, no solamente un excelente rendimiento académico sino también una ética intachable y una sensibilidad social respecto de su comunidad. Todas estas características fueron forjadas gracias a su labor como Trabajadoras Domésticas, que muy por el contrario de los prejuicios; les han ayudado no solamente a ser excelentes estudiantes, sino a tener una capacidad destacada para resolver problemas y situaciones difíciles (hablamos ya en el campo del derecho) de manera rápida e ingeniosa. Este Trabajo tiene en su esencia el interés de honrar a nuestras alumnas Trabajadoras Domésticas quienes ahora como profesionales luchan por una sociedad más justa e inclusiva.

Por otra parte, también queremos proceder a un análisis objetivo de esta nueva ley y llegar a comprender por qué una amplia franja de la población expresa un virulento rechazo, muy especialmente en el ámbito de los trabajadores asalariados. Así también, consideramos que este Trabajo es uno de los primeros de Orden Académico Universitario llevados a cabo en nuestro país y cuyo enfoque de derechos, más allá de lo estadístico; pretende ahondar más en una problemática social que nos afecta y a la vez nos divide como sociedad: la Inequidad.

Finalmente, y en atención al impacto que tiene la Ley en estudio, a pesar de ser promulgada recientemente, queremos destacar que aporte que significaría este análisis, no solo en términos académicos sino también jurídicos para posteriores mecanismos de implementación y articulación institucional de los cuales la Universidad definitivamente no puede estar ausente.

METODOLOGÍA

El presente trabajo consta de tres partes.

1. **PRIMERA PARTE:** Análisis Legal: estudio de las disposiciones Legales que son antecedentes y a la vez fundan la Ley vigente. Se hace un análisis sistémico y también desde la doctrina. La metodología a ser utilizada es la de una investigación bibliográfica a partir de materiales de apoyo teórico relacionado con la problemática, consistente en estudios especializados consignados, principalmente en el apartado de Documentos de la Bibliografía.
2. **SEGUNDA PARTE:** Entrevistas a referentes que trabajan en el Área de Trabajo Doméstico: Sindicato de Trabajadoras Domésticas del Paraguay, el MTESS y representantes de la Sociedad Civil. Para la realización de las mismas utilizaremos soportes electrónicos (grabaciones) y dentro de las posibilidades, audiovisuales. Las entrevistas fueron documentadas de forma sintética en este apartado y su desgravación anexada a este trabajo.
3. **TERCERA PARTE:** Conclusiones finales y recomendaciones, en las cuales se expondrá de manera fundada los objetivos alcanzados con esta investigación.

PRIMERA PARTE

ANÁLISIS LEGAL

La primera parte de este trabajo versa sobre un análisis legal de las disposiciones vigentes respecto al Salario Mínimo de las Trabajadoras Domésticas. El enfoque que se utiliza se basa en el enfoque de derechos, y como parte de este análisis utiliza una dogmática propia del Principio de Legalidad que nos señala una interpretación de las leyes atendiendo al Orden Público, debido a que el Derecho del Trabajo en General está amparado en la misma Constitución Nacional (CN), tal como se lo verá en éste apartado. Este hecho nos señala claramente que el Trabajo en General y el Trabajo Doméstico en particular constituyen situaciones de Derecho que se articulan también con los Derechos Humanos, porque nuestra misma Carta Magna, en su preámbulo reconoce a los mismos como fundamento material.

Si bien es cierto que nominalmente cualquier vínculo laboral se formaliza mediante la celebración de un Contrato, porque se concierta en un consenso entre trabajador y empleador, el consentimiento tiene aristas diferentes en este contexto que en el Derecho Privado. Recordemos claramente que existe, muy especialmente en cuanto al Trabajo Doméstico, una desigualdad social y económica la mayoría de las veces desproporcionada entre el empleador y el trabajador. Es por esto que el Derecho Laboral parte de una desigualdad y otorga garantías especiales a los trabajadores y entre ellas, la más destacada lo constituye la Seguridad Social.

Con relación a la Seguridad Social, específicamente en lo concerniente a la jubilación de los Trabajadores amparados en el Código Laboral, un sistema de capitalización compartida entre empleador y trabajador administrado por el Instituto de Previsión Social (IPS). En relación adelantamos desde ya que la Jubilación constituye un derecho inalienable de todos los trabajadores y que también cuenta con rango constitucional; sin embargo el mismo constituye la principal problemática en la aplicación de la Ley del Salario Mínimo de las Trabajadoras Domésticas, ya que a la par se ha Sancionado la Ley del Trabajo a Medio Tiempo, Ley N° 6339/19 y su correspondiente reglamentación, en la cual se reglamenta la Jubilación de las Trabajadoras Domésticas que trabajen bajo esta modalidad.

A los efectos de proceder con un análisis sistémico del tema; procederemos a una breve exposición de los antecedentes legales de las disposiciones normativas vinculadas con el tema, comenzando por la Constitución Nacional, siguiendo por los tratados internacionales y luego por el ordenamiento positivo nacional en códigos y leyes especiales. Recordemos que las disposiciones legales señaladas, son el fundamento material de las Leyes N° 5407/15 “DEL TRABAJO DOMÉSTICO” y su modificatoria, la Ley N° 6338/19 razón por la cual haremos un análisis de concordancias entre diversos instrumentos legales tomando como marco referencial a la Constitución Nacional, no solamente por ser nuestra Ley Principal o Magna sino por su operatividad procesal; para así poder dilucidar, en las conclusiones finales los factores en común y las discordancias, no solo entre disposiciones legales, sino también entre los diversos actores que intervienen en este tema.

DISPOSICIONES LEGALES RELACIONADAS AL SALARIO MÍNIMO DE LAS TRABAJADORAS DOMÉSTICAS EN PARAGUAY

ANTECEDENTES LEGALES

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1992

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.

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.

Artículo 86 - DEL DERECHO AL TRABAJO: Todos los habitantes de la República tienen derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas. La ley protegerá el trabajo en todas sus formas y los derechos que ella otorga al trabajador son irrenunciables.

Artículo 88 - DE LA NO DISCRIMINACION: No se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión, condición social y preferencias políticas o sindicales. El trabajo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas o mentales será especialmente amparado.

Artículo 89 - 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.

Artículo 91 - DE LAS JORNADAS DE TRABAJO Y DE DESCANSO: La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, diurnas, salvo las legalmente establecidas por motivos especiales. La ley fijará jornadas más favorables para las tareas insalubres, peligrosas, penosas, nocturnas o las que se desarrollen en turnos continuos rotativos. Los descansos y las vacaciones anuales serán remunerados conforme con la ley.

Artículo 92 - DE LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO: El trabajador tiene derechos a disfrutar de una remuneración que le asegure, a él y a su familia, una existencia libre y digna. La ley consagrará el salario vital mínimo, el aguinaldo anual, la bonificación familiar, el reconocimiento de un salario superior al básico por horas de trabajo insalubre o riesgoso, y las horas extraordinarias, nocturnas y en días feriados. Corresponde, básicamente, igual salario por igual trabajo.

Artículo 95 - DE LA SEGURIDAD SOCIAL: El sistema obligatorio e integral de seguridad social para el trabajador dependiente y su familia será establecido por la ley. Se promoverá su extensión a todos los sectores de la población. Los servicios del sistema de seguridad social podrán ser públicos, privados o mixtos, y en todos los casos estarán supervisados por el Estado. Los recursos financieros de los seguros sociales no serán desviados de sus fines específicos y; estarán disponibles para este objetivo, sin perjuicio de las inversiones lucrativas que puedan acrecentar su patrimonio.

COMENTARIO: tal como lo hemos expuesto al inicio de esta investigación el Trabajo Doméstico constituye una problemática marcada por factores históricos, culturales, sociales y económicos que pretenden justificar la desigualdad y discriminación de las Trabajadoras Domésticas respecto de otros Trabajadores amparados en el Derecho Laboral.

Sin embargo, la Tutela legal del mismo tiene rango constitucional y la primera disposición legal que hace referencia a la igualdad de todos los ciudadanos lo es el art. 46. La dignidad no es un término abstracto sino que es el sustrato material de nuestra misma Carta Magna, que en su preámbulo invoca la Dignidad Humana. Esta se relaciona con la igualdad al ejercicio de los derechos y más que nada, al reconocimiento de las desigualdades estructurales en nuestra sociedad y el imperativo legal que tiene el Estado Paraguayo de paliar las inequidades. Así

también, el art. 48 de nuestra Carta Magna hace hincapié en la No Discriminación; factor casi siempre presente en los vínculos del Trabajo Doméstico, el cual no es visto como un Trabajo Digno, sino como una actividad degradada y propia de personas de escasa formación.

El art. 46 de la CN encuentra su concordancia (referida ya con lo laboral) con el Art. 88 referente a la No Discriminación. El mismo refiere a un factor casi siempre presente respecto de las Trabajadoras Domésticas, el cual es la Condición Social. Es muy importante recalcar que la Condición Social es la que determina los roles empleador/trabajador, en donde el primero siempre ostenta una posición socio económica más favorable que el segundo; es por esto que el Contrato de Trabajo de por sí no es de naturaleza consensual privada, sino de Orden Público porque afecta a una desigualdad estructural. En relación con las Trabajadoras Domésticas se manifiesta la marcada diferencia socio económica ciudad/campo; muchas de ellas son migrantes internas que buscan una oportunidad laboral en las ciudades, aceptando trabajos en condiciones laborales muy precarias porque no tienen otra salida económica. El Trabajo Doméstico tiene toda una historia social que, como hemos dicho, data de la colonia misma y de instituciones como el cuñadazgo⁴ y también el criadazgo⁵; situaciones que constituyen escenarios de servidumbre y esclavitud.

4 Cuñadazgo: vínculo de parentesco proveniente de los tiempos de la conquista, entre una familia indígena y un español, mediante el cual la familia de una mujer indígena que cohabitaba y tenía descendencia con un español, consideraba a éste como su “cuñado”. En un principio fue una alianza entre algunas tavas guaraníes y los recién llegados españoles ante el asedio de los payaguas y otras etnias pámpidas. Sin embargo, este vínculo no tardó en convertirse en una relación de vasallaje; la mujer indígena y su familia son consificados, pasan a ser un “insumo” más para las faenas de los pueblos y estancias incipientes. Este vínculo persiste hasta nuestros días, cuando numerosas familias de tierra adentro o encarecidas ofrecen a sus hijos a un padrino o madrina de la ciudad, en la espera de ser acogidos y educados por los mismos, situación que da pie a innumerables abusos. Fuente: Guaraníes y españoles. Primeros momentos del encuentro en las tierras del antiguo Paraguay. Anuario del Centro de Estudios Históricos. Prof. Carlos S. A Segreti. Córdoba (Argentina). Año 8. N° 8, 2008.

5 El Estado paraguayo ratificó el convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil que incluye, entre otras, la servidumbre por deuda y las prácticas análogas a la esclavitud. Asimismo, mediante la Ley N° 5407/2015 prohíbe expresamente el trabajo infantil doméstico para personas de menos de 18 años de edad. El trabajo infantil doméstico es una actividad prohibida en el país. El Decreto N° 4951/05 lo define como “trabajo infantil peligroso” y la Ley N° 5407/2015 “Del trabajo doméstico” prohíbe expresamente que una persona de menos de 18 años sea contratada para estos fines.

El art. 48 de la CN (Igualdad entre el hombre y la mujer) encuentra su correspondencia con el art. 88 de la misma referente al Trabajo de las Mujeres; los mismos establecen la igualdad entre géneros respecto del salario y el acceso a oportunidades, sin embargo, se da una protección especial al trabajo femenino en lo que refiere a la lactancia. Así también es importante destacar que el Trabajo Doméstico siempre se ha caracterizado por ser mayoritariamente femenino en atención a faenas del hogar tales como la limpieza, cocina, cuidado de niños. Existen otras actividades señaladas por ley como trabajo doméstico como lo son la jardinería y el trabajo de chofer, efectuado mayoritariamente por hombres en los cuales no se verifican las desigualdades salariales que sí se dan respecto de las Trabajadoras Domésticas.

El art. 86 que refiere al Derecho del Trabajo es el que da fundamento constitucional a esta rama del derecho. Así también es muy importante destacar que el mismo refiere a un trabajo lícito y sobretodo libremente escogido, lo cual nos señala claramente la proscripción de la servidumbre y de tareas análogas a la misma como lo es el criadazgo. A esto hay que agregar que la disposición de referencia señala claramente que los derechos de los trabajadores son irrenunciables, lo que nos da la pauta que el Contrato de Trabajo no es consensual en los términos del Principio de la Autonomía de la Voluntad, sino en el de Orden Público, en donde las cláusulas deben estar sujetas a los términos taxativos de la Ley, comenzando por la misma Constitución Nacional.

El art. 91 nos señala claramente la jornada máxima de 8 horas y 48 horas semanales para todas las actividades laborales. En relación, y por ser esta una pauta constitucional que funda el Derecho Laboral, el hecho de sobrepasar estas horas supone un ilícito laboral, plausible de sanciones para los empleadores. Sin embargo en control del cumplimiento tanto de esta disposición constitucional así como las de índole laboral se torna muy difícil en razón que el Trabajo Doméstico se realiza en recintos privados también amparados por la Carta Magna, a los cuales se debe acceder con una orden judicial y dentro de un marco procesal. Es por esto la importancia fundamental de establecer mecanismos de denuncia efectivos, pero sobretodo de fortalecer redes de apoyo entre las trabajadoras domésticas a fin de que las mismas tengan

algún resguardo, no solamente ante un eventual despido, sino hacia actitudes hostiles de los empleadores.

El art. 92 de la Constitución Nacional refiere al Salario Mínimo Vital y refiere al mismo como la base a partir de la cual deben abonarse las prestaciones salariales de los trabajadores. La misma Constitución Nacional refiere al Salario Mínimo Vital como un “piso” y no como se interpreta y práctica comúnmente, como un máximo de ingreso salarial. A su vez hay que agregar la mención a horas extraordinarias, trabajo nocturno e insalubre; presupuestos que muchas labores domésticas reúnen pero que no son reconocidos salarialmente a las Trabajadoras Domésticas.

CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR EL PARAGUAY

LEY N° 1154/66

**QUE APRUEBA EL CONVENIO RELATIVO A LA DISCRIMINACION EN
MATERIA DE EMPLEO Y OCUPACION, SUSCRITO EL 25 DE JUNIO DE
1958 EN LA CIUDAD DE GINEBRA**

1. A los efectos de este Convenio, el término [discriminación] comprende:
 - a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

COMENTARIO: esta disposición encuentra su concordancia con los arts. 46 y 48 de la Constitución Nacional. En relación con el Trabajo Doméstico la entrada en vigencia de la Ley N° 6338/19, ha significado una equiparación de las mismas a los demás trabajadores. Sin embargo, veremos al avanzar el presente análisis que respecto a las Cargas Previsionales (Jubilación), como obligación del Estado y como derecho de los trabajadores y las trabajadoras, y que en la reglamentación de la misma desde la Ley del Trabajo Parcial, donde se encuentra seriamente minimizado el eventual monto jubilatorio que una Trabajadora Doméstica percibiría bajo este régimen.

LEY N° 1215/1986
QUE APRUEBA LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS
FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER

PARTE I

ARTÍCULO 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

COMENTARIO: esta disposición legal encuentra su concordancia con los arts. 46, 48 y 88 de la Constitución Nacional. También es importante destacar que dentro del mismo rubro laboral denominado “Trabajo Doméstico” que incluye también a jardineros, choferes o chefs, y en la práctica laboral, en su mayoría son hombres quienes realizan este tipo de trabajo, requiriendo una mirada necesaria desde el enfoque de género. El Trabajo Doméstico por antonomasia es considerado como propio de mujeres de condición socioeconómica inferior, generalmente migrantes internas con escasa formación académica, técnica o artesanal que desarrollan faenas del hogar consideradas simples, como limpieza, preparación de la comida, cuidado de niñas y niños. En cambio, cuando se trata de trabajos de jardinería o transporte particular automáticamente no entra en discusión la remuneración, ya que ambas labores generalmente están desempeñadas por hombres y se les consideran conocimientos técnicos lo que hace que perciban generalmente una remuneración acorde al salario mínimo, sea como jornaleros en el caso de los jardineros, o como personal permanente en el caso de los choferes.

LEY N° 4819

**QUE APRUEBA EL CONVENIO SOBRE EL TRABAJO DECENTE PARA LAS
TRABAJADORAS Y TRABAJADORES DOMESTICOS (2011) N° 189 Y LA
RECOMENDACION N° 201 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL
DEL TRABAJO (OIT)**

ARTÍCULO 11

Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos se beneficien de un régimen de salario mínimo, allí donde ese régimen exista, y que la remuneración se establezca sin discriminación por motivo de sexo.

COMENTARIO: el Convenio es una de las bases jurídicas de la Ley N° 6338/19 y encuentra sus concordancias con los arts. 46, 48, 88 y 92 del nuestra Carta Magna, lo cual nos demuestra claramente el que Salario Mínimo Legal no es una disposición de orden consensual, privado, sino de Orden Público el cual establece el piso a partir del cual deben ser remunerados todos los trabajadores en situación de dependencia. Así también, hacemos una remisión al comentario anterior en el cual hablamos que desde el mismo trabajo doméstico se establecen “categorías” para justificar una remuneración por debajo del Mínimo Vital a las Trabajadoras Domésticas, en contraposición con los Jardineros o Choferes Particulares.

LEY N° 5/92

**QUE APRUEBA LA ADHESION DE LA REPUBLICA AL “PACTO
INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS”, ADOPTADOS
DURANTE EL XXI PERIODO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL
DE LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS, EN LA CIUDAD DE
NUEVA YORK, EL 16 DE DICIEMBRE DE 1966**

ARTICULO XXVI

Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la Ley. A este respecto, la Ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

COMENTARIO: como hemos señalado a lo largo de esta investigación, el Derecho Laboral es de orden Público y de rango constitucional; por ende a partir de él surgen una serie de condiciones políticas para hacer operativas sus normativas. En cuanto a la no discriminación, si bien es cierto que no se cuenta con una “Ley especial” es un principio transversal a todo el Derecho Público, comenzando por la Constitución Nacional, siguiendo por los tratados internacionales y más que nada, operando en ramas tales como el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo.

LEY N° 4/92

QUE APRUEBA LA ADHESION DE LA REPUBLICA AL “PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES”, ADOPTADO DURANTE EL XXI PERIODO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS, EN LA CIUDAD DE NUEVA YORK, EL 16 DE DICIEMBRE DE 1966.

ARTICULO 7

Los Estados Partes en el Presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajos equitativa y satisfactoria que le aseguran en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; e,
 - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conformes a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo:
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; y,
- d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

COMENTARIO: este tratado tiene su concordancia con la totalidad de los artículos expuestos en el apartado constitucional y trata sobre las

garantías básicas de todos los Trabajadores en situación de Dependencia. Una cuestión capital que hay que destaca es que tanto la modificación del Trabajo Doméstico como la equiparación salarial a los demás trabajadores en situación de Dependencia significan un mecanismo de control respecto de diversas situaciones de explotación laboral, como es el caso de la servidumbre y el criadazgo, así como las labores “sin retiro”.

LEY N° 3.452/08

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES⁶

“El Comité que supervisa la Convención recomendó al Estado que: “a) Aumente las inspecciones laborales y las multas y otras sanciones a los empleadores que exploten a trabajadores migratorios (...), b) Controle las prácticas de empleo en la agricultura y en el trabajo doméstico para que los trabajadores migratorios disfruten de las mismas condiciones de trabajo que los nacionales; (...)” (CMW/C/PRY/CO/01)”

COMENTARIO: el derecho a migrar forma parte de los derechos humanos que como colectivo compartimos su titularidad, la ley que ratifica esta Convención reconoce tales derecho y el órgano de tratado que supervisa su cumplimiento por parte de los Estados planeta las recomendaciones mencionadas precedentemente para sancionar a los empleadores y por ende proteger a los trabajadores migratorios de situaciones de explotación, atendiendo como parte de las situaciones de vulnerabilidad los trabajos en el área de la agricultura y del trabajo doméstico, considerando particularmente la situación de los trabajadores migratorios, evitando así la exclusión a raíz de la segregación y la discriminación por condiciones del estatus migratorio (extranjero vs. nacional).

LEGISLACIÓN NACIONAL

LEY N° 5407/15 DEL TRABAJO DOMÉSTICO

Artículo 10 - Salario Mínimo Legal

El salario mínimo legal para el trabajo doméstico no será inferior al 60% (sesenta por ciento) del salario mínimo legal para actividades di-

⁶ Copiado textualmente del Proyecto de Ley “Que modifica el artículo 10 de la Ley No. 5407/15 Del Trabajo Doméstico. “

versas no especificadas establecido por el Poder Ejecutivo. Las personas que desempeñen trabajo doméstico en turnos discontinuos o jornadas inferiores a la jornada máxima legal, no podrán recibir remuneraciones que sean proporcionalmente inferiores al salario mínimo legal para esta forma de actividad. La Autoridad Administrativa del Trabajo reglamentará, publicará y actualizará el salario mensual y el jornal mínimo vigentes para el trabajo doméstico.

(este artículo corresponde al que se modifica con la nueva ley de Salario Mínimo para trabajadoras domésticas)

COMENTARIO: en 2015 esta ley traía consigo un avance en términos de reivindicaciones por décadas exigidas por el colectivo de las trabajadoras domésticas, sin embargo aún deben darse mayores avances normativos para garantizar una igualdad del 100% en relación al salario mínimo establecido para todos y todas los trabajadores del país sin discriminación alguna. Si bien este avance del 40 al 60% de la remuneración establecida por ley a las trabajadoras doméstica aumentó un 20% igualmente seguía representando una desigualdad avalada por la ley.

LEY N° 213/93 CÓDIGO DEL TRABAJO

Del cobro en especie

Artículo 231 - Los salarios se abonarán en moneda de curso legal. Queda prohibido el pago de los mismos en vales, pagarés, cupones, fichas u otro signo representativo cualquiera con que se pretenda sustituir la moneda. No obstante, el pago podrá hacerse parcial y excepcionalmente en especie, hasta el 30% (treinta por ciento), siempre que estas prestaciones sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, redunden en beneficio de los mismos y que el valor que se les atribuya sea justo y razonable. Si el valor de la remuneración en especie no se determina en el contrato de trabajo, será fijado prudencialmente por la autoridad competente.

COMENTARIO: siempre que la ley no arbitre los mecanismos de control del nivel de cumplimiento de lo que establece en su contenido podría habilitar el camino para generar en incumplimiento o cumplimiento a medias, en tal sentido habría que analizar a qué hace referencia el término establecido en la ley referido a “redunden en beneficios de los mismos (trabajadores) y que el valor que se les atribuya sea justo

y razonable”, siendo justo y razonable basado en qué indicadores que permitan definir, medir y evaluar tales criterios a la luz del derecho a un trabajo digno.

LEYES PROMULGADAS AÑO 2019

LEY N° 6338/2019

QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY N° 5407/15 “DEL TRABAJO DOMÉSTICO”

EL CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA SANCIONA CON FUERZA DE LEY:

Artículo 1°.- Modifícase el Artículo 10 de la Ley N°5407/15 “DEL TRABAJO DOMÉSTICO”, cuyo texto queda redactado de la siguiente forma:

“Art. 10.- Salario Mínimo legal.

Las trabajadoras y trabajadores domésticos se beneficiarán del régimen de salario mínimo legal para actividades diversas no especificadas establecido por el Poder Ejecutivo.

Las personas que desempeñen trabajo doméstico en turnos discontinuos o jornadas inferiores a la jornada máxima legal, no podrán recibir remuneraciones que sean proporcionalmente inferiores al salario mínimo legal para esta actividad.”

Artículo 2°.-Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Aprobado el Proyecto de Ley por la Honorable Cámara de Senadores, a **catorce días del mes de marzo del año dos mil diecinueve**, quedando sancionado el mismo por la Honorable Cámara de Diputados, a **diecinueve días del mes de junio del año dos mil diecinueve**, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 207 numeral 2) de la Constitución Nacional.

COMENTARIO: con esta modificación legal sin duda se materializó una justicia social pendiente por parte del Estado paraguayo al colectivo de las trabajadoras doméstica, intentando subsanar tantas omisiones históricas y culturales. Finalmente la ley plasmó en sus contenidos una redacción justa y equitativa en lo que hace a reconocer el salario mínimo vital y móvil como piso y no como techo para las trabajadoras del servicio doméstico en el Paraguay.

LEY N° 6339/2019
QUE REGULA EL EMPLEO A TIEMPO PARCIAL

EL CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA SANCIONA CON FUERZA DE LEY:

Artículo 1°.- Objeto. La presente Ley tiene por objeto regular el empleo a tiempo parcial entre trabajadores y empleadores del sector privado para la realización de un trabajo o prestación de un servicio. Puede celebrarse contrato de empleo parcial en el ámbito de todas las actividades lícitas y lucrativas de carácter laboral y las modalidades de contrato podrán ser establecidas por tiempo determinado, indeterminado, continuo, discontinuo y ocasional.

Artículo 2°.- Autoridad de aplicación. A los efectos de la presente Ley, la autoridad de aplicación es el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la que en el ejercicio de sus competencias, regulará y controlará el cumplimiento de esta ley, estando facultada a aplicar las sanciones que establecen el Código del Trabajo y las legislaciones vigentes del ámbito socio-laboral. En materia del seguro social, la autoridad de aplicación de sanciones previstas en su normativa vigente, será el Instituto de Previsión Social (IPS).

Artículo 3°.- El contrato de trabajo a tiempo parcial. El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado una prestación subordinada de actividad laboral de una duración de entre 16 (dieciséis) a 32 (treinta y dos) horas semanales. El contrato de trabajo a tiempo parcial, deberá formalizarse por escrito. Cualquier tipo de contrato de trabajo celebrado entre el trabajador y el empleador que supere las 32 (treinta y dos) horas semanales establecidas en esta Ley, será considerado como relación laboral a tiempo completo. El contrato de trabajo a tiempo completo que estuviera vigente al momento de entrada en vigencia de la presente Ley, no perderá sus efectos y su terminación se registrará, de conformidad a lo establecido en el Título II, Capítulo IX del Código del Trabajo.

Artículo 4°.- Distribución de las jornadas de trabajo. Dentro del límite de horario semanal mencionado en el artículo anterior, se podrán distribuir las jornadas de trabajo mediante la determinación de cierto número de horas al día, de días a la semana o de semanas al mes.

En caso excepcional, de superarse el total de horas máximas de trabajo fijadas en el artículo anterior, el empleador deberá retribuir las horas extraordinarias trabajadas. El total de horas semanales extraordinarias no podrá exceder el 10% (diez por ciento) del total de horas semanales establecidas en el contrato, dentro del límite establecido en el Artículo 3° de la presente Ley. En caso de que la jornada diaria tuviese una duración superior a las 5 (cinco) horas de trabajo, la jornada se dividirá en dos secciones con un descanso intermedio que se adapte racionalmente a la naturaleza del trabajo y a las necesidades de los trabajadores, el cual no será menor de media hora. El tiempo de descanso no se computará en la jornada de trabajo.

Artículo 5°.- Exclusión.

Quedarán excluidos de la presente Ley:

- a) Docentes públicos y privados.
- b) Personal de Blanco.
- c) Trabajador del sector de Transporte Público.

Para los casos no previstos en este artículo, se remitirá a lo dispuesto en la reglamentación respectiva.

Artículo 6°.- De la remuneración. La remuneración de los trabajadores a tiempo parcial, se calculará de conformidad con la cantidad de horas trabajadas y dicho cálculo se realizará sobre la base del salario mínimo legal vigente; en el caso de que este sea superior, dicho cálculo se realizará sobre la base del salario convenido entre las partes, dividido 26 (veintiséis) días y el resultado dividido por 8 (ocho) horas. En ningún caso, podrá utilizarse una base de cálculo inferior al salario mínimo legal vigente para efectuar el cálculo de las remuneraciones por hora del trabajador a tiempo parcial. Para aquellas actividades en las cuales el salario esté regulado por la autoridad administrativa del trabajo, la base de cálculo será lo establecido en la respectiva resolución ministerial vigente.

Artículo 7°.- Vacaciones. El trabajador a tiempo parcial tendrá derecho a un período de vacaciones remuneradas después de cada año de trabajo continuo al servicio del mismo empleador, cuya duración se regirá por lo dispuesto en el Código del Trabajo. Para calcular el monto que el trabajador debe percibir con motivo de sus vacaciones, se deberá aplicar lo establecido en el Artículo 220 del Código del Trabajo.

Artículo 8°.- De las licencias. El trabajador a tiempo parcial tiene derecho al usufructo de las licencias previstas en el Código del Trabajo. Las mujeres trabajadoras a tiempo parcial gozarán de todos los derechos y beneficios previstos en la Ley N° 5508/15 “PROMOCIÓN, PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y APOYO A LA LACTANCIA MATERNA”. Las horas de licencia para el permiso de lactancia materna, serán calculadas en proporción a las horas trabajadas. Los trabajadores gozarán de las licencias de paternidad previstas en la misma Ley.

Artículo 9°.- Asignación familiar. El trabajador a tiempo parcial tiene derecho a percibir una asignación equivalente al 5% (cinco por ciento) del salario mínimo mensual vigente por cada hijo, hasta su mayoría de edad, de conformidad con lo establecido en los Artículos N°s 262 y 263 del Código del Trabajo.

Artículo 10.- De la Seguridad Social. El trabajador que se desempeñe bajo la modalidad contractual a tiempo parcial, es sujeto del seguro social obligatorio administrado por el Instituto de Previsión Social (IPS), por cada vínculo laboral que desempeñe. El porcentaje de los aportes a cargo del empleador y el trabajador a tiempo parcial, serán los mismos establecidos para el régimen general del seguro social obligatorio. La base imponible será la remuneración efectivamente percibida por el trabajador a tiempo parcial. En el caso de que la remuneración percibida por cada vínculo laboral sea inferior al Salario Mínimo Legal Vigente, el empleador deberá completar el 100% (cien por ciento) del monto destinado solamente para cubrir el Fondo de Enfermedad-Maternidad. El Fondo de Jubilaciones y Pensiones quedará cubierto por lo realmente ingresado en concepto de cotizaciones al seguro social. Los trabajadores bajo la modalidad de empleo a tiempo parcial, tendrán derecho a todas las prestaciones de corto y largo plazo otorgadas por el seguro social administrado por el Instituto de Previsión Social (IPS) en proporción a lo aportado. El Instituto de Previsión Social (IPS) deberá reglamentar la forma de ingreso de los importes complementarios realizados por el empleador para cubrir el Fondo de Enfermedad-Maternidad íntegramente.

Artículo 11.- No exclusividad. Los trabajadores a tiempo parcial podrán celebrar contratos de trabajo con dos o más empleadores, y no se podrá pactar la exclusividad de servicios en favor de uno solo.

Artículo 12.- Igualdad de trato y supletoriedad. Los trabajadores a tiempo parcial, tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo de conformidad con lo establecido en esta Ley y en el Código del Trabajo, el cual se aplicará supletoriamente en todos los casos que no estén previstos en esta Ley. En los casos de controversia derivados de la interpretación del contrato de trabajo a tiempo parcial, se resolverán por las disposiciones de la presente Ley y en forma supletoria por las normas del Código del Trabajo.

Artículo 13.- Régimen previsional supletorio. En todo aquello que no se halle previsto en la presente Ley en materia de derechos y obligaciones de los empleadores y trabajadores sujetos del seguro social obligatorio del Instituto de Previsión Social (IPS), se estará a lo dispuesto en el Decreto-Ley N° 1860/50, aprobado por la Ley N° 375/56 “POR EL CUAL SE APRUEBA EL DECRETO-LEY N° 1860 DEL 1° DE DICIEMBRE DE 1950, POR EL SE MODIFICA EL DECRETO-LEY N° 17.071, DE FECHA 18 DE FEBRERO DE 1943 DE CREACIÓN DEL INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL” y sus modificaciones.

Artículo 14.- Sanción. El incumplimiento de las disposiciones establecidas en la presente Ley, será sancionado de conformidad con lo dispuesto en el Código del Trabajo y de las normativas que resultaren aplicables en materia de seguridad social para el trabajador a tiempo completo.

Artículo 15.- Contrato de trabajo suspendido. No se considerarán trabajadores a tiempo parcial a los trabajadores a tiempo completo que se encuentren en situación de desempleo parcial, es decir, aquellos que estén afectados por una reducción colectiva y temporal de la duración normal de su trabajo por motivos económicos, tecnológicos o estructurales.

Artículo 16.- Entrada en vigencia y reglamentación. La presente Ley entrará en vigencia en un plazo máximo de 3 (tres) meses contados a partir de su publicación, plazo en el cual el Poder Ejecutivo deberá

reglamentarla a través del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Artículo 17.- Derogación. Quedan derogadas las disposiciones legales contrarias a la presente Ley.

Artículo 18.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Aprobado el Proyecto de Ley por la Honorable Cámara de Senadores, a **cuatro días del mes de abril del año dos mil diecinueve**, quedando sancionado el mismo por la Honorable Cámara de Diputados, a **diecinueve días del mes de junio del año dos mil diecinueve**, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 204 de la Constitución Nacional.

COMENTARIO: si bien el objetivo principal de este trabajo no es analizar esta normativa en particular, si llama la atención que en términos numéricos si se puede observar sólo se diferencia de un dígito de la Ley que ha modificado la Ley N°5407/15 del Trabajo Doméstico (Ley N°6338/19) y la Ley del Empleo Parcial (Ley N°6339/19).

RESOLUCIÓN MTESS N° 2660/2019

POR LA CUAL SE REGULA LA INSCRIPCIÓN DE LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS AL INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL BAJO LA MODALIDAD DE EMPLEO PARCIAL DISPUESTA EN LA LEY 63639/209 “QUE REGULA EL EMPLEO A TIEMPO PARCIAL” Y ESTABLECE SU ENTRADA EN VIGENCIA PARA ESTE SECTOR COMO MEDIDA DE URGENCIA.

ART- 1 OBJETO Y ALCANCE. La presente regulación tiene como objeto regular el ingreso de los trabajadores domésticos al seguro social obligatorio IPS bajo la modalidad de empleo parcial establecido por la Ley N° 6339/2019.

ART. 2. DE LA CANTIDAD DE HORAS DE TRABAJO PARA LA INSCRIPCIÓN AL SEGURO SOCIAL. El IPS inscribirá a los trabajadores domésticos bajo la modalidad de empleo parcial siempre y cuando en el contrato de trabajo por escrito figure que el vínculo laboral se establece bajo esta modalidad contractual y se ajuste a la carta horaria semana entre 16 a 32 horas conforme lo establece el artículo 3° de la Ley 6339/2019.

ART. 3° DE LOS APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA REMUNERACIÓN IMPONIBLE: Los aportes a la seguridad social del servicio doméstico bajo la modalidad a tiempo parcial serán

- a) La cuota mensual del 6% a cargo del trabajador calculado sobre la remuneración realmente percibida
- b) La cuota mensual del 14% a cargo del empleador sobre la remuneración efectivamente abonada.
- c) El aporte patronal adicional de 2,5% sobre la remuneración efectivamente abonada.

El empleador además deberá aportar el importe que corresponda al complemento del fondo de enfermedad y maternidad de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley N° 6339/19. El IPS deberá readaptar su sistema informático para que los fondos puedan distribuirse de acuerdo al aporte efectuado en el caso de la modalidad de empleo a tiempo parcial con más de un empleador. Las cotizaciones con más de un empleador serán acumulativas en la historia laboral del trabajador a los efectos de computarse en el estado de cuenta del titular como semanas de aportes para el fono de jubilaciones y pensiones. Las disposiciones generales sobre esta regulación se establecerán en el Decreto Reglamentario de la Ley N° 6339/2019.

ARTÍCULO 4°. DE LA READECUACIÓN DEL SISTEMA DE INSCRIPCIÓN DEL TRABAJADOR DOMÉSTICO: El IPS deberá establecer los mecanismos que correspondan para discriminar dentro de su sistema informático las siguientes opciones de cotización:

- a) Cotizante al régimen general doméstico.
- b) Cotizante al régimen parcial doméstico.

Los patrones que a la fecha de la presente Resolución tengan a sus trabajadores domésticos en el seguro social y pacten con los mismos el cambio de régimen del general al parcial, deberán hacerlo a través del sistema de Registro Electrónico de Información (REI) del IPS o en las oficinas de la Dirección de Aporte Obrero Patronal, adjuntando el contrato del trabajador doméstico. El cómputo del pago para esta modalidad se tendrá al mes siguiente vencido el cambio efectuado por la patronal. El Instituto de Previsión Social deberá poner en marcha el funcionamiento de la inscripción bajo el régimen de cotizante parcial doméstico en un plazo máximo de cinco días posteriores a la notificación de la presente resolución.

ARTÍCULO 5º. DE LA EXIGENCIA DEL CONTRATO Y LAS DEMÁS DOCUMENTACIONES PARA LA INSCRIPCIÓN AL SEGURO. En todos los casos el IPS exigirá el contrato por escrito de la trabajadora doméstica para inscribirla al seguro social bajo la modalidad de cotizante en el régimen parcial doméstico. Dicho documento será la prueba de la modalidad acordada y le dará derecho a cotizar sobre una base imponible dentro de los parámetros establecidos en la Ley N° 6339/2019, con una carga horaria entre dieciséis (16) a treinta y dos (32) horas semanales. El IPS además podrá exigir las documentaciones que considere pertinente de acuerdo a las reglamentaciones previstas para la inscripción patronal y del trabajador al seguro social.

ARTÍCULO 6. DE LA BASE IMPONIBLE PARA LOS CONTRATOS DE TRABAJO INFERIORES A 16 HORAS. Los contratos laborales para el servicio doméstico con carga horaria inferior a dieciséis (16) horas de trabajo no son consideradas como modalidad a tiempo parcial. Para estos casos, la base mínima imponible del seguro social obligatorio del IPS será el importe correspondiente al total de dieciséis (16) horas semanales calculadas de conformidad con dispuesto en el art. 6º de la Ley Nª 6339/2019. Los descuentos de aporte que hagan los empleadores a sus trabajadores no podrán exceder el nueve por ciento (9%) de los salarios o sueldos realmente pagados, quedando a cargo del respectivo empleador las diferencias necesarias para completar las que correspondan a los mínimos que establece este artículo.

ARTÍCULO 7º: DE LAS PRESTACIONES DE CORTO Y LARGO PLAZO. Los trabajadores domésticos a tiempo parcial gozarán de todas las prestaciones previstas para un trabajador a tiempo completo que ofrece el IPS tanto para él como para su familia. El acceso a las prestaciones se regirá por los periodos de carencias exigidos en las reglamentaciones del IPS para todos los casos. Las distribuciones de los aportes en el estado de cuenta del trabajador serán establecidas en la Reglamentación de la Ley N° 6339/2019.

ARTÍCULO 8º. DEL TIEMPO DE ENTRADA EN VIGENCIA DE LOS CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL A LOS EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN PATRONAL ANTE EL IPS. Los contratos a tiempo parcial para los trabajadores domésticos cuyo tiempo de vigencia será anterior a la puesta en marcha del sistema informático de IPS y poste-

rios a la entrada en vigencia de la Ley N° 6339/2019, se aplicarán de forma retroactiva a los efectos de la determinación de la base imponible del seguro social sobre la remuneración realmente percibida. La fecha de firma del contrato hará plena fe para la determinación del importe a ser abonado como cotización por parte del empleador, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° de la presente Resolución a las normas vigentes en el IPS que regulan la materia. La cotización de la seguridad social será abonada a partir de la fecha de inicio de actividades que conste en el contrato por escrito y tendrá vencimiento de acuerdo a las normativas vigentes en el IPS. En los casos de cambio de modalidad del régimen general doméstico al régimen parcial doméstico, se estará a lo dispuesto en el presente artículo respecto a la fecha de entrada en vigencia del contrato de trabajo a tiempo parcial a los efectos del seguro social.

ARTÍCULO 9°. DE LA SUPLETORIEDAD. En todo lo no expresamente establecido en esta Resolución, se estará a lo dispuesto en la Reglamentación de la Ley N° 6339/2019 “Que Regula el Empleo Parcial”. A ser dictada por el Poder Ejecutivo. Las demás disposiciones de la Ley N° 5407/2015 y su reglamentación respectiva se mantienen vigentes.

ARTÍCULO 10. DE LA ENTRADA EN VIGENCIA. La presente resolución entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación.

COMENTARIO: Ley del Empleo Parcial (Ley N° 6339/19) cuenta con esta reglamentación que establece el mecanismo de inscripción de las trabajadoras domésticas al IPS, es decir, la reglamentación surge de la Ley del Empleo Parcial y no de la Ley N°6338/19 que estableció la igualdad salarial modificando el art. 10 de la Ley del Trabajo Doméstico, lo cual es observado con mucha atención tanto por quiénes elaboramos este trabajado y coincide con lo señalado por el Sindicato de las Trabajadoras del Servicio Doméstico y referentes sociales concedoras en la temática.

SEGUNDA PARTE ENTREVISTAS A REFERENTES

ENTREVISTADAS: PATRICIA LUNICH Y JESSICA ESPÍNOLA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE PROMOCIÓN A LA MUJER TRABAJADORA DEL MTESS.

Fecha: 25 de Octubre de 2019

1. *¿Cuáles son las principales cláusulas del contrato de las trabajadoras domésticas?*

Cuando hablamos de la ley del trabajo doméstico es crucial saber que es la Ley N° 5407/15 que entro en vigencia en julio del 2019 donde con esa modificación se elevó el salario, en dicha ley en su art. 7 establece la obligatoriedad de un contrato escrito. Donde sus cláusulas principales son:

1. Identificación de las partes.
2. Domicilio del trabajador.
3. Función que va desempeñar la trabajadora doméstica.
4. Lugar de prestación de servicio.
5. Elementos de trabajo.
6. Duración y termino de contrato (la ley presume que es a tiempo indefinido salvo casos excepcionales).
7. Remuneración y forma de pago (por día, por semana, por mes).
8. Jornada de trabajo (entrada y salida).
9. Intervalo de descanso.
10. Provisión de alimentos y habitación.

2. *¿Cuáles son los mecanismos de denuncias ante el incumplimiento del nuevo contrato ante el MTESS?*

Al tener algún incumpliendo de contrato, para las denuncias presenciales hay que recurrir al MTESS en el departamento de servicio de atención de asuntos laborales que se encuentra en planta baja, con fotocopia de cedula de identidad, donde serán recibidos por un abogado laboralista, quien les hará una entrevista socio laboral, llenaran una ficha confidencial, luego se procede a elaborar la liquidación, y si no se llega a un acuerdo, se les insta a hacer una denuncia donde son citados a una audiencia de mediación en la primera instancia. El MTESS cuenta con dos departamentos que son el: Departamento de Servicio de

Atención de Asuntos Laborales-SAAL: que se encarga de prestar asesoramiento integral a trabajadoras, empleadoras/es, empresas y público en general sobre la aplicación de la normativa laboral vigente y demás leyes complementarias que protegen a las mujeres trabajadoras. Y el Departamento de Programas y Proyectos: que se encarga de promover, diseñar e implementar programas y proyectos para el acceso al empleo, trabajo, formación, capacitación laboral y protección social de las mujeres trabajadoras.

3. *¿Cuáles serían las situaciones en que se puede contratar una trabajadora doméstica en un régimen civil de prestación de servicios?*

Las situaciones son en las que ella provea sus propios elementos y cuando se constituya como empresa, en el art. 3 y 4 de la Ley N° 5407/15 establece y tipifica quiénes son y las excepciones donde no se existen relación de dependencia.

4. *¿Cuántas denuncias recibieron como MTESS desde que la Ley N° 6338/19 se encuentra vigente?*

Tienen registrados de 40 a 50 denuncias por mes, donde las denuncias son de diferentes inconvenientes donde no siempre son de despidos, el mes de agosto de este año cerramos con 55 denuncias aproximadamente.

5. *¿Cuentan con estadísticas de denuncias a partir de la reforma legal, aumentos, disminuciones y casos desagregados por ejemplo por: 1? Despido. 2. Maternidad. 3. Incumplimiento del Salario Mínimo Vital. Edad de las trabajadoras. ¿Área de residencia y donde desempeña el trabajo (zona urbana-rural)? ¿Nos pueden facilitar?*

Si se tienen unas estadísticas que van de un 40 a 50 % de denuncias al mes, que generalmente son los pagos de aguinaldos, disminución salarial, la disminución de las horas laborales, es decir los recortes horarias que se produjeron a raíz de la vigencia de la ley de las trabajadoras domésticas. Despido por maternidad muy poco solo un 20%, incumplimiento salarial solo un 10%. Si hay que destacar que hubo una merma considerable de las personas menores de edad, trabajando como empleadas domésticas. En las zonas urbanas las trabajadoras domésticas si son remuneradas con el salario mínimo vigente, pero las trabajadoras en

el sector rural sigue habiendo un importante incumplimiento, ya sea en el pago del salario mínimo vigente como en el pago al IPS.

6. *Ha aumentado la tasa de desempleo de las trabajadoras domésticas desde la entrada en vigencia de la Ley N° 6338/19 ¿En cuánto por ciento? ¿En comparación a?*

No hubo aumento de desempleo desde la sanción de igualdad salarial, no hubo despidos masivos al contrario hubo cambio de formalidad y modalidad.

7. *¿Qué acciones de promoción y difusión de los derechos las trabajadoras domésticas realizan el MTESS? ¿Podría señalar a quiénes va dirigida dichas acciones, de qué manera, con qué periodicidad? cuentan con informes de sistematización, evaluación del proceso y resultado de tales acciones?*

Comisión tripartita de igualdad de oportunidades (citó) funciona como una mesa de diálogo, difusión y promoción de los derechos.

8. *De qué manera se comunican y trabajan con las organizaciones y/o sindicatos de las trabajadoras domésticas? Existen mesas de diálogo, elaboración conjunta de ruta y/o protocolos de actuación?*

De diversas maneras las trabajadoras domésticas se comunican con las organizaciones y sindicatos, una de las formas con las organizaciones sindicales tradicionales que son la CUT y el sindicato de trabajadoras domésticas, también con la comisión tripartita de igualdad de oportunidades (cito) que funciona como una mesa de diálogo de difusión y promoción de los derechos. Se ha combinado una mesa de diálogo permanente desde el mes de agosto del corriente año⁷, y se conformó para socializar y analizar la nueva ley del tiempo parcial.

9. *¿El MTESS recibe cooperación técnica de organismos nacionales y/o internacional para promover y proteger los derechos de las trabajadoras domésticas? ¿De qué manera?*

Uno de los organismos internacionales que presta asistencia técnica es la función de la organización internacional del trabajo (OIT) es un organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales.

7 2019.

10. ¿Desea agregar algo más?

Cabe destacar que con la implementación de la Ley hay varios avances podemos separarlos con un antes y después. Antes: les correspondía solo el 40% del salario mínimo vigente, debían hacer 10 horas de trabajo, no tenían estabilidad laboral, no se jubilaban etc. Después: hubo un aumento donde ya les correspondía el 60% del salario mínimo vigente, debían tener 8 horas de trabajo, trabajo estable con contrato obligatorio, solamente pueden ser despedidas con un juicio por causa justa, pasan al régimen general para aportar la jubilación, IPS, empleo parcial etc.

ENTREVISTADO/A: SINDICATO DE TRABAJADORAS DEL SERVICIO DOMÉSTICO DEL PARAGUAY⁸

Entrevistadas: Marciana Santander Santacruz e Ignia Santander

Fecha: 27 de octubre de 2019

8 Se procedió a visitar a la Sra. Marciana Santander, dirigente sindical del Sindicato de las Trabajadoras del Servicio Doméstico del Paraguay (Sintradespy) quién invitara a las docentes y alumnos a participar en el programa radial denominado *“Doméstica ñe’é, la voz de la trabajadora doméstica”* que se emite todos los domingos de 15 a 17 horas en la frecuencia de la 96.7 FM, desde el Barrio La Chacarita. Grabación del programa disponible en: <https://www.facebook.com/sintradespy/>

Previamente al programa radial, del 27 de octubre de 2019, las docentes y los y las estudiantes participaron de una entrevista a la Sra. Marciana Santander Martínez y a la Srta. Ignia Vázquez Santander con quienes se conversó sobre los principales avances y desafíos en el marco de la reforma legal atendiendo a sus principales motivaciones de luchas y reivindicaciones en cuanto a la exigibilidad sobre sus derechos laborales como trabajadoras domésticas.

En el espacio radial se ha participado en dos bloques, en el primero se centró en la participación de las docentes las Profesoras Nora Lezcano y Melissa Duré donde se compartió sobre de qué se trata el trabajo de investigación, por qué o cómo fue el proceso para la elección del tema y qué resultados arroja hasta el momento la investigación (lo que se pudo adelantar) y se resaltó sobre cómo podría beneficiar este tipo de investigaciones al sector de las trabajadoras doméstica en particular y a toda la sociedad en general.

Y en un segundo momento se conversó con dos estudiantes al aire, Emiliano Patiño y Laura Benítez ambos cursando el 3er año de la carrera de Derecho de la Universidad UNIBE, quienes compartieron sobre qué opinaban del trabajo doméstico antes, si cambió esa opinión con el desarrollo de la investigación y que sienten ahora respecto al trabajo doméstico y finalmente, qué les aportó o aporta participar en el trabajo de investigación tanto en lo personal como académico.

“El problema nunca está en la igualdad, el problema está en la desigualdad y la reforma legislativa muestra problemas de fondo, como la necesidad de generar otras políticas públicas donde la igualdad sea siempre un elemento común para generar condiciones de equidad” y el sócalo de la entrevista que lleva esta denominación *“Salario mínimo de las trabajadoras domésticas pone luz sobre igualdades históricas”* (dichas expresiones fue

1. ¿Cómo inició y cuando el Sindicato de Trabajadoras del Servicio Doméstico del Paraguay?

Aún no está oficializado el Sindicato, está en trámites de inscripción desde el año pasado (2018) ante el MTESS.

2. ¿Qué representa para el Sindicato la aprobación de la Ley N° 6338/19?

Un avance importante pero a la vez una decepción debido a la promulgación paralela de la ley del empleo parcial, que nos termina limitando en muchos aspectos.

3. Cuáles fueron las principales dificultades con los que se encontraron para lograr la aprobación de la Ley N° 6338/19? Como lograron superarlas?

Es una lucha de más de 13 años, y una de las principales dificultades fue demostrar la desigualdad y discriminación, que las “trabajadoras domésticas” son empleadas como en cualquier otro rubro, y que tienen un respaldo constitucional que es el de la remuneración justa.

4. ¿Cuál es la postura del Sindicato respecto de otros trabajadores que no están de acuerdo con la igualdad salarial? Cómo creen que el Estado debe asegurar la igualdad de todas las personas a tener un trabajo y en condiciones dignas e igualitarias?

registradas de manera literal de las expresiones de la Prof. Nora Lezcano que fueran emitidas durante la entrevista en el programa radial).

En otras de las publicaciones del Facebook colocaron el siguiente mensaje en el muro del Sintradespy: *“Tercera temporada de nuestro programa con el Centro de Documentación y Estudios (CDE) y el apoyo de la Unión Europea y la Embajada de Canadá para Paraguay. Hoy tenemos el honor de recibir a un grupo de profesoras y estudiantes de Derecho de la UNIBE que están investigando el impacto del avance en la legislación del trabajo doméstico en nuestro país”.*

La entrevista también fue compartida en el muro de la red social Facebook de la organización de la sociedad civil Centro de Documentación y Estudios (CDE) con la siguiente reseña *“Profesoras y estudiantes de la carrera de Derecho de la Universidad Iberoamericana participan hoy del programa de las compañeras del Sindicato de Trabajadoras del Servicio Doméstico del Paraguay. Este grupo lleva adelante una investigación sobre los avances y desafíos que trae consigo el cambio de la ley que otorgó la igualdad salarial a las trabajadoras domésticas”.*

A su vez, la entrevista completa fue compartida en el muro de “Igual valor, igual derecho” con la reseña compartida por el CDE.

Esta experiencia marca un antes y un después en los procesos de elaboración de proyectos interdisciplinarios que alcanzan gran difusión durante el proceso de desarrollo de la investigación.

Creemos que todo es consecuencia de la falta de apoyo del Estado en todos los rubros, tanto con trabajadoras domésticas como con todos los sectores principalmente privados, en cuanto a las políticas públicas, pero creemos que así como nosotras nos unimos a esta lucha, cada sector de trabajadores debería hacer lo mismo y pelear por lo que le corresponde.

5. *¿Conocen si ha aumentado la tasa de desempleo de las trabajadoras domésticas desde la entrada en vigencia de la Ley N° 6338/19? ¿Qué opinan al respecto?*

El principal dato que manejamos está basado en el de empleo parcial, que obliga a muchas trabajadoras domésticas a “trabajar de manera no formal”.

6. *¿Cuentan con algún tipo de acciones de apoyo de políticas sociales y públicas en general por parte del Estado?*

Políticas públicas no, tenemos el apoyo del CDE⁹ y de la Embajada de Canadá.

7. *Qué representa para ustedes como Sindicato y como trabajadoras domésticas la entrega en vigencia de la Ley de Empleo Parcial?*

Para nosotras la ley del empleo parcial significa un retraso para la victoria que creíamos estábamos logrando, por la forma en que está articulada, nos limita completamente para la misma jubilación.

8. *¿Qué acciones de promoción y difusión de los derechos las trabajadoras domésticas realizan como Sindicato? Podría señalar a quiénes va dirigida dichas acciones, de qué manera, con qué periodicidad? cuentan con informes de sistematización, evaluación del proceso y resultado de tales acciones? Sobre todo de marzo a octubre 2019.*

No hay un sistema de promoción bien determinado, solo hay comunicación a través de la transmisión del programa de radio, o a través del sindicato y redes sociales.

9. *De qué manera se relacionan con el MTESS? Existen mesas de diálogo, espacios de articulación y participación de ustedes con el ente rector y otros Organismos y/o Entidades del Estado (OEE)?*

9 Organización de la sociedad civil: Centro de Documentación y Estudios (CDE).

Nunca tuvieron una buena recepción ni comunicación con el MTESS, por ende mucho menos tienen participación e incluso en ocasiones fueron evadidas de ser atendidas principalmente por la actual Ministra.

ENTREVISTADA¹⁰: LILIAN SOTO¹¹

Fecha: 19 de Noviembre de 2019

1. *¿Cuál es la labor que desempeña respecto al sector de los derechos humanos de las personas trabajadoras domésticas en el país? (Laura Benítez12).*

Me he desempeñado en el ámbito de la investigación y lucha por los derechos de las trabajadoras domésticas desde hace varios años.

2. *¿Qué representa según usted la aprobación de la Ley N° 6338/19? (Laura Benítez).*

Significa más allá de una lucha de varios años, una cuestión de cambio social en donde se involucran varios aspectos como el género, el “clasismo”, la discriminación social y legal, pero todo lo cual forma parte como lo menciono anteriormente del cambio social, de avanzar.

3. *¿Cuáles fueron las principales dificultades con los que se encontraron las trabajadoras domésticas y las personas/organizaciones que apoyaron la aprobación de la Ley N° 6338/19? ¿Y Cómo cree que pudieron ser superadas para lograr dicha aprobación? (Emiliano Patiño – Laura Benitez).*

3.1 Las principales dificultades se observaron en el Congreso Nacional y en cuanto a las personas que no quieren que las trabajadoras domésticas tengan un sueldo mínimo como lo estipula la ley. Un claro

10 Las respuestas se recogen del Conversatorio realizado de manera conjunta con la Sra. Lilian Soto, en la fecha mencionada, con la participación de los estudiantes que se encuentran mencionados en este trabajo, las docentes de las cátedras que elaboran el presente trabajo académico, directivos y académicos de la Dirección de la carrera de Derecho y Notariado y del Consultorio Jurídico de la Universidad.

11 Se decidió contactar con la Sra. Lilian Soto como destacada activista, feminista y promotora de los derechos humanos de las trabajadoras domésticas.

12 Los nombres de los y las estudiantes que figuran entre paréntesis corresponden a las personas que sistematizaron el conversatorio con la Sra. Lilian Soto para poder responder cada una de las preguntas como se presentan en este apartado.

ejemplo sería la clase alta y la clase política que vive explotando a este sector carente de ayuda del gobierno.

3.2 Las dificultades pudieron ser superadas gracias al compromiso de las trabajadoras domésticas que tuvieron la valentía de ir a exigir sus derechos, también tenemos al sector profesional que les brindó toda la información necesaria para que las trabajadoras domésticas logaran esta aprobación.

Como dificultad se encuentra el hecho de poder modificar el ánimo social, los conceptos que están muy arraigados con relación al trabajo doméstico, y poder focalizar el tema hacia la existencia de una discriminación legal.

4. *¿Conoce si ha aumentado la tasa de desempleo de las trabajadoras domésticas desde la entrada en vigencia de la Ley N° 6338/19? ¿Cuál es su opinión al respecto? (Emiliano Patiño).*

No hubo desempleo en el sector de trabajadoras domésticas desde la implementación de la ley, lo que si hubo fue reajuste de horario con las trabajadoras domésticas para cumplir las horas diarias.

En mi opinión es una excusa de la clase media alta el no poder pagar el salario mínimo a las trabajadoras domésticas, y una clara ayuda del sector que explota al trabajo doméstico.

5. *¿Qué representa para usted la entrada en vigencia a su vez de la Ley de Empleo Parcial en relación a la ley que garantiza la igualdad salarial de las personas trabajadoras domésticas? (Aida Duarte).*

Los trabajadores a tiempo parcial, tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo de conformidad con lo establecido en esta ley y en el código del trabajo, el cual se aplicará supletoriamente en todos los casos que no estén previstos en esta ley.

En los casos de controversia derivados de la interpretación del contrato de trabajo a tiempo parcial, se resolverán por las disposiciones de la presente ley y en forma supletoria por las normas del Código del trabajo.

6. *¿Cuáles son las dificultades que usted cree que existen entre la aplicación de la Ley N° 6338/19 y La Ley del Empleo Parcial? (Leticia Ortellado).*

Surgió una gran dificultad con la Resolución N° 2660/2019 del Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social que regula la inscripción de las trabajadoras domésticas al IPS bajo la modalidad del empleo parcial, que se emitió sin consulta a las trabajadoras. Lo que significa que se aporta como si se ganara salario mínimo, aun si con el sistema del pluriempleo no se llegue a percibir dicha suma, sin embargo la jubilación es sobre lo efectivamente percibido.

No permite que voluntariamente se pueda aportar la diferencia para la jubilación, completando el 100%.

El sistema de IPS actualmente deja sobre las trabajadoras la carga de comunicar los vínculos laborales y establecer un relacionamiento entre los diferentes empleadores a los efectos del prorrateo, cuando es el IPS el que debe diseñar el sistema que conecte automáticamente la cantidad de vínculos laborales donde cada empleador asuma únicamente la responsabilidad sobre su vínculo laboral.

El IPS pretende cobrar un complemento para el acceso a los servicios de salud que implicará que en aquellos casos en que una trabajadora cuente con varios vínculos laborales cada empleador deberá abonar íntegro el complemento de salud constituyéndose este en un cobro abusivo e indebido ya que debía ser prorrateado entre cada uno de los empleadores.

El IPS actualmente está obligando a los empleadores a modificar los vínculos contractuales al exigir –para la nueva inscripción bajo la modalidad de tiempo parcial– que sean descontratadas y dadas de baja del sistema para iniciar un nuevo vínculo bajo una nueva modalidad.

Es responsabilidad de IPS realizar un sistema de migración interna de datos que no implique la descontratación en detrimento de derechos adquiridos como ser la antigüedad.

El IPS dispone la retroactividad de la vigencia de los contratos a tiempo parcial, lo que implica que se deja sobre los empleadores/as la carga de abonar retroactivamente los aportes, es decir, pretenden que los empleadores/as paguen la negligencia del IPS de no haber establecido el sistema de prorrateo efectivo desde el 2015.

El IPS obliga a los/as empleadores/as que tengan con las trabajadoras un vínculo de menos de 16hs semanales, la carga se deberá abonar igualmente como si la trabajadora cumpliera el mínimo de horas.

7. *¿Qué acciones de promoción y difusión de los derechos las trabajadoras domésticas usted conoce que se realizan desde el Estado y/o la sociedad civil? (Claudia Villalba).*

El trabajo doméstico remunerado dejó de ser invisible en Paraguay, ya que está colocado en la agenda pública y social, se trabaja en la sociedad paraguaya por la igualdad del empleo doméstico, y las organizaciones de trabajadoras domésticas son actrices importantes del escenario nacional.

8. *¿Qué rol debe ser ejercido por el MTESS como ente rector en materia de los derechos laborales y en particular de los derechos de las personas trabajadoras domésticas, considerando los cambios normativos mencionados precedentemente? (Claudia Villalba).*

El MTES pretende aplicar la Ley N° 6339/2019 del empleo parcial al empleo doméstico, la Resolución N° 2660/2019 del Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social que regula la inscripción de las trabajadoras domésticas al IPS bajo la modalidad del empleo parcial, además esta reglamentación se emitió sin consulta con las trabajadoras domésticas. La Ley de empleo parcial trae varios problemas que se han mencionado: se aporta como si se ganara salario mínimo, aun si con el sistema del pluriempleo no se llegue a percibir dicha suma, sin embargo, la jubilación es sobre lo efectivamente percibido. No permite que voluntariamente se pueda aportar la diferencia para la jubilación, completando el 100%.

El sistema de IPS actualmente deja sobre las trabajadoras la carga de comunicar los vínculos laborales y establecer un relacionamiento entre los diferentes empleadores a los efectos del prorrateo, cuando es el IPS el que debe diseñar el sistema que conecte automáticamente la cantidad de vínculos laborales donde cada empleador asuma únicamente la responsabilidad sobre su vínculo laboral. Entre otros.

9. *¿Conoce de algún tipo de articulación y acciones de apoyo específico por parte de organizaciones de la sociedad civil y/u otros sin-*

dicatos y de la cooperación internacional hacia los derechos de las personas trabajadoras domésticas? (Tatiana Bauza).

Varias organizaciones no gubernamentales e internacionales que operan en Paraguay apoyan el proceso de trabajo por la igualdad del trabajo doméstico.

El Paraguay suscribió el Convenio N° 189 de la OIT en el año 2012, firmado en Ginebra, Suiza, en junio de 2011, sobre trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos.

Las trabajadoras domésticas están agremiadas en tres organizaciones: SINTRADOP: Sindicato de trabajadoras domésticas del Paraguay. SINTRADI: Sindicato de trabajadoras domésticas de Itapúa. ADESP. Asociación de Empleadas del servicio doméstico del Paraguay.

10.¿Cuál es su postura respecto de otros trabajadores que no están de acuerdo con la igualdad salarial? ¿Cómo cree que el Estado debe asegurar la igualdad de todas las personas a tener un trabajo y en condiciones dignas e igualitarias? (Tatiana Bauza).

Que todos tenemos derecho a la igualdad salarial, ya que un grupo de mujeres viene luchando hace años para conseguir esta igualdad, largas luchas permitieron que el Paraguay supere estados de desigualdades, y es el momento de decir basta a la discriminación salarial, es un acto de justicia con un sector trabajador de la población paraguaya.

El Estado está obligado a garantizar la disponibilidad de orientación técnica y profesional, y tomar las medidas apropiadas para crear un entorno propicio para que existan oportunidades de empleo, debiendo también garantizar la no discriminación en relación al trabajo doméstico con otros tipos de trabajo.

El derecho al trabajo y al salario mínimo es la base para la realización de otros derechos humanos y para una vida en dignidad.

11.¿Nos quisiera plantear algunas recomendaciones específicas en cuanto al tema central de nuestro proyecto interdisciplinario en relación a los avances y desafíos que trae la aprobación de la Ley N° 6338/19? (Victor Feliuz).

Los avances y desafíos que trae la Ley N° 6338/19, solo trae aparejado la equiparación del salario mínimo al sector de las trabajadoras domésticas, pero si hay un destaque relevante en el blanqueamiento de las

formalidades en cuanto al cumplimiento de esta ley. El conocimiento de la difusión de esta ley hizo que el empleador tome más conciencia de una realidad latente a la que fue sometido en materia salarial las trabajadoras domésticas.

No hubo un avance significativo en relación a esta ley específica, uno de los principales desafíos radica en realizar análisis y estudio para la incorporación de las trabajadoras domésticas al seguro social, para lo cual se requiere realizar un análisis específico de las reglamentaciones existente en la materia y de ser posible plantear incluso nuevas articulaciones convenientes para los sujetos de la problemática, teniendo en cuenta siempre la discriminación legal y la inclusión legal. **(Laura Benítez).**

TERCERA PARTE

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Durante todo el trabajo realizado se pretendió demostrar como parte del objetivo general y los objetivos específicos fundamentalmente que el problema no está en la igualdad sino el problema es la discriminación en cualquiera de sus formas y manifestaciones, que antes de julio de 2019, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 6338/19, el marco normativo vigente en relación al salario mínimo era claramente discriminador y por ende esta discriminación era legal.

El trabajo doméstico tiene fundamentalmente rostro femenino por ende requiere un abordaje desde el enfoque de género en razón a que en su mayoría las tareas domésticas son relegadas a la fuerza femenina en lo que hace al cuidado del hogar y la atención de niños/as y personas adultas mayores en las familias.

Sin duda la entrada en vigencia de la Ley N° 6338/19 representa un claro avance en términos de igualdad ante la ley, en este caso de igualdad salarial y un reconocimiento histórico por parte del Estado paraguayo en sus omisiones también históricas de segregar y discriminar este tipo de trabajos en una categoría inferior a la de cualquier otro tipo de empleos. Y parafraseando a Lilian Soto *“el trabajo doméstico remunerado dejó de ser invisible en Paraguay, ya que está colocado en la agenda pública y social, se trabaja en la sociedad paraguaya por la igualdad*

del empleo doméstico, y las organizaciones de trabajadoras domésticas son actoras importantes del escenario nacional”.

La Ley N° 6338/19 reconoce el salario mínimo a las trabajadoras domésticas, sin embargo es importante recordar que Salario Mínimo no debe ser considerado un Techo Salarial, sino debe ser percibido y considerado como un piso base remuneratorio. En tal sentido, cabe recordar lo postulado precedentemente en cuento a que de fondo, la equiparación salarial de las trabajadoras domésticas también lleva a replantear la re categorización del salario mínimo legal, el cual como piso remuneratorio está destinado para trabajadores que no tienen una capacitación especializada. Esto refleja un problema de fondo, en el cual se da el caso de muchos profesionales que trabajan en relación de dependencia y ganan justamente el salario mínimo. Por tanto, es necesario replantear el salario mínimo en atención a la capacitación de los trabajadores; pero que a la vez el salario mínimo legal para actividades no específicas sea siempre referencia para otros índices económicos que tienen mucha incidencia colectiva, como lo son las tasas de interés, el transporte público, los servicios de salud y la seguridad social.

Ha llamado la atención a esta investigación la entrada en vigencia de la Ley N° 6339/19 del Empleo Parcial, que si bien no es estudiado en este trabajo no ha podido ser dejado de mencionar, así como su reglamentación que lo vincula particularmente con una cuestión de fondo que hace al régimen de aportes al IPS, pues su reglamentación incluye el sistema de aporte en relación a las trabajadoras domésticas, en tal sentido en palabras de la referentes del Sindicato de Trabajadoras del Servicio Doméstico del Paraguay *“Para nosotras la ley del empleo parcial significa un retraso para la victoria que creíamos estábamos logrando, por la forma en que está articulada, nos limita completamente para la misma jubilación”.*

Como parte de los **principales desafíos identificados** se mencionan los siguientes:

- La Resolución N° 2660/2019 del Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social que regula la inscripción de las trabajadoras domésticas al IPS bajo la modalidad del empleo parcial, se emitió sin consulta a las trabajadoras. Lo que significa que se aporta como si se ganara salario mínimo, aun si con el sistema del pluriempleo no se

llegue a percibir dicha suma, sin embargo la jubilación es sobre lo efectivamente percibido.

- No permite que voluntariamente se pueda aportar la diferencia para la jubilación, completando el 100%.
- El sistema de IPS actualmente deja sobre las trabajadoras la carga de comunicar los vínculos laborales y establecer un relacionamiento entre los diferentes empleadores a los efectos del prorrateo, cuando es el IPS el que debe diseñar el sistema que conecte automáticamente la cantidad de vínculos laborales donde cada empleador asuma únicamente la responsabilidad sobre su vínculo laboral.
- El IPS pretende cobrar un complemento para el acceso a los servicios de salud, que implicará que en aquellos casos en que una trabajadora cuente con varios vínculos laborales cada empleador deberá abonar íntegro el complemento de salud constituyéndose este en un cobro abusivo e indebido ya que debía ser prorrateado entre cada uno de los empleadores.
- El IPS actualmente está obligando a los empleadores a modificar los vínculos contractuales al exigir –para la nueva inscripción bajo la modalidad de tiempo parcial– que sean descontratadas y dadas de baja del sistema para iniciar un nuevo vínculo bajo una nueva modalidad.
- Es responsabilidad de IPS realizar un sistema de migración interna de datos que no implique la descontratación en detrimento de derechos adquiridos como ser la antigüedad.
- El IPS dispone la retroactividad de la vigencia de los contratos a tiempo parcial, lo que implica que se deja sobre los empleadores/as la carga de abonar retroactivamente los aportes.
- El IPS obliga a los/as empleadores/as que tengan con las trabajadoras un vínculo de menos de 16hs semanales, la carga se deberá abonar igualmente como si la trabajadora cumpliera el mínimo de horas.

Como parte de **las recomendaciones al Estado paraguayo** que surgen a partir de este trabajo postulamos cuanto sigue:

- Establecer un diálogo permanente que promueva la generación de propuestas de acciones significativas considerando que las leyes la-

borales son instrumentos para su implementación efectiva y son un factor fundamental para asegurar una calidad de vida digna para todos los trabajadores y las trabajadoras.

- Visibilizar y difundir la importancia de la entrada en vigencia y el cumplimiento efectivo de la Ley N° 6338/19 como una clara muestra de reivindicación de todos los trabajadores y las trabajadoras, y producto de décadas de lucha y de un ideal colectivo que debe servir de ejemplo a los demás trabajadores/as para la reivindicación de todos sus derechos.
- Garantizar el derecho efectivo a la igualdad salarial, y es el momento de decir basta a la discriminación salarial, es un acto de justicia con un sector trabajador de la población paraguaya.
- Garantizar la disponibilidad de orientación técnica y profesional, y tomar las medidas apropiadas para crear un entorno propicio para que existan oportunidades de empleo, debiendo garantizar la no discriminación en relación al trabajo doméstico con otros tipos de trabajo.
- Garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo digno y al salario mínimo como la base para la realización de otros derechos humanos como para una vida de calidad y dignidad.
- Realizar un análisis en profundidad sobre la normativa vigente asegurando el ejercicio efectivo de los derechos de las trabajadoras doméstica sin discriminación de ningún tipo y en particular de las reglamentaciones existente en la materia con la mirada puesta en plantear nuevas articulaciones que den mayores garantías a las trabajadoras domésticas evitando retrocesos que signifiquen la discriminación legal y aseguren a su vez, la inclusión efectiva y social con mecanismos legales y administrativos que faciliten el seguro social a todas las trabajadoras domésticas en todo el país.
- Propiciar espacios de debate con la participación amplia de actores y referentes en la temática tanto del Estado, de la sociedad civil organizada de manera conjunta, con la participación activa de la academia para acompañar procesos de investigación que permitan la profundización y la difusión de buenas prácticas de inclusión social

e igualdad efectiva y real para no dejar a ninguna trabajadora doméstica atrás en términos de igualdad y justicia social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMPILACIONES

Ortíz, Luis (Coordinador).2018. Memorias del I Congreso Paraguayo de Ciencias Sociales

LAS CIENCIAS SOCIALES ANTE LOS RETOS DE LA JUSTICIA SOCIAL.1ª. Edición Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – Paraguay. Asunción.

ARTÍCULOS

1. Zub Centeno, Marcella (2018). Discriminación salarial e informalidad caracterizan el trabajo doméstico en Paraguay. En YvypóraDerechoParaguáipe – Derechos Humanos en Paraguay 2018 (pp. [127] - [134]. Asunción: Codehupy.

DOCUMENTOS

1. Serafini, Verónica. 2017. *Trabajo remunerado de las mujeres desde un enfoque de género*. Proyecto “Paraguay Debate 2.0: innovando en los canales y lenguajes para el debate”, implementado por Paraguay Debate y financiado por la National Endowment for Democracy (NED) y la iniciativa ThinkTank (ITT) a través de la Iniciativa Latinoamericana para la Investigación de Políticas Públicas (ILAIPP). Centro de Análisis y Difusión de la Economía Paraguaya, CADEP. Asunción.
2. Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (Codehupy). 2018. *Derechos Humanos en Paraguay* - Capítulo Paraguayo de la Plataforma Interamericana de Derechos Humanos. Asunción.
3. Valenzuela y C. Mora. 2009. *Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente*. Oficina Internacional del Trabajo. Santiago,
4. Lexartza, Larraitz; Chaves, María José & Carcedo, Ana. 2016. *Políticas de formalización del trabajo doméstico remunerado en América Latina y el Caribe*. OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, FORLAC, lima.
5. Bareiro, Line; Soto, Lilian; Valiente, Hugo. 2005. *Necesarias, invisibles, discriminadas. Las Trabajadoras del servicio doméstico en el Paraguay*. OIT/ IPEC Sudamérica, Proyecto “Prevención y Eliminación del Trabajo Infantil Doméstico en Hogares de Terceros en Sudamérica”. Asunción.

LEYES

1. CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1992.
2. LEY N° 1154/66: *“QUE APRUEBA EL CONVENIO RELATIVO A LA DISCRIMINACION EN MATERIA DE EMPLEO Y OCUPACION, SUSCRITO EL 25 DE JUNIO DE 1958 EN LA CIUDAD DE GINEBRA”*
3. LEY N° 1215/1986: *“QUE APRUEBA LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER”*
4. LEY N° 4819: *“QUE APRUEBA EL CONVENIO SOBRE EL TRABAJO DECENTE PARA LAS TRABAJADORAS Y TRABAJADORES DOMESTICOS (2011) N° 189 Y LA RECOMENDACION N° 201 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)”*
5. LEY N° 05/92: *“QUE APRUEBA LA ADHESION DE LA REPUBLICA AL “PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS”, ADOPTADOS DURANTE EL XXI PERIODO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS, EN LA CIUDAD DE NUEVA YORK, EL 16 DE DICIEMBRE DE 1966”.*
6. LEY N° 04/92: *“QUE APRUEBA LA ADHESION DE LA REPUBLICA AL “PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES”, ADOPTADO DURANTE EL XXI PERIODO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS, EN LA CUIDAD DE NUEVA YORK, EL 16 DE DICIEMBRE DE 1966”.*
7. LEY N° 3.452/08: *“CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES”.*
8. LEY N° 5407/15 DEL TRABAJO DOMÉSTICO.
9. LEY N° 213/93 CÓDIGO DEL TRABAJO.
10. LEY N° 6339/19 *QUE REGULA EL EMPLEO A TIEMPO PARCIAL.*
11. RESOLUCIÓN MTESS N° 2660/2019: *POR LA CUAL SE REGULA LA INSCRIPCIÓN DE LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS AL INSTITUTO DE PREVISIÓN SOCIAL BAJO LA MODALIDAD DE EMPLEO PARCIAL DISPUESTA EN LA LEY N° 63639/209 “QUE REGULA EL EMPLEO A TIEMPO PARCIAL” Y ESTABLECE SU ENTRADA EN VIGENCIA PARA ESTE SECTOR COMO MEDIDA DE URGENCIA.*

ANEXOS



Representantes del MTESS y estudiantes de Derecho y Notariado y Profesora de la cátedra de Derechos Humanos.



Con las conductoras del Programa “Doméstica ñe’ é, la voz de la trabajadora doméstica”, estudiantes de Derecho y Notariado y docentes de las cátedras de Derechos Humanos y Derecho Civil Contratos II



Conversatorio con la Sra. Lilian Soto. Estudiantes universitarios. Docentes de las cátedras de Derechos Humanos, Derecho Civil Contratos II y del Consultorio Jurídico y el Director de la Carrera de Derecho y Notariado. En la sala de Juicios orales de la Universidad UNIBE.

ADOPCIÓN DE MAYORES

Ubaldo Ezequiel Bernal Ayala¹

Resumen: El presente artículo se basa en la intención fundada de que introduzca la Adopción de Mayores de edad en la legislación del Paraguay, a fin de consolidar el vínculo afectivo entre personas que convivieron por un largo tiempo.

INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de adopción, lo primero que se piensa es que se refiere a un niño, niña o un adolescente, esto se debe a que en nuestro país la normativa establece que las adopciones se dan de tal modo, es decir, un adulto que está en condiciones de hacerlo, según la ley vigente, es quien puede adoptar a un niño, niña o adolescente que esté en estado de adoptabilidad.

Sin embargo, esta situación no es una regla general ni indefectible, puesto que existen legislaciones que establecen otros sistemas de adopción, en los cuales no solo se puede dar la adopción de niños, niñas y adolescentes, sino que también se puede dar la adopción de adultos, lo cual implica por supuesto el reconocimiento de derechos de personas vulnerables y el reconocimiento de la dignidad humana.

No hay que olvidar en tal sentido, que nuestra Constitución garantiza la dignidad humana desde la concepción, y lo hace desde el preámbulo, para luego enfatizarlo en otros articulados; de tal modo, el hecho de que pudiéramos reconocer la necesidad de posibilidad de incluir la adopción de personas mayores de edad, en ciertas circunstancias especiales, haría que cumplamos con la garantía establecida a nivel constitucional.

¹ Abogado y Notario Pública por la Universidad Nacional de Asunción. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Asunción. Egresado de la Escuela Judicial del Paraguay, Consejo de la Magistratura, Octava Promoción. Actualmente ejerciendo la profesión de Abogado. Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad Iberoamericana. Docente en universidades públicas y privadas.

En este trabajo, analizamos el origen etimológico de adopción, para luego adentrarnos en el estudio histórico y la evolución del concepto de adopción, pasando a revisar las características, y para así poder lograr una comprensión del tema que planteamos, traeremos a colación lo que se ha planteado al respecto de la adopción de adultos en doctrina y la legislación comparada, para con base en ello concluir en la necesidad de que se adopte tal solución jurídica en el sistema jurídico paraguayo.

CONCEPTO, PRIMERAS MANIFESTACIONES Y EVOLUCIÓN

La palabra Adopción proviene del latín *adoptio*, que significa aprofijamiento. En tal sentido se pronuncia OSSORIO, quien refiere que adoptar es: “*Prohijar legalmente a quien no es hijo por naturaleza*”²

En lo que respecta a nuestro tema de investigación propiamente dicho, podemos decir que desde la antigüedad los romanos han hecho uso de la adopción de mayores, cabe recalcar que la regla en materia de adopciones en Roma fue la de mayores.

El ciudadano romano cuando no tenía descendencia recurría a la adopción, pues en esa época del desarrollo de ese pueblo, el hecho de morir sin descendencia, a más de la deshonra que ello implicaba, tenía como consecuencia la extinción del culto doméstico, que solo podía ser legado por línea masculina y así ante la descendencia femenina, hacía que el jefe de la familia se viera obligado a recurrir a la figura de la adopción³.

La adopción romana era una necesidad y mediante ella el adoptado ingresaba a formar parte de la familia del adoptante, conocían de la adopción simple mediante la cual el adoptado no cortaba sus vínculos con su familia de origen, la adopción plena se daba cuando el adoptado cortaba todo vínculo filial con su familia de origen, también estaba regulada la abrogación por la cual toda una familia era adoptada junto con el *pater familia*, consecuentemente se extinguía toda la familia del adoptado que entraba a formar parte de la familia de adoptante (*pater* adoptaba a otro *pater*)

2 Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Edit. Heliasta, Bs. As. 2000, p. 62.

3 Pettit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Porrúa S.A, México 1993, p. 113.

Según Ángel Di Pietro, para los romanos la adopción significa el egreso de un *alieni iuris* desde una familia y el ingreso a la del adoptante, es decir, un cambio fundamental, pero en los días actuales, no se da del modo en que se dio en aquellos tiempos, puesto que era una imposición, hoy se torna en un derecho que se les brinda a las personas de contar con una familia o un vínculo afectivo que les permita tener una vida digna. En tal sentido, y volviendo al ámbito histórico, podemos mencionar que en el derecho español, se puede notar claramente el legado romano, donde en el libro de las 7 Partidas de Alfonso X, el Sabio, se regulaba la adopción, específicamente en la Partida Cuarta, donde se definía a la adopción bajo el título de aprofijamiento, o sea recibimiento de un hijo no sometido a la patria potestad⁴.

CARACTERÍSTICAS

La adopción, tradicionalmente conocida en doctrina, son de dos clases principales, la primera ADOPCIÓN SIMPLE, mediante la cual el adoptado no rompe sus vínculos consanguíneos con su familia de origen y por otro lado la ADOPCIÓN PLENA, donde el adoptado si rompe todo vínculo filial con su familia de origen.

Para el autor MÉNDEZ COSTA: *“La finalidad de esta adopción es reconocer y proteger jurídicamente relaciones afectivas de tipo paterno-filial que han existido en la realidad entre sujetos de la adopción. Se trata de consolidar situaciones preexistentes”*⁵. Por su parte, OSSORIO asevera: *“Acción de adoptar, de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. La determinación, no ya de esas formalidades legales, sino de las condiciones sustanciales indispensables para efectuar la adopción, es cosa en la que difieren las legislaciones de los diversos países y que se refieren a las edades de los adoptantes de los adoptados (...)”*⁶.

Como se puede notar, el autor citado hace referencia a que en cuanto se refiera a la edad del adoptante como del adoptado, se deberá

4 Cfr. Di Pietro, Alfredo. (Lapieza Elli Angel Enrique) “Manual de Derecho Romano”. Editorial Depalma, Buenos Aires. Argentina, 1982, p. 359.

5 Méndez Costa, María Josefa Y, D’ Antonio, Daniel. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2001, p. 316.

6 Ossorio, Manuel. Op. Cit., p. 62.

determinar en cada sistema jurídico, es decir, no es una regla general que se aplica en todo sistema jurídico, ni que debe ser aceptado por todos, el modo en que se realiza la adopción, en este caso de las personas adultas, como la estamos planteando como un modo de defensa del derecho fundamental de la dignidad humana y a formar familia.

ADOPCIÓN EN PARAGUAY

Nuestro país tiene una historia en referencia a la adopción que data desde la vigencia de la ley 903/81, Código del Menor, que dentro de sus disposiciones regulaba la Adopción Plena y Adopción Simple, según se pierda el vínculo filial o no respecto de su familia de origen.

Dentro de la vigencia del Código del Menor se produjeron hechos lamentables realizados por personas y organizaciones delictivas que vieron en la niñez como un mercado rentable abocado a lo ilícito a través del tráfico de menores, disfrazado bajo la figura de la adopción en casos nacionales y también de carácter internacional⁷.

Esta circunstancia obligó a las autoridades nacionales a dictar de manera urgente una ley especial, así se promulgó la ley 1136/97 de Adopciones, entre sus disposiciones cabe mencionar que solo mantuvo la Adopción Plena con sus características, asimismo priorizó la adopción nacional y como última ratio la adopción internacional.

Lo cierto que esta nueva ley de adopciones volvió pesado el proceso de adopción⁸, por el temor de las autoridades de que se cometan los mismos errores y con la intención de proteger a los niños y adolescentes de caer en manos de redes de traficantes de personas. Los procesos de adopción se extendían más allá del tiempo necesario para llegar a una sentencia de adopción y dentro de esa letardía o mora judicial algunos adoptados llegaban a la mayoría de edad o se producía el fallecimiento

7 Cfr. Adoptados en década de los 90 buscan a sus padres en las redes. Disponible en: [https://www.ultimahora.com/adoptados-decada-los-90-buscan-sus-padres-las-redes-n1014085.html#:~:text=Paraguay%20form%C3%B3%20parte%20de%20la,las%20famosas%20compras%20de%20criaturas.\(Visto%20por%20última%20vez:31/10/2020\)](https://www.ultimahora.com/adoptados-decada-los-90-buscan-sus-padres-las-redes-n1014085.html#:~:text=Paraguay%20form%C3%B3%20parte%20de%20la,las%20famosas%20compras%20de%20criaturas.(Visto%20por%20última%20vez:31/10/2020))

8 De hecho, las muchas críticas que se dieron sobre la Ley de Adopciones, motivaron el cambio, y hoy se cuenta con una renovada Ley de Adopciones. Cfr. <https://www.aa.com.tr/es/mundo/nueva-ley-de-adopciones-en-paraguay-permitir%C3%A1-acortar-el-proceso-que-antes-pod%C3%ADa-durar-hasta-ochos%C3%B1os/1713129> (Visto por última vez: 31/10/2020)

del pretense adoptante, cumpliéndose en muchos casos el aforismo que dice *“la justicia que llega tarde no es justicia”*, parafraseando a HELIO VERA, *“en el Paraguay, la justicia llega tarde, pero no llega”*⁹.

Posteriormente de reciente data entró en vigencia en nuestro país la ley 6486/2020 “De Promoción y Protección del Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes a Vivir en Familia, que regula las Medidas de Cuidados Alternativos y la Adopción”, que dentro de otras figuras del Derecho de Familia, regula la Adopción con normativas que buscan agilizar el proceso de adopción, a fin de dar una pronta respuesta a los justiciables, esta nueva normativa derogó la ley 1136/97 y se encuentra en una etapa de vigencia donde aún no podemos valorar sus logros en materia de adopciones en nuestro país.

Lo cierto es que tanto la ley 1.136/97 de Adopciones y la nueva normativa especial en esa materia ley 6486/2020 de Promoción y Protección del Derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir en familia, que regula las medidas de cuidados alternativos y la adopción, del Paraguay, no regulan la figura de la Adopción de mayores de edad, lo cual implica una insuficiencia normativa, más aun en nuestra república, en donde las interpretaciones normativas se suelen dar de modo taxativo.

De tal modo, se impide que una persona mayor de edad pueda ser adoptado en el seno de una familia que lo acoja y pueda darle un trato digno que se le niega o en el seno de su familia biológica o en el lugar donde se encuentre en la actualidad, que puede ser naturalmente la calle, lo cual agrava la situación, ya que nadie ya se hizo cargo del mismo, y existen personas que quieren hacerlo, pero la normativa no lo permite.

Debido a estas circunstancias coyunturales, se torna imperiosa la necesidad de introducir en nuestra legislación positiva la figura de la adopción de mayores, ante la necesidad de consolidar jurídicamente ese lazo afectivo entre padres e hijos que no lo son, ya que no existe

9 Vera, Helio. (2010) El País de la Sopa Dura. Edit. Servilibro, As. Py.

una normativa específica sobre la materia y es un problema social que radica específicamente en la familia como núcleo de la sociedad¹⁰.

Cuidar de quien ya cuidó de nosotros es la mayor de las honras y que mejor manera que sea un hijo o hija adoptada respecto de su adoptante. Se podría decir que es una cuestión de honor, lo cual se debería elevar a otra categoría, ya que merece estar en una normativa que garantice la seguridad en los tiempos en que ya merma la capacidad de actuar, entonces debería el Estado acudir en ayuda y establecer un sistema normativo que garantice los derechos de las personas que se encuentren en esta franja etaria y en estado de vulnerabilidad.

Es en la edad avanzada cuando una persona tiene la necesidad de cuidado por quienes tienen la obligación de hacerlo. *“Ciertamente creo que lo más triste que tiene la vejez es pensar que en esa edad se es molestia a los otros”*. No, más bien se es agradable que molesto. Porque así como los ancianos prudentes se deleitan con los jóvenes que poseen carácter bueno, y resulta bastante suave la ancianidad de los que son venerados y amados por los jóvenes, así también los adolescentes se gozan con las enseñanzas de los ancianos, y con tales enseñanzas son encaminados al amor de las virtudes¹¹.

La persona muchas veces se encuentra también en situación de vulnerabilidad, en este caso la adopción de mayores también puede ser la solución para que otras personas con quienes convivió le provean de los medios de subsistencia, cuidado y atención.

La adopción una institución jurídica de protección al niño, niña y adolescente en el ámbito familiar y social, por la que bajo la vigilancia del Estado, el adoptado entra a formar parte de la 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. (Cfr. Ley de adopciones del Paraguay. Art. 1)

10 “La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes”. (Art. 49, Constitución de 1992)

11 S. P. Daniel J. Ruiz, S. J. *Diálogo de la Vejez* de Marco Tulio Cicerón, Edit. Sopena, Bs. As. 1943, p.p. 60 by 61.

Las clases de adopciones –simple y plena– devienen del propio derecho romano, estos genios del Derecho dieron vida a las mismas, cuyas características originales legaron a las legislaciones posteriores que siguen el sistema romanista a partir de España y sus colonias en América. La ley 903/81 en nuestro país establecía estos dos tipos de adopciones, situación que fue modificada con la ley 1.136/97 de Adopciones, que solo regula la Adopción en forma plena.

Con el paradigma de la situación irregular del niño, consagrada en el Código del Menor en Paraguay por ley 903/81, el objeto de la adopción no era otro que dotar de hijos a padres que no lo tienen.

Hoy día conforme al paradigma de la protección integral del niño, niña y adolescente, el objeto de la adopción ha cambiado y tiene como objetivo de dar padres a niños que no lo tienen, esto siguiendo la corriente de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, ratificado por nuestro país.

El niño, niña o adolescente hoy por hoy es considerado el sujeto principal del derecho, no así un objeto del mismo, tanto los niños que están en conflicto con la ley como así también los que no lo están son sujetos de protección del derecho de la niñez y de la adolescencia y esos derechos tienen carácter prevaleciente, así lo declara el art. 54 de la Constitución del Paraguay. De la “Protección al niño. 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. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente”.

Siguiendo un ordenamiento lógico la adopción es un instituto que se compone de dos partes el adoptado y el adoptante; en cierto sector de la doctrina y nuestra legislación vigente, se establece que la adopción se da entre personas adultas (adoptantes) y niños o niñas o incluso adolescentes (menores de edad, de acuerdo a la legislación vigente). Con lo cual se anula la posibilidad de que personas mayores de edad puedan ser adoptadas, como sucede en el Derecho Comparado.

El adoptado es el menor de edad no sujeto a la patria potestad, excepcionalmente el mayor de edad, hasta los 21 años de edad, que se encuentra en una situación de abandono material y emocional por parte de sus progenitores¹².

El adoptante es la persona que está en la capacidad económica, emocional y legal, de insertar al adoptado en su familia con todas las consecuencias jurídicas que ello implica.

Volviendo a la situación en que se encuentran muchas personas en nuestro país, víctimas del proceso lento y engorroso de adopción, quienes han llegado a la mayoría de edad sin haberse dictado ella sentencia de adopción respecto de los mismos.

La guarda que es otro instituto del derecho de familia, ocupó el lugar de la adopción en forma paliativa, muy a sabiendas que la misma es provisoria y está prohibida la guarda pre adoptiva, llegando los niños y adolescente a la mayoría de edad en muchos de los casos y por ende se producía la extinción de la guarda y el vínculo afectivo continuaba puesto que una sentencia judicial no puede lógicamente cortar con el sentimiento formado por los años.

“La adopción de los mayores de edad viene recogida en el artículo 175.2 del Código Civil, tiene un carácter excepcional y su fin último es la integración familiar con dicha figura jurídica de quienes más lo necesitan. Dado su carácter excepcional los requisitos que recoge el referido artículo merecen una interpretación restrictiva, y cumplidos dichos requisitos, será el Juez quien debe decidir si cabe o no la adopción del mayor de edad, teniendo siempre en cuenta el interés o beneficio del adoptando, que es el principio que debe presidir cualquier procedimiento con este objeto”¹³.

Si bien es cierto, lo establecen de modo excepcional, se da la posibilidad de que exista una adopción, más allá de lo que nuestra legislación actual establece, lo cual implica la necesidad de que sea mejorada, apuntando a una mejor aplicación del Derecho y al recogimiento de derechos que

12 Belluscio. Augusto César. *Manual de Derecho de Familia. Edición*, 4. Editor, Ediciones Depalma, 1986.

13 “Cómo se puede adoptar a un mayor de edad”. Disponible en: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/como-se-puede-adoptar-a-un-mayor-de-edad/> (Visto por última vez: 31/10/2020)

antes no se regulaban en nuestro sistema jurídico y que necesitamos que sean legitimados, puesto que la ausencia de normativa, se privan a muchas personas de goce de ciertos derechos humanos, que hoy día no pueden ser desconocidos por los Estados.

A MODO DE CONCLUSIÓN... EL CAMINO A SEGUIR...

Para hacer frente a estas situaciones en el núcleo familiar es que se hace latente y necesaria la incorporación en nuestro derecho positivo de la figura de la adopción de mayores, con el fin de consolidar ese afecto formado entre los guardadores y los niños o adolescentes dados en guarda o de personas que han formado un vínculo afectivo sin ser parientes.

La adopción de mayores como instituto del derecho de familia, solo requiere del consentimiento del pretense adoptante y del adoptado de manera sumaria y con la sentencia inscrita en el Registro Civil, se constituye en una filiación o emplazamiento por adopción, que consolide el vínculo afectivo de quienes compartieron los últimos años de nuestras vidas.

El instituto de estudio está regulado en las legislaciones de varios países como España, el Salvador, Argentina, con proyecto legislativo en Chile y el Japón. mientras Paraguay aún se encuentra en etapa incipiente al respeto y necesita de un sistema normativo que pueda garantizar la vigencia de los derechos humanos, puesto que con el sistema vigente no están contemplados los modos de asegurar aquellos derechos que corresponden a los miembros de la familia como núcleo de la sociedad.

Por medio del acto jurídico de la adopción de mayores, a más de la consolidación del vínculo afectivo, se logran otros aspectos jurídicos como la utilización del nombre patronímico del adoptante, el adoptado es considerado como perteneciente a una determinada familia, a más de los efectos jurídicos que ya conocemos como el derecho a heredar en igualdad de condiciones que los hijos biológicos debidamente reconocidos, atendiendo que los hijos son iguales ante la ley y no se acepta ningún tipo de calificación respecto de ellos.

Además de lo referente al apellido y el derecho hereditario, el adoptado tiene el derecho a decidir respecto de sus adoptantes y

viceversa en caso de intervención médica, el nombramiento de curador, etc.

Para entender las instituciones debemos recurrir a la génesis de las mismas y la razón de creación que le han dado sus autores, en este caso los romanos, haciendo así una mirada retrospectiva a los creadores del Derecho, quienes nos han legado aportes importantísimos al derecho positivo del mundo occidental, incluyendo a la incorporación de la Adopción de Mayores, figura esta que marca presencia en las legislaciones modernas del mundo que se basan en la en la doctrina de la preeminencia de los Derechos Humanos.

Concuerdo con la especialista española **María José Rodríguez Rojas. Abogada asociada en SÁNCHEZ DE LARA ABOGADOS**, quien categóricamente sostiene lo siguiente: Con la adopción se formalizan los lazos de afectividad existentes entre la persona adoptada y su adoptante, reconociendo jurídicamente una relación materno o paterno filial que ya existe de hecho, y haciendo coincidir la realidad y sus sentimientos con la legalidad¹⁴.

Por las razones mencionadas en el presente artículo es imperiosa la necesidad de acoger la adopción de mayores en la legislación del Paraguay, a fin de fomentar el respeto a la dignidad humana, la protección de la familia y el hecho de aspirar a lograr una sociedad más justa y equitativa, que priorice la igualdad entre sus habitantes a forjar un vínculo familiar no sanguíneo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Belluscio. Augusto César – Manual de Derecho de Familia, Edición, 4. Editor, Ediciones Depalma, 1986
- Borda, Guillermo Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires: Editorial Perrot.1.984
- Cabanelas, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Ed. Heliasta, Buenos Aires, Argentina.2.003
- Di Pietro Alfredo, Lapieza Elli Angel Enrique Manual de Derecho Romano, Editorial Depalma, Buenos Aires. Argentina, 1982.
- Di Pietro Alfredo, Institutas de Gayo, Quinta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires. Argentina, 1997

14 Cfr. <http://www.sanchezdelara.com/wp-content/uploads/2017/07/adopcion.jpg> (Visto por última vez: 31/10/2020)

- Méndez Costa, María Josefa Y, D' Antonio, Daniel. Derecho de Familia. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2.001
- Osorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires. Argentina, 2.004
- Pettit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Porrúa S.A, México 1993
- Rivera, Julio César. Instituciones de Derecho Civil. Buenos Aires: Abeledo Ferrol.1.997
- Sajón, Rafael. Derecho de Menores. Buenos Aires: Abeledo Ferrol.1.995
- S. P. Daniel J. Ruiz, S. J. Dialogo de la Vejez de Marco Tulio Cicerón, Edit. Sopena, Bs. As. 1943.
- Vera, Helio. El País de la Sopa Dura. Asunción. Edit. Servilibro, 2010.
- Zannoni, Eduardo. La adopción y su nuevo régimen legal. Buenos Aires: Astrea.1976

FUENTES DE INTERNET

- <http://www.sanchezdelara.com/wp-content/uploads/2017/07/adopcion.jpg>
- www.noticias.juridicas.com
- www.wikipedia.com
- www.abogado.com/es/articulos/adopcion/federal/-en-qu-situaciones-un-adulto-puede-ser-adopta.html
- <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/como-se-puede-adoptar-a-un-mayor-de-edad/>

FUENTES NORMATIVAS

- Constitución del Paraguay 1992
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño
- Ley 1.136/1997 de Adopciones del Paraguay
- Ley 903/1981 Código del Menor del Paraguay
- Ley 1.680/2001 Código de la Niñez y de la Adolescencia del Paraguay
- Ley 6486/2020 de Promoción y Protección del Derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir en familia, que regula las medidas de cuidados alternativos y la adopción, del Paraguay
- Código Civil y Comercial Argentino
- Código de Familia del Salvador
- Código Civil de España
- Ley de Adopciones de Chile
- Ley de Adopciones de Japón
- Legislación Francesa e Italiana sobre la materia de Adopción de Mayores

TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE EN EL DERECHO POSITIVO DEL PARAGUAY

Dr. Hugo René Ceferino Ocampos Ramos

Resumen: Este trabajo presenta el análisis de la TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE EN EL DERECHO POSITIVO DEL PARAGUAY. Tal abordaje se da para resolver ¿en qué momento se produce la plena transmisión de la propiedad?, desde tres sistemas sucesorios: la latina, la germana, la anglosajona como ¿a cuál de ellos pertenece el derecho positivo sucesorio de la República del Paraguay? o ¿tiene algún otro sistema?, abordándose desde lo jurídico-argumentativa. Se muestra dichos sistemas sucesorios para evidenciar su triangulación en el derecho positivo sucesorio del Paraguay.

Al enseñar KOVALEVSKY Maximo¹ que el espíritu científico se rinde ante la evidencia, necesariamente debe ser tenido como verdadero, como también, que “*el derecho debe horadar la conducta humana en la sociedad*”, es un teorema.

Uno de los componentes de la sociedad, es el ser humano. El medio de control que tiene la sociedad para regular la convivencia, es el derecho.

El derecho protege al ser humano, en principio desde dos variables, la primera desde su concepción hasta la fecha de su fallecimiento, momento en el cual se produce el fin de su existencia –la muerte.

El ser humano cuenta con derechos y atributos.

ABELENDA, 1980², indica que cuándo el ordenamiento jurídico atribuye a la persona de existencia visible ciertas cualidades o propiedades que se consideran inherentes a ellas, se denominan

1 KOVALEVSKY, Maximo. *Orígenes y Evolución de la Familia y de la Propiedad*. Barcelona: F. Granada y C.

2 ABELENDA, César Augusto. 1980. *Derecho Civil. Parte general. Tomo I*. Buenos Aires: Astrea, 1980.

atributos. La enumera: la capacidad jurídica, el estado civil, el nombre, el domicilio general y el patrimonio.

También se indica la posición de RABINOVICH-BERKMAN, 2000-2011, al tratar los atributos de la persona humana donde coloca al patrimonio como una de las cualidades jurídicamente reconocidas que son exclusiva de los seres humanos, Agrega, toda persona posee un patrimonio, aunque no lo integre bien alguno agrega será el conjunto vacío, pero no dejará de existir como tal, el contenido el patrimonio estaría en movilidad permanente, a diferencia otros atributos. Da una explicación sencilla –el patrimonio es la garantía de los acreedores–, si Pedro posee contra Juan un crédito de \$ 1000, pero Juan sólo tiene en su patrimonio bienes y derechos valuables en \$ 100, la verdadera magnitud de la deuda es esa, \$ 100, porque el acreedor no va a poder percibir un centavo más. Indica, pero no con todos los bienes que componen el patrimonio se responde por las deudas, los ordenamientos procesales han consagrado varios supuestos de cosas no embargables y por tanto no ejecutables por los acreedores –el lecho cotidiano del deudor, su mujer e hijo, la, muebles de uso indispensable, instrumento necesario para la profesión, arte u oficio, los sepulcros. Presenta la institución del bien de familia en la posición de no estar dentro del refrán que el patrimonio es la garantía de los acreedores cita a su vez a Vélez Sarsfield quien explica que el patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, cómo bienes, el patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derechos que no puede ser dividida sino en partes alícuotas, pero no en partes determinadas por sí mismas, o que puedan ser separadamente determinadas. Se comparte plenamente las indicaciones de atributos del ser humano en la forma indicado tanto por Abelenda y Rabinovich-Berkman.

Sin embargo, BORDA, 1991³, lo presenta desde una posición diferente, al indicar que la persona humana, por el hecho de existir, tiene protección del derecho, que se manifiesta en diferentes formas; ante todo, se le reconocen ciertos atributos jurídicos, que se estiman

3 BORDA, Guillermo. 1991. *Tratado de Derecho Civil. Parte Genral I*. Buenos Aires: Perrot, 1991. Pág. 313

inseparables de ella. Lo enumera: los derechos de la personalidad, el nombre, el estado, la capacidad y el domicilio.

Cómo podrá notarse, en Abelenda y Rabinovich-Berkman aparece como atributo el patrimonio más que en el otro no. Borda llama derechos de la personalidad a aquellos que son innato al hombre como tal y de los cuales no puede ser privado, con ello, aparece los derechos subjetivos, al seguir sus categorías, se tiene los derechos patrimoniales que se la ubica dentro de los derechos subjetivos privados. CRESPO MORA, y otros, 2016⁴.

Al estar el ser humano en el fin de su existencia con atributos y derechos subjetivos como el de la propiedad, el derecho presenta a uno de sus actores –la sucesión– o mejor dicho el derecho de sucesión dónde MUÑOZ MACHADO⁵, 2017, indica que derecho sucesorio en el Derecho civil se determina al derecho que a una persona le corresponde en la herencia del causante, dónde DIEZ - PICAZO, y otros, 2017⁶ entienden que la sucesión por causa de muerte no es más que una aplicación del concepto de sucesión –la sustitución de un sujeto por otro en una relación jurídica que permanece inmutada en los demás elementos.

MEZA BARROS, 2008⁷ explica que la palabra sucesión evoca la idea de muerte con tres significados:

- a) designa, la transmisión de todo o parte de un patrimonio de una persona fallecida a una o más personas vivas, señaladas por el difunto o la ley;
- b) sirve para designar, el patrimonio mismo que se transmite;
- c) designa el conjunto de sucesores.

El derecho de sucesión, entonces, tributa directamente en el derecho de la propiedad como una de sus formas de transmisión, en igual

4 CRESPO MORA, Carmen, DIÉGUEZ OLIVE, Rocío y GÓMEZ CALLE, Esther. 2016. *Esquema de Derecho Civil I. Parte general*. Valencia: tirant lo bilach, 2016.

5 MUÑOZ MACHADO, Santiago. 2017. *Diccionario del Español Jurídico*. Barcelona: Espasa Libros, 2017

6 DIEZ - PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. 2017. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: tecnos, 2017.

7 MEZA BARROS, Ramón. 2008. *Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos*. Santiago: Jurídica de Chile, 2008.

sentido coinciden PRAYONES, 1939⁸, incluso aclara Borda que la transmisión de los bienes mortis causa, es inseparable de la propiedad privada, BORDA, 1987⁹.

El código civil de la República del Paraguay en su artículo 1966 dispone que una de las formas de adquirir la propiedad de los bienes inmuebles se da por la sucesión hereditaria. Automáticamente hace catapultar el modo derivado de la sucesión dónde CLARO SOLAR, 1992¹⁰ resume que se da cuando el derecho del sucesor tiene las condiciones de su existencia en el derecho de su predecesor o actor; y por consiguiente los límites del derecho de este son los límites del derecho del sucesor.

El derecho positivo de la República del Paraguay presenta las instituciones propias de los derechos reales referente a las instituciones indicadas, al decir que desde la muerte de una persona se transmiten la propiedad de los bienes y derechos que corresponden la herencia a aquellos que deban de recibirla.

Pero, he ahí la cuestión, ¿en qué momento se produce la plena transmisión de la propiedad?, la doctrina reconoce tres sistemas: la latina, la germana, la anglosajona, desde la muerte o es necesario la manifestación de voluntad de los herederos o encontrarse indiviso la masa sucesoria hasta la etapa de partición, ¿a cuál de ellos pertenece el derecho positivo de la República del Paraguay? o ¿tiene algún otro sistema?. Para su respuesta, se analiza desde lo jurídico-argumentativa que se desenvuelve dentro de un problema jurídico en particular sin tratar de aprobar u objetar alguna idea o postura CAMACARO, 2012¹¹.

Al efecto de entender los tres sistemas, se presenta primariamente sus aspectos relevantes desde MARTÍNEZ ESPÍN, 2016¹² que:

8 PRAYONES, Eduardo. 1939. *Nociones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Talleres graf. Rodríguez Giles, 1939

9 BORDA, Guillermo. Op. Cit

10 CLARO SOLAR, Luis. 1992. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Bogotá: Nomos, 1992.

11 CAMACARO, Pedro Rafael. 2012. *Hacia una metodología de la investigación en derecho*. Deutsscland, Alemania: Académica Española, 2012. Pág. 40.

12 MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. 2016. *Lecciones de Derecho Civil*. Madrid: tecnos, 2016. Pág. 25

- 1° En el sistema latino, la delación o llamamiento no convierte al llamado en heredero, sino que para ello hace falta un posterior acto de aceptación expreso o tácito;
- 2° En el sistema germánico, se produce la inmediata adquisición de la herencia por el heredero o herederos al realizarse el llamamiento a su favor, sin que haga falta acto alguno de aceptación, de manera que la delación, el llamamiento convierte al llamado al heredero, aunque puede dejar de serlo mediante la repudiación;
- 3° El sistema anglosajón, se caracteriza por que la adquisición de los bienes que conforman la comunidad hereditaria precede a la liquidación del patrimonio hereditario.

En el primer sistema explica GOYENA COPELLO, 2007¹³ que la característica de la sucesión romana en sus comienzos fue la figura creada, mediante el cual el heredero suplanta al causante en la jefatura, conducción, cuidado entre otros del grupo familiar y que se unifica con la persona misma del causante. Presenta el cuadro de elementos:

	CAUSANTE	muerte capacidad
ELEMENTOS	HEREDERO	capacidad
	HERENCIA	delación adición contenido

Para indicar tres elementos, con sus situaciones:

- Causante, el requisito esencial era su muerte, en razón que la sucesión contractual entre vivos fue desconocida. En cuanto a la capacidad al principio sólo la tenían el pater familias y la mujer sui Iuris, luego se encuentran los militares cómo los ciervos públicos

13 GOYENA COPELLO, Hector R. 2007. *Tratado del Derecho de Sucesión. Teoría General de la Sucesión*. Buenos Aires: La Ley, 2007.

- Heredero: se tuvo tres clases:
 1. Heredes suis et necesarii: son los filiifamilias del causante;
 2. Heredes necesarii: son los esclavos instituidos en el testamento del causante que a su vez era su propio amo;
 3. Heredes extranei vel voluntarii: son aquellos que no poseían vinculación alguna de derecho con el causante. Son herederos extraños o bien voluntarios
- Herencia: el patrimonio que se transmitía por herencia era denominado por los romanos as, nombre que recibía la universalidad que a su vez se dividía en 12 partes, cada una de las cuales recibía el de unciae. Los herederos repartían estas fracciones, que no tenían un contenido cierto y determinado, ya que podrían carecer de objetos materiales, y aún componerse exclusivamente de deudas, en cuyo caso recibía el nombre de hereditas damnosa.

Contenido: la herencia no tuvo un contenido patrimonial dado. La herencia no gira en el traspaso de un patrimonio sino la sucesión en la jefatura del grupo y la asunción de ella, implicaba el deber de continuar los sacrificios, la representación y la defensa del mismo.

Delación: forma en que el heredero es llamado a la herencia. testamentaria o ab intestato.

Adición: el auto por el cual un heredero extra-nei vel voluntarii acepta el carácter de tal y pasa a ocupar el lugar del causante. Los herederos sui et necesarii y los herederos necesarii no necesitaban adir la herencia, se operaba de pleno derecho a la muerte del causante. Los requisitos formales estribaban en la exteriorización por parte de heredero, de su voluntad de asumir el carácter de tal, bastaba la manifestación expresa o aún tacita asumiendo el carácter de tal en sus gestiones. La voluntad debía ser seria y no podía subordinarse a condición y terminó, ni tampoco aceptarse parcialmente. No se tuvo término para efectuar la aceptación. El heredero responde por las deudas del causante, no sólo con los bienes que recibía en su herencia, sino que aún con los propios, sí, aquellos no alcanzaban - Responsabilidad Ultra vires.

En igual sentido PEREZ LASALA, 2014¹⁴ resume que los herederos extranei, agnados no herederos sui, adquirirían la herencia por un acto de aceptación. Dice que es típico del derecho romano el principio de la sucesión universal, en virtud del cual el heredero adquiriría los bienes hereditarios de una sola vez y en conjunto sin distinguir masas patrimoniales dentro de la universalidad y presenta a la responsabilidad ultra vires, al decir, que la responsabilidad del heredero por las deudas del causante es personal e ilimitada como consecuencia de la confusión de los patrimonios del causante y del heredero. Este puede ser legítimo, designado por la ley entre los parientes del testador o puede ser testamentario.

En vista a la exposición tanto de GOYENA COPELLO, 2007¹⁵ y PEREZ LASALA, 2007¹⁶ se tiene coincidencias en cuanto a las variables que indican el sistema romanista, el último refiere: heredero legítimo y heredero testamentario, el modo de adquirir, la universalidad y la responsabilidad ultra vires explicado por el primero. Se enfatiza como indica LOEWENWARTER, 1936¹⁷ que el derecho romano no conoció la delación inmediata de la herencia ya que necesita una adición expresa, es decir un acto especial de aceptación por la persona llamada a la sucesión.

También CÓRDOBA, 2016¹⁸, expone que el heredero es el sucesor en la potestad soberana sobre el grupo familiar o gentilicio para luego referir la hereditas como una universalidad jurídica compuesta por el conjunto de los bienes corporales e incorporales, derechos y deberes de una persona fallecida. Con la muerte no desaparece el patrimonio que, con la denominación de hereditas, continúa formando una entidad jurídica independiente, un conjunto de derechos y obligaciones que pasan a un nuevo titular. Este, al reemplazar al difunto en su soberanía, se llama heredero - heres; es el continuador de su personalidad

14 ALBADALEJO, Manuel. 2015. *Curso de Derecho Civil*. Madrid: Edisofer, 2015.

15 PEREZ LASALA, José Luis. 2007. *Curso de Derecho Sucesorio*. Buenos Aires: Buenos Aires, 2007.

16 PEREZ LASALA, José Luis. 2007. Op. Cit.

17 LOEWENWARTER, Victor. 1936. *Derecho Civil Alemán. Código Civil Alemán*. Santiago: Prensas de la Universidad de Chile, 1936.

18 CÓRDOBA, Marcos M. 2016. *Sucesiones*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2016.

jurídica y de su culto doméstico, a la vez que se haya investido de sus derechos y sometido a sus cargas. Por ello, es que este reemplazo no es exclusivamente patrimonial.

FORNIELES, 1941¹⁹ resume que en el derecho romano primitivo el heredero era un continuador de la persona, patrimonio del causante siempre dentro de las consideraciones de Goyena Capello, Pérez Lasala y Córdoba.

En el segundo sistema, el germánico siguiendo a GOYENA COPELLO, 2007²⁰, tiene situaciones como:

- Opera la sucesión a favor de los herederos por medio de un derecho que no emanaba de la voluntad presunta y mucho menos declarada de aquel, sino que era un verdadero derecho propio al respecto y debido al cual eran considerados como tales desde su fallecimiento e independientemente de que conociera o no la sucesión diferida.
- La adición opera en forma instantánea al fallecimiento del causante
- Con conocimiento o desconocimiento
- Podía renunciar
- Si la aceptaba su responsabilidad no sobrepasaba el monto de los bienes que recibía en la misma
- Sus efectos son
 - o sucesión del pariente más próximo al momento de su fallecimiento, no había lapso alguno en esa continuidad que pudiera dar lugar a la herencia yacente
 - o continuidad sin interrupción
 - o ausencia de responsabilidad superior al monto de la herencia
 - o posesión de la herencia igual a la del causante
 - o no importaba que de inmediato se pudieran repartir los bienes, se dejaban transcurrir un mes desde el fallecimiento antes de partirlos

19 FORNIELES, Salvador. 1941. *Tratado de las Sucesiones*. Buenos Aires: Librería Jurídica, 1941.

20 GOYENA COPELLO, 2007. Op. Cit

El código civil alemán indica que con la muerte de una persona pasa su patrimonio como un todo a otra o a otras personas. Refiere LOEWENWARTER, 1936²¹ que el principio del derecho germánico se refleja en el adagio *le mort saisit le vif*, –el muerto apodera al vivo–²² la herencia en el momento de la muerte del causante, pasa inmediatamente al heredero instituido por la ley o por la voluntad del testador a quien se le concede la facultad para repudiar²³.

La situación peculiar de este sistema se da en que, de pleno derecho, automáticamente como refiere el código alemán la herencia pasa a los herederos es donde Manuel Albaladejo enseña que la herencia pasa al heredero inmediatamente, en este caso al acaecer la muerte del causante. También indica que desde la delación hay un heredero en situación o en sus palabras con el poder de repudiar, o sea el poder de dejar de serlo se entiende no estar en el estado de heredero, por ello refiere que se está en una situación de heredero provisional, la aceptación lo coloca en definitivo.

Se precisa que, para ALBADALEJO, 2015²⁴, el derecho español se encuentra dentro del sistema de adquisición por aceptación, al trasladar dicha afirmación al derecho positivo del Paraguay se tiene que el heredero adquiere la herencia desde el momento de la muerte del causante bajo reserva de facultad de renunciar.

El tercer sistema, el anglosajón se posiciona desde las situaciones que describe PEREZ LASALA, 2014²⁵:

- El fenómeno hereditario es estrictamente adquisitivo: modo de adquirir que exige previamente el pago de las deudas y cargas sucesorias;
- No hay Herederos en el sentido latino de la palabra
- No hay continuidad de las relaciones jurídicas del causante

21 LOEWENWARTER, Victor. 1936. *Derecho Civil Alemán. Código Civil Alemán*. Santiago: Prensas de la Universidad de Chile, 1936

22 CORDOBA, Marcos M. 2000. *Derechos del Heredero - La Posesión Hereditaria*. Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2000

23 LOEWENWARTER, Victor. 1936. Op. Cit.

24 LOEWENWARTER, Victor. Op. Cit. pág. 125.

25 PEREZ LASALA, Op. Cit. pág. 19.

- No hay adquisición ipso iure desde el momento de la muerte del causante
- No se plantea el problema de la responsabilidad ultra intra vires
- Ausencia de posesión hereditaria
- La muerte del causante al estar en un complejo de relaciones jurídicas para resolverlo se articula una institución de especial relieve, a cargo del llamado personal representative, que actúa como liquidador y administrador, puede ser designado en el testamento si no lo fuera lo efectúa el tribunal
- la existencia del personal representative –intermediario entre el causante y los herederos– borra el fenómeno de la sucesión hereditaria latina, impide considerar siquiera con el valor de imagen la continuación de la personalidad del de cuius en los herederos.

CORDOBA, 2000,²⁶ apunta en resumen que en el sistema del common law era necesario diferenciar entre los bienes muebles y los inmuebles; los primeros, fallecido el causante, entran en período de liquidación y son puestos en poder y posesión de un administrador, que se ha de encarar de liquidar sus asuntos, cobrar sus créditos, pagar sus deudas, inventariar los bienes, etc., y finalmente, si restase un líquido neto, entregarlo a los herederos. El patrimonio mobiliario pasa directamente al heredero, sin bien esta propiedad real estaba exenta de responsabilidad por deudas.

Estos tres sistemas se trasladan al sistema de transmisión de la propiedad por causa de muerte imperante en el derecho positivo del Paraguay:

Indica PUIG BRUTAU, 1991²⁷ que el Código civil español contiene artículos que pueden ser invocados a favor de uno u otro sistema, como también BORDA, 1987²⁸ y Antonio Gullón, en igual sentido presentan la estructura de dichas situaciones y se corresponde con las disposiciones, situaciones del derecho positivo del Paraguay.

26 CORDOBA, Marcos M. 2000. Op. Cit. Pág. 49.

27 PUIG BRUTAU, José. 1991. *Compendio de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1991.

28 BORDA, Guillermo. Op. Cit.

El código civil del Paraguay, dispone por el artículo 2443 que desde la muerte de una persona se transmite la propiedad de los bienes y derechos que constituyen la herencia, aquéllos que deban recibirla.

Desde la perspectiva germánica se tiene que la transmisión opera de pleno derecho. Se toma de Diez Picazo y Gullón²⁹ sus expresiones, que, sin embargo, aunque el precepto se inspira en la máxima “le mort saisit le vif – el muerto apodera al vivo”, está supeditada a la aceptación, que en el caso del Paraguay en la llave al indicar situaciones como:

a)

- *Código Civil*:

El heredero adquiere la herencia desde la muerte del causante, bajo reserva de su facultad de renunciarla³⁰.

Esta facultad deberá ser ejercida dentro de los cientos cincuenta días contados desde la fecha del fallecimiento real o presuntivo del causante. Si el heredero fijare domicilio en el extranjero, el plazo será de doscientos cuarenta días.

El heredero que ha aceptado la herencia está sujeto a todas las obligaciones que le impone la calidad de tal, y transmite a sus sucesores universales la herencia que ha recibido, con los derechos y las obligaciones derivados de su aceptación.

La facultad de renunciar pasa a los herederos de quien hubiere fallecido antes de vencer el plazo sin ejercerla. El plazo legal se juzgará en este caso prorrogado por el tiempo necesario para aceptar o repudiar la herencia del propio causante.

La herencia futura no podrá ser objeto de aceptación o renuncia.

Tampoco se puede renunciar a una herencia ya aceptada, ni después de vencido el plazo legal.

29 DIEZ - PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. 2017. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: tecnos, 2017.

30 Renuncia a la herencia (en el caso particular, se llama “repudio”) es un negocio unilateral entre vivos no-recepticio, con el cual el llamado declara no querer adquirir la herencia, y constituye, por consiguiente, una omisio adquirendi. MESSINEO, Francesco. 1979. *Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo VII Derecho de las sucesiones por causa de muerte, principios de derecho privado internacional*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas europea - América, 1979. Pág. 295.

La aceptación y renuncia son irrevocables
Surten efectos desde la muerte del causante

No pueden hacerse a término ni subordinada a condición, ni sólo por una parte de la herencia.

La aceptación fija en el heredero el derecho sobre los bienes dejados por el causante, a partir del fallecimiento de éste. Si ella fuere pura y simple, el aceptante quedará obligado al pago de las deudas y cargas, tanto con el activo sucesorio, como con el suyo propio; pero sólo deberá satisfacer los legados hasta la concurrencia del valor recibido.

Se juzgará que el renunciante nunca fuere heredero. Los bienes se transmitirán como si él no hubiese existido, salvo el derecho de representación.

La renuncia de una herencia no se presume. Para que sea eficaz respecto a los acreedores y legatarios, debe ser expresa, hecha en escritura pública y presentada al juez de la sucesión, quien reconocerá su existencia en la sentencia declaratoria de herederos. Entre los que tengan derecho a la sucesión, la renuncia puede ser hecha y aceptada en toda especie de documento público o privado, pero no puede serle opuesta al renunciante por los coherederos, sino cuando hubiere sido aceptada por todos.

Toda aceptación de herencia se presume hecha a beneficio de inventario. La realización de actos prohibidos por este Código al heredero beneficiario importará la pérdida del beneficio.

El beneficio de inventario separa el patrimonio del causante de los bienes del heredero.

- *Código Procesal Civil:*

Necesidad del juicio sucesorio. Los que creyeren con derecho a una herencia deberán promover el juicio sucesorio del causante, el que se sustanciará conforme a las disposiciones de este Código.

Medidas preliminares de seguridad. A petición de parte interesada, o de oficio, el juez dispondrá las medidas que considere convenientes para la seguridad de los bienes y documentación del causante.

El dinero, los títulos y las acciones se depositarán en el Banco que designe el juez.

Declaratoria de herederos. Cumplido el plazo y los trámites a que se refiere el artículo anterior y acreditado el derecho de los sucesores, el juez dictará sentencia declaratoria de herederos, previa vista al Ministerio Fiscal y al Pupilar en su caso.

Efectos de la declaratoria. Posesión de la herencia. La declaratoria de herederos se dictará sin perjuicio de terceros.

Aun sin decisión expresa, la declaratoria de herederos otorgará la posesión de la herencia a quienes no la tuvieren por el solo hecho de la muerte del causante, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil.

b)

- *Código Civil:*

Del estado de indivisión: Cuando dos o más personas fueren simultáneamente llamadas a la herencia, la masa pertenecerá en común a todas ellas, hasta que se verifique la partición.

Liquidado el pasivo hereditario, cualquiera de los herederos podrá pedir la partición de los bienes excedentes los dos artículos presentan que la masa sucesoria queda en estado de indivisión hasta el momento de la partición

- *Código Procesal Civil:*

Intervención de la Dirección de Impuestos Internos. La intervención de la Dirección de Impuestos Internos se limitará al inventario y avalúo de los bienes correspondientes y a la percepción del impuesto sucesorio, para lo cual el juez ordenará la remisión de copia de las piezas pertinentes.

Liquidación y pago del impuesto. Aprobada la liquidación para el pago del impuesto a la herencia, se abonará la tasa judicial y el juez dispondrá la apertura de una cuenta judicial en el Banco Central del Paraguay, a la orden de la Dirección de Impuestos Internos. Con la constancia del depósito de la totalidad del importe del impuesto sucesorios en dicha cuenta, el juez ordenará la expedición de los certificados de adjudicación de los bienes sujetos a inscripción. Estos certificados se inscribirán, sin más trámite, en la Dirección General de los Registros Públicos. Si los interesados optaren por el pago en cuotas del impuesto, ocurrirán para el efecto a la Dirección de Impuestos Internos.

Las disposiciones legales indicadas muestran cómo se llega a la plena propiedad de los bienes del causante a favor de sus herederos, a través de una triangulación³¹ de los tres sistemas romana-latina, alemana, anglosajona.

Indican HERNANDEZ SAMPIERE, y otros, 2014³² que la triangulación se corresponde con la credibilidad del rigor científico, al cual, se llega mediante la corroboración estructural que reúne informaciones emergentes para establecer conexiones o vínculos que eventualmente crean un todo, da camino a la adecuación referencial al acudir a varias *fuentes* (la meta no es corroborar los resultados contra estudios previos, sino analizar los mismos datos bajo diferentes visiones teóricas), ello, demanda triangulación de teorías.

Así, la triangulación, marca pasos necesarios como:

- Muerte del humano;
- Aceptación – repudiación de la herencia de parte del heredero;
- Declaratoria de herederos;
- Estado de indivisión de la herencia;
- Partición de bienes excedentes;
- Pago impuesto a la herencia;
- Orden del Juez para la expedición de certificado de adjudicación de los bienes sujetos a inscripción todo ellos, implican “*dominio exclusivo*”.

Las situaciones indicadas, permite señalar que el derecho positivo sucesorio del Paraguay no se desarrolla dentro de un sistema en especial, simplemente bebe de cada manantial, la triangula, acomoda a la cultura de su pueblo y se manifiesta a través del derecho “*como organizador de la sociedad al horadar la conducta humana*”.

31 CORDOBA Marcos explica que cuando se tiene situaciones como la presentada, da luz el “vigor híbrido” que señaló en la Universidad de Salzburgo, aclarando que es su hijo veterinario, Marcos Ignacio Córdoba, quien lo trajo de la biología para las ciencias sociales, “ cuando todos los individuos piensan igual no se produce enriquecimiento entre ellos, en tanto si cada uno aporta argumentos y conclusiones diversas, el poder sostener las originales obliga a robustecer sus fundamentos o modificar la conclusión”.

32 HERNANDEZ SAMPIERE, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. 2014. *METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN*. Mexico: Mc Graw Hill Education, 2014, págs. 456-457.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELENDA, César Augusto. 1980. *Derecho Civil. Parte General. Tomo I.* Buenos Aires: Astrea, 1980.
- ALBADALEJO, Manuel. 2015. *Curso de Derecho Civil.* Madrid: Edisofer, 2015.
- BORDA, Guillermo. 1991. *Tratado de Derecho Civil. Parte Genral I.* Buenos Aires: Perrot, 1991.
- BORDA, Guillermo. 1987. *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones.* Buenos Aires: Perrot, 1987.
- CAMACARO, Pedro Rafael. 2012. *Hacia una metodlogía de la investigación en derecho.* Deutsscland, Alemania: Académica Española, 2012.
- CLARO SOLAR, Luis. 1992. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado.* Bogotá: Nomos, 1992.
- CORDOBA, Marcos M. 2000. *Derechos del Heredero - La Posesión Hereditaria-.* Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2000.
- CÓRDOBA, Marcos M. 2016. *Sucesiones.* Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2016.
- CRÉSPO MORA, Carmen, DIÉGUEZ OLIVE, Rocio y GÓMEZ CALLE, Esther. 2016. *Esquema de Derecho Civil I. Parte general.* Valencia: tirant lo bilach, 2016.
- DIEZ - PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. 2017. *Sistema de Derecho Civil.* Madrid: tecnos, 2017.
- FORNIELES, Salvador. 1941. *Tratado de las Sucesiones.* Buenos Aires: Librería Jurídica, 1941.
- GOYENA COPELLO, Hector R. 2007. *Tratado del Derecho de Sucesión. Teoría General de la Sucesión.* Buenos Aires: La Ley, 2007.
- HERNANDEZ SAMPIERE, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. 2014. *METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.* Mexico: Mc Graw Hill Eucation, 2014.
- KOVALEVSKY, Maximo. *Origenes y Evolución de la Familia y de la Propiedad.* Barcelona: F. Granada y C.
- LOEWENWARTER, Victor. 1936. *Derecho Civil Alemán. Código Civil Alemán.* Santiago: Prensas de la Universidad de Chile, 1936.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual. 2016. *Lecciones de Derecho Civil.* Madrid: tecnos, 2016.
- MESSINEO, Francesco. 1979. *Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo VII Derecho de las sucesionre por causa de muerte, principios de derecho privado internacional.* Buenos Aires, Argentina: Ediciones juridicas europea - América, 1979.
- MEZA BARROS, Ramón. 2008. *Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos.* Santiago: Jurídica de Chile, 2008.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. 2017. *Diccionario del Español Juridico.* Barcelona: Espasa Libros, 2017.

- PEREZ LASALA, José Luis. 2007. *Curso de Derecho Sucesorio*. Buenos Aires: Buenos Aires, 2007.
- . 2014. *Tratado de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2014.
- PRAYONES, Eduardo. 1939. *Nociones de Derecho Civil*. Buenos Aires: Talleres graf. Rodríguez Giles, 1939.
- PUIG BRUTAU, José. 1991. *Compendio de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1991.
- RABINOVICH-B ERKMAN, Ricardo D. 2000. *Derecho Civil*. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2000.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. 2011. *Derecho Civil*. Buenos Aires. Argentina: Astrea, 2011.

ASPECTOS DOGMÁTICO-PENALES Y POLÍTICO CRIMINALES DE LA CYBER DELINCUENCIA EN EL PARAGUAY

Olga Rojas Benítez¹

Resumen: El Paraguay se adhiere al Convenio de Budapest en el año 2017, sin embargo, ya con el vigente Código penal de 1997 se introducen los delitos de, alteración de datos, sabotaje a sistemas informáticos, estafa mediante sistemas informáticos y, alteración de datos relevantes para la prueba. Opciones político criminales posteriormente revisadas y enriquecidas a través de leyes modificatorias del Código penal. Así, por ley 3440/08 se introducen el delito de pornografía infantil, y luego, por ley 4439/11, que introducen los tipos penales de, acceso indebido de datos; interceptación de datos; la preparación de acceso indebido e interceptación de datos; el acceso indebido a sistemas informáticos; la falsificación de tarjetas de débito o crédito y otros medios electrónicos de pago. Por ley 6083/18, la revelación de secreto de carácter privado, se aplica para los casos de publicaciones o entrevistas relacionadas a niños o adolescentes. Aquí se revisan los aspectos dogmáticos con los que se construyen los citados tipos penales. La transnacionalidad de la persecución penal de estos tipos penales admitida por nuestro Código penal conforme a su artículo 8.8, denota la férrea voluntad político criminal de castigar las diversas conductas criminales señaladas. Sin embargo, la construcción dogmática adoptada debe ser observada, pues, no encuentra un único norte al amparo de un bien jurídico penal. En este trabajo se propone reconocer la existencia de un único bien jurídico penal que tutela la seguridad de sistemas, datos y tráfico informáticos, a partir de la propuesta terminológica y los alcances del Convenio de Budapest.

1 Prof. Dra. Olga Rojas Benítez, Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca España, Profesora del Doctorado en Ciencias Jurídicas en la Universidad Iberoamericana de Asunción y Profesora de Teoría del Caso en la Escuela Judicial dependiente del Consejo de la Magistratura, Autora de varias monografías y artículos jurídicos, para revistas especializadas, publicados en, España, Costa Rica, México, Perú y Paraguay. Integrante del Comité Científico Internacional para los Congresos Internacionales en Políticas Públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género. Representante de Paraguay en la Red Iberoamericana de Política Criminal, con sede en España.

1 LA TUTELA PENAL DE LOS BIENES JURÍDICOS DE PROTECCIÓN UNIVERSAL EN EL CÓDIGO PENAL PARAGUAYO DE 1997.

El principio de prevención consagrado expresamente como un principio básico en el vigente Código penal paraguayo, en su artículo tres, erige como norte la protección de bienes jurídicos en toda sanción penal junto con la readaptación del delincuente. Este principio básico permea las reglas establecidas para la aplicación de la ley y, en tal orden de consideraciones, reconoce bienes jurídicos de protección universal.

La transnacionalidad de la tutela penal fue introducida por el Código penal de 1997 al ordenamiento jurídico paraguayo a través de su artículo ocho², cuando sostiene que la ley penal paraguaya se aplicará a hechos punibles que la República del Paraguay esté obligada a tutelar en virtud de un convenio o tratado internacional aprobado y ratificado³ aun cuando el hecho se haya realizado en el extranjero, siempre, claro, que el autor o participe haya ingresado al país. En igual orden de ideas

2 Artículo 8 CP.- HECHOS REALIZADOS EN EL EXTRANJERO CONTRA BIENES JURÍDICOS CON PROTECCIÓN UNIVERSAL.1°. La ley penal paraguaya se aplicará también a los siguientes hechos realizados en el extranjero:

- 1 Hechos punibles contra la libertad tipificados en los artículos 125 al 127;
 - 2 Trata de personas, prevista en los artículos 129b y 129c;
 - 3 Hechos punibles mediante explosivos contemplados en el artículo 203, inciso 1°, numeral 2;
 - 4 Atentados al tráfico civil aéreo y naval, tipificados en el artículo 213;
 - 5 Hechos punibles contra la autenticidad de monedas y valores tipificados en los artículos 263 al 267;
 - 6 Genocidio previsto en el artículo 319;
 - 7 Tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas, contemplado en los artículos 37 al 45 de la Ley N° 1.340/88 Y su modificatoria;
 - 8 Hechos punibles que la República del Paraguay, en virtud de un convenio o tratado internacional aprobado y ratificado, esté obligada a perseguir aun cuando hayan sido realizados en el extranjero.
- 2 La ley penal paraguaya se aplicará solo cuando el autor o participe haya ingresado al territorio nacional.
 - 3 Queda excluida la punición en virtud de la ley penal paraguaya, cuando un tribunal extranjero:
 - 1 Haya absuelto al autor o participe por sentencia firme; o
 - 2 Haya condenado al autor o participe a una pena o medida privativa de libertad, y la condena haya sido ejecutada, prescrita o indultada.

3 Esto tiene sustento constitucional observando la redacción del artículo 137 de la Constitución Nacional paraguaya que establece el orden de prelación jurídica.

su artículo seis⁴ habla de hechos realizados en el extranjero contra bienes jurídicos paraguayos.

En orden a la cyber delincuencia, si bien el Paraguay recién en el 2017 se adhiere al Convenio de Budapest⁵, cabe destacar, que ya, el vigente Código penal paraguayo, introdujo los delitos de: alteración de datos, sabotaje a sistemas informáticos, estafa mediante sistemas informáticos y, alteración de datos relevantes para la prueba, opciones político criminales, en 1997. Opciones político criminales posteriormente revisadas y enriquecidas a través de leyes modificatorias del Código penal. A observarlas se dedica el siguiente apartado.

2. LAS OPCIONES POLÍTICO CRIMINALES ASUMIDAS A TRAVÉS DE LOS DENOMINADOS DELITOS INFORMÁTICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PARAGUAYO

Pasar de páginas de internet con información digitalizada a comunicación a través de correos electrónicos y grupos de chats como parte integral de esas plataformas a, la creación de redes sociales, compras en línea, banca electrónica, llamadas y video llamadas en tiempo real, aplicaciones (apps) que permiten grupos de comunicación en dispositivos móviles, aplicaciones que permiten una ubicación y orientación geográfica en tiempo real, plataformas que permiten transmitir hechos en tiempo real, crear videos o subirlos al cyber espacio y mucho más, ha derivado en un tráfico digital importante, vertiginoso. Sin lugar a dudas este avance de la tecnología, que se reinventa día a día, ha dado lugar a una gran variedad de opciones delictivas, antes, no imaginadas siquiera.

En este orden de consideraciones la adopción de nuevos tipos penales encuentra su razón no sólo en los sistemas y datos informáticos vulnerables, sino y, sobre todo, en el alcance, casi incontrolable, del

4 Artículo 6° CP HECHOS REALIZADOS EN EL TERRITORIO NACIONAL. 1°. La ley penal paraguaya se aplicará a todos los hechos punibles realizados en el territorio nacional o a bordo de buques o aeronaves paraguayos. 2°.- Un hecho punible realizado en territorio nacional y, también en el extranjero, quedará eximido de sanción cuando por ello el autor o partícipe haya sido juzgado en dicho país, y: 1. absuelto, o, 2. Condenado a una pena o medida privativa de libertad y ésta haya sido ejecutada, prescripta o indultada.

5 Sobre Ciberdelincuencia, firmado el 23 de noviembre del 2001, por los Estados miembros del Consejo de Europa.

tráfico digital. Como ya se mencionará líneas arriba, el Código penal paraguayo de 1997 incorporó hechos punibles para tutelar los sistemas informáticos.

Igualmente, construyó supuestos de hecho delictivos en torno a los ya conocidos delitos de: violación de los derechos de autor, calumnia difamación e injuria, amenazas, falsificaciones y fraudes, la privacidad de las personas, la apología del delito, entre otros. Los avances tecnológicos otorgan una nueva dimensión a estos, por así decirlos, viejos tipos delictivos. No necesariamente la actividad delictiva informática opte por atacar a los sistemas y datos informáticos en sí mismos, en muchos casos se sirve de las diversas plataformas digitales para tales fines. Tal caso, por ejemplo, del delito de pornografía infantil o, del denominado, abuso sexual por medios tecnológicos.

No obstante, lo anterior, debe advertirse que, recién con la Ley N° 3440/08, del 16 de julio, que modifica varios artículos del Código penal, otros tipos penales son introducidos al ordenamiento jurídico paraguayo o reestructurados en su contenido original, siempre a partir de la cambiante realidad tecnológica. En este sentido debe observarse el nuevo tipo penal introducido, *la pornografía infantil*. Con él mismo se sanciona al que por cualquier medio produjere o reprodujere publicaciones que representen actos sexuales con personas menores de dieciocho años de edad.

Todas estas opciones político criminales asumidas por el Código penal paraguayo dieron lugar a la creación de una Unidad Especializada en la Fiscalía. Recuérdese que el Ministerio Público, en el Paraguay, es dueño de la acción penal, por mandato constitucional⁶. Así, por Resolución de la Fiscalía General del Estado N° 3459/2010 del 17 de septiembre, se crea la Unidad Especializada de *Delitos Informáticos* y se asignan funciones a los Agentes Fiscales que la integrarán otorgándoles competencia para entender, originariamente, en cinco hechos punibles, los de: alteración de datos en computadoras, sabotaje a computadoras, operación fraudulenta en computadora, alteración de datos relevantes para la prueba, e, igualmente, brindar asesoramiento en la realización

6 Esto conforme el artículo 268 de la Norma Constitucional vigente en el Paraguay.

de diligencias o sugerirlas a las unidades fiscales ordinarias, cuando estas lo solicitasen.

Posteriormente, con la introducción al Código penal paraguayo de los tipos penales por la Ley N° 4439/11, del 3 de octubre, el Ministerio Público dispone una nueva resolución, que amplía la competencia otorgada originariamente a la Unidad Especializada de *Delitos Informáticos*. Me refiero a la Resolución de la Fiscalía General del Estado N° 4408/2011 del 15 de noviembre, por la que se amplía la Resolución F.G.E. N° 3459/2010.

La citada resolución amplió dicha competencia en torno a los nuevos delitos incorporados al Código penal. Esto es de: Acceso indebido de datos artículo 146 b); Interceptación de datos artículo 146 c); Preparación de acceso indebido e interceptación de datos artículo 146 d); Alteración de datos artículo 174; Acceso indebido a sistemas informáticos artículo 174 b); Sabotaje a sistemas informáticos artículo 175; Estafa mediante sistemas informáticos artículo 188; Alteración de datos relevantes para la prueba artículo 248; Falsificación de tarjetas de débito o crédito y otros medios electrónicos de pago artículo 248 b), todos del Código penal paraguayo.

Cabe destacar que la resolución del Ministerio Público que crea la señalada Unidad Especializada, utiliza por primera vez, la denominación de, *delitos informáticos*, para identificar a la misma, pues, el Código penal paraguayo castiga los señalados hechos punibles que le otorgan competencia a la misma, bajo los más diversos epígrafes y, desde luego, sin agruparlos en atención a sus características distintivas.

El trabajo de la Unidad Especializada ha sido intenso y va multiplicándose, si bien cuentan con la cooperación internacional, EURO-POL, INTERPOL, AMERIPOL, para las investigaciones delictivas de su competencia, han celebrado convenios con el Centro Nacional para niños desaparecidos y explotados NCMEC y la División especializada contra delitos informáticos dependiente del Departamento de Delitos económicos de la Policía Nacional, para el logro de sus objetivos.

Los controles y mecanismos de prevención de estas entidades de cooperación internacional, generan alertas y, en su caso, denuncias concretas ante la Unidad Especializada de *Delitos informáticos*. Si bien la praxis

cotidiana es la mejor maestra, considero oportuno, que la Unidad Especializada cuente con un protocolo de actuaciones preliminares, a fin de tutelar adecuadamente, desde el Ministerio Público, las garantías constitucionales del debido proceso, en estos delitos. Resulta interesante poder observar el flujo de las causas ingresadas a esta Unidad Especializada de *Delitos informáticos* e, igualmente, advertir cuál es el delito más denunciado, no siendo este es un dato menor a efectos político criminales.

**CAUSAS INGRESADAS EN LA UNIDAD ESPECIALIZADA
DE DELITOS INFORMÁTICOS EN LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS
(2014-2017)⁷**

Acceso indebido de datos	8
Interceptación de datos	--
Preparación de acceso indebido e interceptación de datos	--
Alteración de datos	199
Acceso indebido a sistemas informáticos	328
Sabotaje a sistemas informáticos	23
Estafa mediante sistemas informáticos	199
Alteración de datos relevantes para la prueba	91
Falsificación de tarjetas de débito o crédito y otros medios electrónicos de pago	10
Pornografía relativa a niños y adolescentes	834
TOTAL	1692

**CAUSAS INGRESADAS EN LA UNIDAD ESPECIALIZADA
DE DELITOS INFORMÁTICOS EN EL 2018⁸**

Pornografía Relativa A Niños y Adolescentes	295
Estafa Mediante Sistemas Informáticos	103
Alteración de Datos	8
Acceso Indebido a Sistemas Informáticos	126
Falsificación de Tarjetas De Créditos O Débitos	39
Sabotaje a Sistemas Informáticos	4
Acceso Indebido/Alteración De Datos	11
TOTAL	586

7 Datos proporcionados por la Abog. Cecilia Villalba Llano, Asistente de la Unidad de Delegatura de Delitos informáticos de la Fiscalía.

8 Datos proporcionados por la Fiscal Irma Llano, de la Unidad de Delitos informáticos de la Fiscalía. Estos son datos parciales pues aún no termina el presente año.

Dos observaciones deben hacerse aquí, la primera; es que las denuncias por pornografía relativa a niños y adolescentes encabezan la lista de causas ingresadas por ser la que cuenta con mayor número de denuncias. La segunda; que debe hacerse es que la pornografía relativa a niño y adolescentes no forma parte de la competencia otorgada de la Unidad Especializada de *Delitos Informáticos* de conformidad con las citadas resoluciones de la Fiscalía General del Estado paraguayo. Si bien la construcción del señalado tipo penal y el Convenio que la fiscalía posee con NCMEC, ha otorgado una competencia de facto, por así decirlo, a la citada unidad fiscal.

Una nueva resolución de la Fiscalía General del Estado crea una Unidad de Delegación, la Resolución de la F.G.E. N° 1468/18, del 3 de abril, que trabaja dentro de la Unidad Especializada de *Delitos Informáticos* y atiende todos los casos que le son asignados específicamente por resolución, tal el caso del delito de, abuso sexual por medios tecnológicos del artículo 135 b o, el de revelación de un secreto de carácter privado, del artículo 147, ambos del vigente Código penal paraguayo.

En mi opinión la falta de reconocimiento de un bien jurídico nuevo, distinto y absolutamente independiente en la tutela penal, genera estas confusiones en los límites de lo que la Fiscalía General del Estado señala como, *Delitos Informáticos*.

Antes de revisar cuál sería el bien jurídico verdaderamente tutelado, corresponde detenerse en las singularidades político criminales asumidas por los tipos penales en los que interviene la Unidad Especializada mencionada.

2.1. ACCESO INDEBIDO DE DATOS⁹

Este tipo penal ingresa al sistema jurídico penal paraguayo a través de la Ley N° 4439/11, del 3 de octubre bajo el Título I Hechos punible contra la persona, Capítulo VII Hechos punibles contra el ámbito de vida y la intimidad de la persona.

9 Artículo 146 b CP ACCESO INDEBIDO A DATOS. 1° El que sin autorización y violando sistemas de seguridad obtuviere para sí o para terceros, el acceso a datos no destinados a él y especialmente protegidos contra el acceso no autorizado, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa. 2° Como datos en sentido del inciso 1°, se entenderán solo aquellos, que se almacenan o transmiten electrónicamente, magnéticamente o de otra manera no inmediatamente visible.

Este tipo penal común castiga la conducta consistente en obtener sin autorización y violando sistemas de seguridad el acceso a datos protegidos. Remarcando el acceso no autorizado y protegido a tales datos.

Como puede verse, el legislador penal paraguayo **está castigando esencialmente una violación de seguridad**. El artículo define en su segundo apartado lo que jurídico penalmente se entenderá por datos.

La pena establecida para este tipo penal es de hasta tres años de pena privativa de libertad o multa.

2.2. INTERCEPTACIÓN DE DATOS¹⁰

Igualmente, este tipo ingresa al sistema jurídico penal paraguayo a través de la Ley N° 4439/11, del 3 de octubre bajo el Título I Hechos punible contra la persona, en su Capítulo VII que castiga los Hechos punibles contra el ámbito de vida y la intimidad de la persona.

En la redacción de esta norma el legislador penal paraguayo utiliza dos condiciones típicas para señalar la conducta castigada, estas son: sin autorización y utilizando medios técnicos. La clandestinidad del uso de la tecnología, es una nota resaltante. Dadas estas condiciones utiliza tres verbos típicos para enmarcar la acción típica, obtener, dar y transferir, ¿Qué cosa? Datos, ya sea que el autor los adquiera para sí mismo o para un tercero.

Es decir, **nuevamente se está castigando una violación de seguridad informática**. Pues al igual que la conducta típica anterior, resalta la falta de autorización al realizase la conducta típica. La pena establecida aquí es de dos años de pena privativa de libertad o multa.

10 Artículo 146 c CP INTERCEPTACIÓN DE DATOS. El que, sin autorización y utilizando medios técnicos: 1° Obtuviera para sí o para un tercero, datos en sentido del Artículo 146 b, inciso 2°, no destinados para él; 2° Diera a otro una transferencia no pública de datos; o, 3° Transfiriera la radiación electromagnética de un equipo de procesamiento de datos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o multa, salvo que el hecho sea sancionado por otra disposición con una pena mayor.

2.3. *PREPARACIÓN DE ACCESO INDEBIDO E INTERCEPTACIÓN DE DATOS*¹¹

También aquí el tipo penal ingresa al sistema jurídico penal paraguayo a través de la Ley N° 4439/11, del 3 de octubre bajo el Título I Hechos punible contra la persona, en su Capítulo VII que castiga los Hechos punibles contra el ámbito de vida y la intimidad de la persona. Tal es la preocupación del legislador penal paraguayo por la seguridad de los sistemas informáticos que adelanta la barrera de protección del bien jurídico a los actos preparativos que llevarán a la comisión del acceso indebido y de la interceptación de datos informáticos.

En tal sentido el tipo penal se construye señalando como autor al que prepare. ¿Qué cosa? Las claves de acceso, códigos de seguridad, programas de computación destinados a eso mismo.

Resulta llamativa la remisión intranormativa utilizada por el legislador penal paraguayo al construir este tipo penal, me refiero a que, en su segundo apartado, el tipo penal en estudio, señala que se aplicará en lo pertinente lo dispuesto en el artículo 266 numerales segundo y tercero. Resulta llamativo porque al leerlos se comprende que el legislador penal busca eximir de pena al autor que se arrepienta o desista de la realización ya iniciada de las conductas delictivas indicadas en el tipo penal de preparación de acceso indebido e interceptación de datos.

En este sentido, no debe olvidarse que todas las disposiciones de la parte general del Código penal se aplican a su parte especial. Luego lo dispuesto en el artículo 28¹² del Código penal en torno al desistimiento

11 Artículo 146 d CP PREPARACIÓN DE ACCESO INDEBIDO E INTERCEPTACIÓN DE DATOS. 1° El que prepare un hecho punible según el Artículo 146 b o el Artículo 146 c produciendo, difundiendo o haciendo accesible de otra manera a terceros: 1. Las claves de acceso u otros códigos de seguridad, que permitan el acceso a datos en sentido del Artículo 146 b, inciso 2°; o, 2. Los programas de computación destinados a la realización de tal hecho, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o multa. 2° Se aplicará, en lo pertinente, lo previsto en el Artículo 266, incisos 2° y 3°.

12 Artículo 28 CP DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO. 1° El que voluntariamente desista de la realización ya iniciada del tipo legal o, en caso de tentativa acabada, impida la producción del resultado, quedará eximido de pena. Si el resultado no acontece por otras razones, el autor también quedará eximido de pena cuando haya tratado voluntaria y seriamente de impedirlo. 2° Cuando varias personas participaran en la realización del hecho, quedará eximido de pena el que voluntariamente retirase su contribución ya realizada e impida la consumación. Cuando el hecho no se consumara por otras razones o cuando la

y arrepentimiento del autor de un tipo penal, se aplicará a todos los tipos penales de su parte especial.

Igualmente, aquí, con la redacción de este tipo penal y el adelantamiento de la barrera de protección del bien jurídico penal tutelado, queda en claro que lo que realmente mueve a la incorporación de este tipo penal es, **la seguridad de los sistemas, datos y tráfico informáticos**. La pena con la que se castiga este delito es de pena privativa de libertad de hasta un año o multa.

2.4. ALTERACIÓN DE DATOS¹³

Este tipo penal es originario, por así decirlo, de la redacción del Código penal paraguayo de 1997. No obstante, significó una novedad su incorporación al sistema jurídico penal paraguayo. El mismo fue introducido bajo el Título II Hechos punibles contra los bienes de las personas en su Capítulo II Hechos punibles contra otros Derechos Patrimoniales.

Aquí el legislador penal se centra en conductas que atentan contra el derecho de disposición sobre datos que bien pueden ser de su propiedad o no, el tipo no lo especifica. Para señalar la conducta típica sancionada utiliza los verbos borrar, suprimir, inutilizar y cambiar.

Es muy evidente que **la seguridad de los datos informáticos** en el sentido de que se pueda disponer de ellos cuando se necesiten es la preocupación o intensión que mueve a la adopción de este tipo penal. Tal así que en este supuesto se castiga la tentativa. Con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa se castiga esta conducta.

contribución no haya tenido efecto alguno en la consumación, quedará eximido de pena quien haya tratado voluntaria y seriamente de impedirla.

13 Artículo 174 CP ALTERACIÓN DE DATOS. 1° El que lesionando el derecho de disposición de otro sobre datos los borrara, suprimiera, inutilizara o cambiara, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. 2° En estos casos, será castigada también la tentativa. 3° Como datos, en el sentido del inciso 1°, se entenderán sólo aquellos que sean almacenados o se transmitan electrónicamente o magnéticamente, o en otra forma no inmediatamente visible.

2.5. ACCESO INDEBIDO A SISTEMAS INFORMÁTICOS¹⁴

El tipo penal de acceso indebido a sistemas informáticos, ingresa al sistema jurídico penal paraguayo a través de la Ley N° 4439/11, del 3 de octubre incorporándolo al Título II Hechos punibles contra los bienes de las personas en su Capítulo II Hechos punibles contra otros Derechos Patrimoniales.

La conducta típica aquí castigada se encuentra regida por verbo típico acceder. Debe advertirse que la redacción típica es poco feliz, en el sentido de que en la misma se puede leer que se sanciona penalmente al que accede a un sistema informático utilizando su propia identidad. Todos ingresamos a diversas plataformas utilizando nuestra propia identidad. Seguramente el legislador penal quiso indicar que el acceso clandestino a un sistema informático utilizando audazmente la propia identidad, es lo penalmente castigado, pero, eso no es lo que se lee.

Se sanciona igualmente el acceder con una identidad ajena o excediendo los límites de autorización que le fueran otorgados al autor del acceso indebido. Resulta, una vez más, en mi opinión, que lo que verdaderamente mueve la introducción de este tipo penal al sistema jurídico paraguayo es **la seguridad de los sistemas y datos informáticos**. La pena prevista aquí es de hasta tres años de pena privativa de libertad o multa.

2.6. SABOTAJE A SISTEMAS INFORMÁTICOS¹⁵

Originalmente este tipo penal se denominaba, a la entrada en vigencia del Código penal del 1997, sabotaje a computadoras. Y fue introducido bajo el Título II Hechos punibles contra los bienes de las personas en su Capítulo II Hechos punibles contra otros Derechos Patrimonia-

14 Artículo 174 b CP ACCESO INDEBIDO A SISTEMAS INFORMÁTICOS. 1° El que accediere a un sistema informático o a sus componentes, utilizando su identidad o una ajena; o excediendo una autorización, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa. 2° Se entenderá como sistema informático a todo dispositivo aislado o al conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, cuya función, o la de alguno de sus componentes, sea el tratamiento de datos por medio de un programa informático.

15 Art. 175 CP SABOTAJE DE SISTEMAS INFORMÁTICOS. 1° El que obstaculizara un procesamiento de datos de un particular, de una empresa, asociación o de una entidad de la administración pública, mediante: 1. Un hecho punible según el Artículo 174, inciso 1°; o, 2. La destrucción, inutilización, sustracción o alteración de una instalación de procesamiento de datos, de una unidad de almacenamiento o de otra de sus partes componentes indispen-

les. Luego, por la Ley N° 4439/11, del 3 de octubre, se modifica su denominación pasando a llamarse, sabotaje a sistemas informáticos. La mejor comprensión de los términos técnicos utilizados en la redacción del tipo, se evidencian con el cambio.

La conducta típica sancionada es la de obstaculizar un procesamiento de datos, ya sea mediante su destrucción, inutilización, sustracción o alteración.

En su modificada redacción, igualmente introduce algunos elementos objetivos del tipo tal como el aclarar que estos datos pueden ser tanto de persona físicas como jurídicas y que la obstaculización del procesamiento de datos puede ir dirigida tanto a una unidad de almacenamiento como a alguna otra parte indispensable que la componga. El legislador penal optó por castigar la tentativa de este delito.

La seguridad de los sistemas y datos informáticos sigue siendo la constante, en mi opinión, en la construcción de este tipo penal. Si bien el legislador introduce igualmente con la señalada Ley 4439/11 que la persecución penal de este delito dependerá de la instancia de parte, no es menos cierto la verdadera razón de la tutela penal adoptada.

2.7. ESTAFA MEDIANTE SISTEMAS INFORMÁTICOS¹⁶

Este delito fue introducido bajo la redacción del Código penal de 1997 en su Título II Hechos punibles contra los bienes de las personas, Capítulo IV Hechos punibles contra el patrimonio, recibiendo originariamente la denominación de, operaciones fraudulentas por computa-

sable será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2° En estos casos será castigada también la tentativa.

Artículo 175 b CP INSTANCIA. En los casos de los Artículos 174 y 175, la persecución penal dependerá de la instancia de la víctima; salvo que la protección del interés público requiera la persecución de oficio.

16 Artículo 188 CP ESTAFA MEDIANTE SISTEMAS INFORMÁTICOS. 1° El que, con la intención de obtener para sí o para un tercero un beneficio patrimonial indebido, influyera sobre el resultado de un procesamiento de datos mediante: 1. Una programación incorrecta; 2. El uso de datos falsos o incompletos; 3. El uso indebido de datos; o, 4. La utilización de otra maniobra no autorizada; y con ello causara un perjuicio al patrimonio de otro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2° En estos casos, se aplicará también lo dispuesto en el Artículo 187, incisos 2° a 4°. 3° El que prepare un hecho punible señalado en el inciso 1°, mediante la producción, obtención, venta, almacenamiento u otorgamiento a terceros de y programas de computación destinados a la realización de tales hechos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con

doras. Es denominado, actualmente, estafa mediante sistemas informáticos en atención a la modificación introducida al Código penal por Ley N° 4439/11, del 3 de octubre.

El tipo penal aquí establecido exige dos cosas de la conducta típica de influir sobre el resultado de un procesamiento de datos; la primera, una intensión, consistente en un beneficio patrimonial; y, la segunda, un resultado de perjuicio patrimonial en otro.

Castiga la tentativa y por remisión intranormativa señala que cuando el autor de estos hechos viviera en la comunidad doméstica de la víctima, la persecución penal dependerá de su instancia. De igual manera cuando los hechos sean considerados bagatelarios.

También se castiga la preparación del hecho punible descrito, mediante, la producción, obtención, venta, almacenamiento u otorgamiento a otros de programas de computación. Prevé para estos supuestos la eximición de la pena por, desistimiento o arrepentimiento.

Adviértase que, si bien a primera vista se presenta la construcción típica como una modalidad del delito de estafa, lo cierto es que, en tal caso, el legislador penal, simplemente hubiera optado por introducir un apartado más al clásico delito de estafa previsto en el vigente Código penal y ya. Tal vez, como un tipo agravado.

Cuando este tipo penal en su redacción señala que el influir sobre el resultado de un procesamiento de datos, implica, una programación incorrecta, el uso de datos falsos o incompletos, el uso indebido de datos, o alguna otra maniobra no autorizada para lograrlo. En mi opinión, denota una tutela penal diferente a aquella bajo la cual se construye este tipo penal. E insisto, la verdadera tutela penal en los denominados, *Delitos informáticos*, se encuentra en **la seguridad de los sistemas, datos y tráfico informáticos**. El influir sobre un resultado es una falla de seguridad en ellos.

La pena prevista para esta conducta delictiva es de hasta cinco años de pena privativa de libertad o multa. Los actos preparatorios son castigados con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

multa. 4° En los casos señalados en el inciso 3°, se aplicará lo dispuesto en el Artículo 266, incisos 2° y 3°.

2.8. ALTERACIÓN DE DATOS RELEVANTES PARA LA PRUEBA¹⁷

Bajo el Título IV Hechos punibles contra la convivencia de las personas, en el Capítulo V Hechos punibles contra la prueba documental, del vigente Código penal paraguayo de 1997, se construye el delito de alteración de datos relevantes para la prueba. Su redacción se mantiene sin modificaciones y conforme a ella debe existir la intención de inducir al error al adulterar o almacenar datos relevantes para una prueba. La redacción del tipo no es feliz por confusa y por si eso fuera menor utiliza una remisión intranormativa para señalar un tipo agravado.

Lo cierto es que el inducir a error adulterando datos informáticos es aquí equiparado al delito de producción de documento no auténtico, castigando la tentativa y previendo un tipo agravado que se limita a establecer que, *en los casos más graves*, la pena establecida en hasta cinco años de pena privativa de libertad o multa, podrá ser aumentada hasta diez años.

Opino que bien el legislador penal pudiera haber introducido dentro del tipo penal de producción de documentos no auténticos una o más agravantes relacionadas con los datos informáticos adulterados, en el caso de estar ante la tutela del mismo bien jurídico. Sin embargo, una vez más, el legislador penal paraguayo construye un tipo penal independiente que denota una violación a **la seguridad de los datos informáticos**.

2.9. FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE DÉBITO O CRÉDITO Y OTROS MEDIOS ELECTRÓNICOS DE PAGO¹⁸

Este hecho punible es introducido por la Ley N° 4439/11, del 3 de octubre, al sistema jurídico paraguayo, y lo hace bajo el Título IV Hechos punibles contra la convivencia de las personas, en su Capítulo V Hechos punibles contra la prueba documental.

17 Artículo 248 CP ALTERACIÓN DE DATOS RELEVANTES PARA LA PRUEBA 1° El que, con la intención de inducir al error en las relaciones jurídicas, almacenara o adulterara datos en los términos del artículo 174, inciso 3°, relevantes para la prueba de tal manera que, en caso de percibirlos se presenten como un documento no auténtico, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2° En estos casos, será castigada también la tentativa. 3° En lo pertinente se aplicará también lo dispuesto en el artículo 246, inciso 4°.

18 Artículo 248 b CP FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE DÉBITO O DE CRÉDITO Y OTROS MEDIOS ELECTRÓNICOS DE PAGO. 1° El que: 1. Falsificare o alterar una tar-

El tipo penal define tarjeta de crédito y define medios electrónicos en su redacción. Prevé un tipo base y uno agravado, castigando la tentativa. Los verbos típicos utilizados son, falsificar, alterar, adquirir, ofrecer, entregar, utilizar.

Ahora bien, no comprendo el por qué de la ubicación sistemática de este tipo penal bajo el capítulo que castiga los Hechos punibles contra la prueba documental. Las tarjetas de crédito, débito u otros medios electrónicos de pago, no son prueba documental, sino simples instrumentos de pagos, que tales instrumentos de pago no sean válidos o, lo que es lo mismo, que no sean auténticos, no los convierte en una prueba documental.

En este orden de cosas debe advertirse que, dentro del señalado Capítulo V, el artículo 246, definen, documento y no auténtico¹⁹, en este sentido, por definición auténtica, jurídico penalmente la tarjeta de crédito, débito u otro medio de pago, no es un documento, si un medio de pago, un instrumento no auténtico, en el caso del delito aquí observado.

Considero que la confusión en la ubicación sistémica de este delito pasa justamente por la necesidad de comprender que en la era digital la tutela penal de los denominados *Delitos informáticos*, se construye desde **la seguridad de los sistemas, datos y tráfico informáticos**. Debiendo reconducirse sistemáticamente estos tipos delictivos hacia lo verdaderamente tutelado.

jeta de crédito o débito u otro medio electrónico de pago; o, 2. Adquiera para sí o para un tercero, ofreciere, entregare a otro o utilizare tales tarjetas o medios electrónicos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2° Se castigará también la tentativa. 3° Cuando el autor actuara comercialmente o como miembro de una organización criminal dedicada a la realización de los hechos punibles señalados, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años. 4° Tarjetas de crédito, en sentido del inciso 1°, son aquellas que han sido emitidas por una entidad de crédito o de servicios financieros para su uso en dicho tipo de transacciones y que, por su configuración o codificación, son especialmente protegidas contra su falsificación. 5° Medios electrónicos de pago en el sentido del inciso 1°, son aquellos instrumentos o dispositivos que actúan como dinero electrónico, permitiendo al titular efectuar transferencias de fondos, retirar dinero en efectivo, pagar en entidades comerciales y acceder a los fondos de una cuenta

19 Artículo 246 CP PRODUCCIÓN DE DOCUMENTO NO AUTÉNTICO. ...2° Se entenderá como: 1. documento, la declaración de una idea formulada por una persona de forma tal que, materializada, permita conocer su contenido y su autor; 2. no auténtico, un documento que no provenga de la persona que figura como su autor.

2.10. PORNOGRAFÍA INFANTIL²⁰

Sistemáticamente este delito se ubica bajo el Título I Hechos punibles contra la persona en el Capítulo VI Hechos punibles contra menores. Es introducido al Código penal por la Ley N° 3440/08 del 16 de julio, por la cual se modifican varios artículos del Código penal.

El hecho punible prevé un tipo penal base que castiga hasta con cinco años de pena privativa de libertad o multa. Este tipo penal sanciona la producción de publicaciones, financiar o promocionar espectáculos públicos o privados de realización de actos sexuales donde participen menores de dieciocho años de edad. Configura como tipo penal atenuado la reproducción de las citadas publicaciones, castigándolas con una pena privativa de libertad de hasta tres años o multa.

Construye, igualmente, un tipo penal agravado, donde sanciona con hasta diez años de pena privativa de libertad cuando las víctimas sean menores de 14 años de edad; los autores ejerzan la patria potestad, tutela o guarda o, simplemente, convivan con los menores; cuando haya sido ejercida la violencia; o, cuando el autor actuara comercialmente. Se castiga la simple posesión de publicaciones con una pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

20 Artículo 140 CP PORNOGRAFÍA RELATIVA A NIÑOS Y ADOLESCENTES. 1° El que: 1. Produjere publicaciones, en el sentido del Artículo 14, inciso 3°, que representen actos sexuales con participación de personas menores de dieciocho años de edad o la exhibición de sus partes genitales; 2. Organizará, financiara o promocionara espectáculos, públicos o privados, en los que participe una persona menor de dieciocho años en la realización de actos sexuales, o; 3. Distribuyera, importara, exportara, ofertara, canjeara, exhibiera, difundiera, promocionara o financiara la producción o reproducción de publicaciones en sentido del numeral 1. Será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa. 2° El que reprodujera publicaciones según el numeral 1 del inciso 1°, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa. 3° La pena de los incisos anteriores podrá ser aumentada hasta diez años cuando: 1. Las publicaciones y espectáculos en el sentido de los incisos 1° y 2° se refieran a menores de catorce años o se dé acceso a los menores de dicha edad a publicaciones y espectáculos, en sentido de los incisos citados; 2. El autor tuviera la patria potestad, deber de guarda o tutela del niño o adolescente, o se le hubiere confiado la educación o cuidado del mismo; 3. El autor operara en connivencia con personas a quienes compete un deber de educación, guarda o tutela respecto del niño o adolescente; 4. El autor hubiere procedido, respecto del niño o adolescente, con violencia, fuerza, amenaza, coacción engaño, recompensa o promesa remuneratoria de cualquier especie; o, 5. El autor actuara comercialmente o como miembro de una banda dedicada a la realización reiterada de los hechos punibles señalados. 4° El que obtuviera la posesión de publicaciones en el sentido de los incisos 1° y 3°, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. 5° Se aplicará, en lo pertinente, también lo dispuesto en los Artículos 57 y 94.

Prevé igualmente, la aplicación de una pena patrimonial complementaria. Y ordena el comiso especial de los objetos que fueron obtenidos mediante el hecho antijurídico. La redacción de este delito no es amigable, resulta engorrosa en atención a la multiplicidad y amplitud de los supuestos de hechos que la componen. No utiliza como elemento objetivo del tipo las palabras: sistemas, datos o tráfico informáticos, ni las palabras internet o cyber espacio en su redacción.

Sin embargo, comprender que los sistemas informáticos o las plataformas informáticas y el tráfico de datos informáticos, pueden ser utilizados para producir o reproducir publicaciones, que representen actos sexuales o, la exhibición de partes genitales de menores de dieciocho años, justifica plenamente la intervención de la Unidad Especializada en *Delitos Informáticos*, no obstante, como se viera líneas arriba, no poseer expresa competencia para ello.

Considero, también aquí, que una parte de la tutela penal integral de **la seguridad de los sistemas, datos y tráfico informáticos**, es un contenido libre de supuestos delictivos a partir de la multiculturalidad que debe ser respetada y atendida en el marco de una conexión global a tiempo real que hoy se conoce como, tráfico informático.

2.11. ABUSO POR MEDIOS TECNOLÓGICOS²¹

Por ley 6002/17, del 18 de diciembre se modifica el artículo 135 de la Ley N° 1160/97 Código penal, y se introduce al sistema jurídico penal paraguayo el delito de, Abuso por medios tecnológicos, bajo el artículo 135 b, esto así, en el Título I Hechos punibles contra la persona en el Capítulo VI Hechos punibles contra menores.

Este hecho punible castiga al que solicite o exija, de cualquier modo, a un niño o niña que realice actos sexuales o que le envíe imágenes de sí misma con contenido sexual, utilizando medios de comunicación digital. Debe observarse que el tipo penal no prevé a los adolescentes como sujetos pasivos del delito, quienes, en mi opinión, podrían con

21 Artículo 135 b CP ABUSO POR MEDIOS TECNOLÓGICOS. El que, por medios de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, solicite o exija de cualquier modo a un niño o niña que realice actos sexuales o que le envíe imágenes de sí misma con contenido sexual, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años. Será castigada también la tentativa.

más facilidad convertirse en víctimas de estos hechos antes que los niños o niñas.

La conducta delictiva aquí descrita es lo que se conoce como *sexting*, es decir, enviar a una persona mensajes o imágenes con contenido sexual explícito utilizando dispositivos informáticos. Este delito se castiga con una pena privativa libertad de hasta tres años.

Considero, que, si bien sistémicamente el delito se ubica como un hecho punible contra menores, bien podría reconducirse este tipo penal bajo un epígrafe que tutele la **seguridad de sistemas, datos y tráfico informáticos**, bajo las mismas consideraciones esgrimidas en el punto anterior, respecto de un contenido libre de supuestos delictivos a partir de la multiculturalidad que debe ser respetada en la conexión global a tiempo real que hoy se traduce, en un tráfico informático vertiginoso.

2.12. REVELACIÓN DE SECRETO DE CARÁCTER PRIVADO²²

Aquí debe comenzarse explicando que por Ley N° 6083/18, del 30 de mayo, se modifica el artículo 29 Código de la Niñez y la Adolescencia, en el sentido de prohibir la publicación o la realización de entrevistas tanto a niños como a adolescentes que hayan sido víctimas, victimarios

22 La ley 6083/18 “Que modifica la ley 1680/01 Código de la Niñez y la Adolescencia” en su artículo 1 modifica el contenido del artículo 29 del CNA que establece la prohibición de difusión, entrevista y publicación en torno a menores de edad, y en tal sentido dice: “Queda prohibido publicar por la prensa escrita, radial, televisiva o por cualquier otro medio de comunicación, formato de transmisión digital de informaciones, sistemas de mensajerías y redes sociales, los nombres, las imágenes y audios o cualquier otro dato que posibilite identificar al niño o adolescente, víctima o supuesto autor de hechos punibles o que hayan presenciado accidentes o eventos catastróficos, resulte víctima de la violación de algún derecho o garantía. Asimismo, queda prohibida la realización de entrevistas al niño o adolescente que se encuentre en las situaciones referidas en el párrafo anterior. Exceptuase de la prohibición de publicación en los casos de niños, niñas y adolescentes extraviados o víctimas de secuestro, con autorización de sus padres o en su defecto mediante autorización judicial. Los que infrinjan esta prohibición serán sancionados conforme al artículo 147 “Revelación de un secreto de carácter privado”, de la Ley N° 1.160/97 “Código Penal”, sin perjuicio de configurarse dicha conducta en otros tipos penales.”

Artículo 147 CP REVELACIÓN DE UN SECRETO DE CARÁCTER PRIVADO. 1° El que revelara un secreto ajeno: 1. llegado a su conocimiento en su actuación como, a) médico, dentista o farmacéutico; b) abogado, notario o escribano público, defensor en causas penales, auditor o asesor de Hacienda; c) ayudante profesional de los mencionados anteriormente o persona formándose con ellos en la profesión; o, 2. respecto del cual le incumbe por ley o en base a una ley una obligación de guardar silencio, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa. 2° La misma pena se aplicará a quien divulgue un secreto que haya logrado por herencia de una persona obligada conforme al inciso anterior.

o testigos de un hecho. De ser violada esta prohibición, la norma indica que se aplicará la sanción prevista en el artículo 147 del Código penal, que castiga el hecho punible de revelación de un secreto de carácter privado. El delito de revelación de un secreto de carácter privado, se construye bajo el Título I Hechos punibles contra la persona, Capítulo VII, Hechos punibles contra el ámbito de la vida y la intimidad de la persona, y fue introducido por el Código penal del 1997.

El tipo penal otorga contenido jurídico penal al concepto secreto. Y construye las conductas típicas aquí sancionadas en atención a los verbos típicos revelar y divulgar, un secreto. Esta conducta antijurídica se castiga con hasta un año de pena privativa de libertad o multa, solo en caso de la revelación o divulgación de un secreto de carácter industrial la pena privativa de libertad es elevada hasta tres años.

La Unidad Especializada de *Delitos Informáticos*, utiliza este tipo penal para sancionar los videos de menores subidos a whastapp, Instagram, Facebook, Twiter, que se enmarquen dentro de la señalada prohibición. Si bien no tiene competencia sobre estos hechos, por lo general una resolución específica de la Fiscalía General del Estado les otorga según el caso, caso por caso a la vez, la competencia requerida.

Una vez más, **la seguridad en el tráfico informático** de, en este caso, datos provenientes de menores es lo que aquí se tutela.

2.13. ASPECTOS PROCESALES VINCULADOS²³

La Unidad Especializada de *Delitos Informáticos*, en atención a su resolución de creación debe esencialmente utilizar las herramientas procesales establecidas en los artículos 228, 183, 192, 193 y 196 del Código procesal penal y en ningún caso suplir las funciones propias del Laboratorio Informático del Ministerio Público.

3° Cuando el secreto sea de carácter industrial o empresarial, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta tres años. Será castigada también la tentativa. 4° La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 144, inciso 5°, última parte. 5° Como secreto se entenderá cualquier hecho, dato o conocimiento: 1. De acceso restringido cuya divulgación a terceros lesionaría, por sus consecuencias nocivas, intereses legítimos del interesado; o, 2. Respecto de los cuales por ley o en base a una ley, debe guardarse silencio.

23 Artículo 228 CPP INFORMES. El juez y el Ministerio Público podrán requerir informes a cualquier persona o entidad pública o privada. Los informes se solicitarán verbalmente o por escrito, indicando el procedimiento en el cual se requieren, el nombre del imputado, el

En otro orden de consideraciones debo puntualizar que si bien un par de tipos penales, de los arriba observados, establecen tipos penales agravados con penas privativas de libertad de hasta diez años, lo cierto es que la mayoría de las construcciones típicas se encuadran dentro de marcos penales atenuados a pesar de su lesividad de los bienes jurídicos tutelados. Esto, procesalmente hablando, se puede traducir en la opción procesal de una *suspensión condicional del procedimiento*.

Es decir, que, superadas exitosamente las reglas de conductas con un asesor de pruebas, por el tiempo de ley, los autores de los hechos puni-

lugar donde debe ser entregado el informe, el plazo para su presentación y las consecuencias previstas para el incumplimiento del deber de informar.

Artículo 183 CPP REGISTRO. Cuando haya motivo suficiente que permita suponer que en un lugar público existen indicios del hecho punible investigado o la presencia de alguna persona fugada o sospechosa, si no es necesaria una orden de allanamiento, la Policía realizará directamente el registro del lugar. Cuando sea necesario realizar una inspección personal o el registro de un mueble o compartimento cerrado destinado al uso personal, en lugar público, registrarán análogamente los artículos que regulan el procedimiento de la inspección de personas o vehículos. Se invitará a presenciar el registro a quien habite o se encuentre en posesión del lugar, o cuando esté ausente, a su encargado y, a falta de éste, a cualquier persona mayor de edad. Cuando sea posible se conservarán los elementos probatorios útiles.

Artículo 192 CPP OPERACIONES TÉCNICAS. Para mayor eficacia y calidad de los registros e inspecciones, se podrán ordenar operaciones técnicas o científicas, reconocimientos y reconstrucciones. Si el imputado decide participar en la diligencia registrarán las reglas previstas para su declaración. Para la participación de testigos, peritos e intérpretes, registrarán las disposiciones establecidas por este código.

Artículo 193 CPP ENTREGA DE COSAS Y DOCUMENTOS. SECUESTROS. Los objetos y documentos relacionados con el hecho punible y los sujetos a comiso, que puedan ser importantes para la investigación, serán tomados en depósito o asegurados y conservados del mejor modo posible. Aquel que tenga en su poder objetos o documentos de los señalados precedentemente, estará obligado a presentarlos y entregarlos, cuando le sea requerido, siguiendo los medios de coacción permitidos para el testigo que rehúsa declarar. Si los objetos requeridos no son entregados se dispondrá su secuestro. Quedan exceptuados de esta disposición las personas que deban abstenerse de declarar como testigos.

Artículo 196 CPP PROCEDIMIENTO. Regirá el procedimiento prescripto para el registro. Los efectos secuestrados serán inventariados y puestos bajo segura custodia en los depósitos de los tribunales o en los lugares especialmente destinados para estos efectos, siempre a disposición del juez. Cuando se trate de bienes de significativo valor se los entregará a quienes aparezcan como sus poseedores legítimos, en calidad de depositarios judiciales. Transcurridos seis meses sin reclamo ni identificación del dueño o poseedor, los objetos podrán ser entregados en depósito a un establecimiento asistencial o a una entidad pública que los necesite, quienes sólo podrán utilizarlos para cumplir el servicio que brindan al público. Lo mismo se hará cuando se trate de bienes perecederos, que no puedan ser conservados. Si los objetos secuestrados corren riesgo de alterarse, desaparecer, sean de difícil custodia o perecederos, se ordenarán reproducciones, copias o certificaciones sobre su existencia y estado. Los objetos secuestrados serán asegurados con el sello y la firma del encargado de su custodia. Los documentos serán firmados y sellados en cada una de sus hojas.

bles denominados *Delitos informáticos*, pueden plantar la extinción de la acción y, consecuentemente, solicitar su sobreseimiento definitivo en estos hechos delictivos.

No sé si este sea el verdadero espíritu con el que se construyen e introducen las figuras delictivas denominada *Delitos Informáticos*, pues, francamente, con unas penas tan bajas que dan pie a opciones procesales como la antes dicha, el poder de disuasión que la norma debería tener en estos supuestos delictivos, no se consigue. Esto en el supuesto de que el Juez penal no opte por una condena en multa, que, igualmente puede ser suspendida a prueba, desde que los días multas a ser impuestos quedan al arbitrio del juzgador²⁴. Habría, por tanto, que revisar los criterios político criminales con los que se otorgan los marcos penales a los diferentes hechos punibles, o, en su caso, los mecanismos procesales.

3. LA ADOPCIÓN DEL TRATADO DE BUDAPEST

El convenio sobre cyber delincuencia adoptado por el Consejo de Europa, en Budapest, el 23 de noviembre del 2001, fue acogido por el Paraguay por Ley N° 5994/17 del 15 de diciembre.

Este convenio define, sistemas informáticos, datos informáticos, proveedor de servicios y datos relativos al tráfico. Establece la tipificación por grupos delictivos, así, los delitos contra la confidencialidad, integridad, disponibilidad y sistemas informáticos y bajo ellos indica los hechos punibles de acceso ilícito, interceptación ilícita, ataques a la integridad de datos, ataque a la integridad de sistemas y abuso de dispositivos. Bajo el grupo que denomina delitos informáticos, indica los hechos punibles de falsificación informática y fraude informático. Bajo el grupo que denomina delitos relacionados con el contenido, establece, la pornografía infantil y, bajo el grupo de los delitos relacionados con la infracción de la propiedad intelectual y de los derechos afines, agrupa a los delitos contra de propiedad intelectual.

Además, el convenio establece recomendaciones procesales, pero, por sobre todo hace hincapié en la cooperación internacional para la

24 En tal sentido ver los artículos 53, 55 y 61 del vigente Código penal paraguayo. Este último establece que de no superarse los ciento ochenta días-multa, el tribunal podrá emitir un veredicto de reprochabilidad, apercibir al autor, fijar la pena y suspender la condena a prueba.

persecución y castigo de los delitos aconsejando, además, a los Estados miembros y adherentes, la simplificación del proceso.

Es un instrumento jurídico muy bien trabajado y útil y que al integrar el orden de prelación jurídica como convenio internacional admitido por el Paraguay, sus recomendaciones deben ser observadas, pudiendo el Paraguay incluso castigar los hechos punibles realizados en el extranjero por entender el artículo 8.8 de nuestro Código penal que se está ante bienes jurídicos de protección universal, bajo las reglas, claro, tanto de Código penal como las del propio convenio, en la persecución y castigo de los señalados hechos punibles.

4. LA NECESIDAD DE RECONOCER LA EXISTENCIA DE UN BIEN JURÍDICO PENAL QUE TUTELA, LA SEGURIDAD DE SISTEMAS, DATOS Y TRÁFICO INFORMÁTICOS

Se habla de *Delitos Informáticos* relacionados a, la pornografía a, la propiedad intelectual a, derechos patrimoniales a, la vida de las personas a, su intimidad a, su libertad. Muestra de ello son los diferentes Títulos del Código Penal paraguayo que los acogen, así, en tal sentido, el Título I *Hechos punibles contra las personas*, en su Capítulo VI bajo el epígrafe, *Hechos punibles contra menores*, introduce un tipo penal de pornografía infantil, que, como se viera líneas arriba, luego denomina pornografía relativa a niños y adolescentes; e, igualmente, se introduce un tipo penal de abuso sexual en niños por medios tecnológicos. Bajo el mismo Título I, pero, desde su Capítulo VII *Hechos punibles contra el ámbito de la vida y la intimidación de las personas*, construye los tipos penales de: acceso indebido de datos, interceptación de datos, preparación de acceso indebido y revelación de secreto de carácter privado.

En igual sentido, bajo el Título II *Hechos punibles contra los bienes de las personas* en su Capítulo II *Hechos punibles contra otros derechos patrimoniales*, establece los hechos punibles de: alteración de datos, acceso indebido a sistemas informáticos, sabotaje a sistemas informáticos. Y en su Capítulo IV *Hechos punibles contra el patrimonio*, establece un tipo penal de estafa mediante sistemas informáticos.

Asimismo, bajo su Título V *Hechos punibles contra las relaciones jurídicas* en su Capítulo II, dedicado a los, *Hechos punibles contra la prueba documental*, castiga las conductas delictivas de alteración de da-

tos relevantes a la prueba y falsificación de tarjetas de débito, crédito y otros medios electrónicos de pago.

Sin dudas la diversidad delictiva que genera el uso de la tecnología en las comunicaciones, en los negocios y hasta en el ocio, han generado respuestas penales según la necesidad de tutelarlas, respuestas que se otorgaron dentro de un amplio marco de conductas que lesionan o ponen en peligro diversos bienes jurídicos.

Sin embargo, considero acertado y necesario reconducir la actual diversidad de bienes jurídicos involucrados en los denominados, *Delitos Informáticos*, hacia un bien jurídico que otorgue una acertada tutela penal, en el sentido de no limitarla a los medios empleados para la comisión de estos hechos punibles o a determinados resultados.

Si bien la singularidad delictiva se produce entorno al manejo de la tecnología, tales como, la diversidad de dispositivos de los que se sirven, la variedad de plataformas informáticas utilizadas, los mecanismos digitales empleados, no puede olvidarse la peculiaridad en torno a los autores del hecho, la multiplicidad de víctimas que una sola conducta antijurídica puede generar en el descontrol de los alcances o resultados que un hecho punible en este ámbito puede ocasionar. De igual modo, no pasa inadvertido el idioma técnico utilizado y la creciente diversidad delictiva que se reinventa en torno a los avances tecnológicos.

En mi opinión, existe un bien jurídico penal propio a tutelar, absolutamente autónomo, cuya esencia se encuentra en **la seguridad de los sistemas, datos y tráfico informáticos**²⁵. La seguridad es la garantía por excelencia en cualquier ámbito y, se traduce en confiabilidad, inte-

25 Sistemas, datos y tráfico informáticos en el sentido de la terminología utilizada por el artículo 1 del Convenio sobre cyber delincuencia de Budapest, del 23 de noviembre del 2001. Así: “Artículo 1. Definiciones: A los efectos del presente Convenio: a. por “sistema informático” se entenderá todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, cuya función, o la de algunos de sus elementos, sea el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa; b. por “datos informáticos” se entenderá toda representación de hechos, información o conceptos expresados de cualquier forma que se preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para que un sistema informático ejecute una función; c. por “proveedor de servicios” se entenderá: i. toda identidad pública o privada que ofrezca a los usuarios de sus servicios la posibilidad de comunicar a través de un sistema informático, y ii. Cualquier otra entidad que procese o almacene datos informáticos para dicho servicio de comunicación o para los usuarios del mismo; d. por “datos relativos al tráfico” se entenderá todos los datos relativos a una comunicación realizada por medio de un sistema informático, generados por este último en tanto que elemento de

gridad y legitimidad. Tutelar penalmente, por tanto, la seguridad de los sistemas, datos y tráfico informáticos no es sólo aceptar la especialidad de la materia, que ya está dada, sino y, sobre todo, es admitir la construcción de una protección penal acorde a la misma²⁶.

Considero, por tanto, pertinente reconducir los tipos penales de: acceso indebido de datos, interceptación de datos, preparación de acceso indebido e interceptación de datos, alteración de datos, acceso indebido a sistemas informáticos, sabotaje a sistemas informáticos, estafa mediante sistemas informáticos, alteración de datos relevantes a la prueba, falsificación de tarjetas de débito, crédito u otros medios electrónicos de pago, pornografía relativa a niños y adolescentes y el abuso sexual por medio electrónicos, bajo el Título, *Hechos punibles contra la seguridad de los sistemas, datos y tráfico informáticos*.

5. CONDUCTAS NO SANCIONADAS PENALMENTE

No obstante, todos los tipos penales aquí observados, existen conductas que no poseen una sanción penal, tal el caso, del Cyber Bulling, y los hechos que pudieran cometerse utilizando Drones. O la suplantación de identidad que existe en el Grooming, con el objeto de contactar con menores de edad en las redes sociales a efectos de algún encuentro sexual con ellos.

Ni nuestro Código penal ni el Convenio de Budapest han considerado estas opciones fácticas como hechos delictivos, tal vez, por su reciente aparición. Aunque hasta lo que debe entenderse por “tiempos recientes” debe revisarse dada la velocidad de las transformaciones tecnológicas y sus consecuencias en la vida cotidiana. El trabajo político criminal deberá ser incansable en esta específica área de la cyber delincuencia para acompañar la evolución tecnológica y otorgar respuestas lo más efectivas posibles.

la cadena de comunicación, y que indique el origen, el destino, la ruta, la hora, la fecha, el tamaño y la duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente”.

26 En la Norma Constitucional paraguaya vigente la tutela penal de la seguridad de los sistemas, datos y tráfico informáticos, encuentra sustento en varios de sus artículos, tales como, los artículos 28, 29, 30, 31, 33, 36 y 38.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La política criminal se encuentra con un listón muy alto ante la rapidez de los avances tecnológicos y la habilidad delictiva de quienes encuentran los huecos jurídicos para quedar impunes al utilizarlos. Acompañar estos cambios tecnológicos con propuestas oportunas, eficientes, eficaces, significa, desde mi punto de vista, comenzar por reconocer una tutela penal construida, exclusivamente, a partir de un bien jurídico diferenciado.

En las líneas que anteceden he adelantado mi parecer al respecto, señalando que el bien jurídico penal tutelado, con los denominados, genéricamente, por la Fiscalía paraguaya, como, Delitos *Informáticos*, es, en realidad, **la seguridad de los sistemas, datos y tráficos informáticos**.

Este bien jurídico, en mi opinión, posee una característica distintiva, pues, tutela a la vez, bienes jurídicos colectivos y bienes jurídicos individuales. Profundizar sobre esta construcción dogmática, va más allá de estas pocas líneas, no obstante, adelantar mi postura al respecto, me pareció pertinente.

Ordenar, sistematizar jurídico penalmente, observando lo verdaderamente tutelado, bajo las características que le son propias a estos delitos, es, el primer gran paso, que debe dogmáticamente hablando, realizar el Paraguay, para una oportuna, efectiva y eficiente tutela penal en este ámbito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo del Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012.
- CALDERON, Belén. *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta*, Comares, Granada, 2005.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Tomas. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Granada, 2002.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*. Editorial Reppertor, Barcelona, 2002.
- SOTO NAVARRO, Susana. *La protección de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003.
- PÉREZ CEPEDA, Ana. *Política criminal ante el reto de la delincuencia organizada transnacional*, Ediciones Universidad de Salamanca – Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- SANZ MULAS, Nieves; ROJAS BENITEZ, Olga. *Política criminal*, Intercontinental editora, Asunción, 2017.
- STRATENWERTH, Gunter. *Derecho penal. Parte General I*. Thomsos-Civitas, Navarra, 2005.
- ROJAS BENITEZ, Olga; VERA COLMÁN, Maria. *Código procesal penal Ley 1286/98. Anotado y Concordado*. Primera parte, Litocolor, Asunción, 2003.
- ROXI, Claus. *Derecho penal. Parte General. Tomo I*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

ABUSO SEXUAL EN NIÑOS Y NIÑAS EN LAS CIRCUNSCRIPCIONES DE ÑEEMBUCÚ, MISIONES E ITAPÚA ENTRE LOS AÑOS 2010 A 2017

Egidio Ramón Jara¹
María Gabriela Páez Grance²

RESUMEN: La investigación, realizada en el marco de la Maestría en Derecho Penal y Criminología, de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Pilar, aborda la problemática del abuso sexual en niños y niñas, desde el punto de vista de su tipificación legal, conforme el artículo 135 del Código Penal y la Ley N° 3.440/08 “Que modifica varias disposiciones de la Ley N° 1.160/97, Código Penal”. Profundiza sobre la interpretación de términos ambiguos como “*actos sexuales*” y “*manifiestamente relevantes*”, que en algunas ocasiones dificulta la subsunción de la conducta en el tipo penal. Se caracterizaron los casos de abuso sexual en niños y niñas, sentenciados en las circunscripciones judiciales de Ñeembucú, Misiones e Itapúa, entre los años 2010 a 2017 y los criterios considerados por los Tribunales para la penalización. El estudio de tipo descriptivo, con enfoque cuali-cuantitativo, utilizó como fuente primaria las resoluciones judiciales de Tribunales de Sentencias recaídas bajo el periodo de estudio. Los resultados evidencian que las víctimas mayormente son niñas de entre 11 a 13 años de edad y en la totalidad son agresores hombres, en general, los propios familiares y conocidos de las víctimas. En algunos casos, existe doble valoración de las circunstancias particulares consideradas al momento de la determinación de la pena aplicable.

1. INTRODUCCIÓN

La niñez es la etapa que requiere de mayor protección en todos los ámbitos, por su especial vulnerabilidad. El abuso sexual es un fenómeno determinado por diversos factores, el cual abarca aspectos culturales, socioeconómicos, individuales y familiares (Magnabosco, 2014), relaciones familiares en donde se ejerce el poder de manera abusiva y no equitativa, dificultades en la comunicación, distancia emocional,

1 Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia y Penal Adolescentes- Misiones

2 Ministerio de la Niñez y Adolescencia. Regional Misiones, Paraguay.

incapacidad para responder a las necesidades del niño o la niña, violencia de género, negligencia, maltrato físico, entre otros (Orjuela et. al., 2012). En tal sentido, Berlinerblau (2017) indica que los niños, las niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual con frecuencia callan: por miedo, culpa, impotencia, desvalimiento, vergüenza.

Desde el punto de vista de los derechos humanos, es una violación de los derechos sexuales y reproductivos, lo que afecta a derechos en expectativa tales como al desarrollo de una sexualidad sana y segura. Los derechos de todo niño o niña a no ser expuesto a ningún tipo de violencia, abuso, explotación o malos tratos se encuentran protegidos a nivel internacional por la Convención sobre los Derechos del Niño.

En la Constitución Nacional, se reconoce y garantiza los derechos de niños, niñas y adolescentes, siendo responsables de su cumplimiento la familia, la sociedad y el Estado (art. 54). Asimismo, el derecho positivo incorpora numerosos instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño, niña y adolescentes, ratificados por Paraguay, además de leyes nacionales, la Ley N° 1160/97 Código Penal Paraguayo, que tipifica en el Capítulo VI, los hechos punibles contra niños, niñas y adolescentes.

Los casos de este hecho punible en Paraguay se incrementan año a año. El Ministerio Público (2008) plantea dudas sobre la eficacia real de la norma penal que reprime la violación sexual de menores de edad. Entre los meses de enero a junio de 2010, fueron abusadas sexualmente en el interior del país, 181 personas menores de 18 años de edad, de las cuales el 90% son de sexo femenino (Pérez, 2010), el mayor índice se registró en 2015 (Balletbó y Caballero, 2017) y solo en el año 2016 en todo el país hubo 2076 denuncias ante el Ministerio Público (Escobar, 2016).

La política del estado paraguayo no escatima esfuerzos en la lucha contra el abuso sexual en niños, niñas busca crear conciencia colectiva acerca de la importancia de denunciar tales hechos y establece los mecanismos para realizarlo ante la comisaría, fiscalía o la defensoría más cercana, así como a la CODENI de la ciudad donde reside el niño.

El Art. 135 del Código Penal, vigente hasta el año 2017, establece la expectativa de este tipo penal en tan solo de tres años o multa, si no

hubo coito. Por otra parte, en la tipificación legal los términos “*actos sexuales*” y “*manifiestamente relevantes*” no constituyen conceptos claros, lo que muchas veces dificulta encuadrar algunas conductas que revisten la misma gravedad que el coito y que, por razones de legalidad, no se subsumen en este tipo penal.

La redacción de este tipo penal es ambiguo y confuso (Sierra, 2011). A juicio de Ramírez (2007) el delito de abuso sexual presenta problemas en la medida que existen actos en que claramente se evidencia la connotación sexual del mismo, pero hay otros en que no es posible deducir de su mera objetividad si tiene tales características, como son los actos ambivalentes, ambiguos o equívocos.

Por lo planteado y considerando que a la ley penal le es vedada toda interpretación extensiva, quedan impunes algunos actos, o en ocasiones, se recurre a otras figuras penales, para conseguir una pena mayor, lo que genera disparidad de criterios en los estrados judiciales, sobre elementos objetivos de la figura como el bien jurídico protegido o el alcance de los términos actos sexuales.

Revisando la doctrina, Portillo Aragón (2010) señala que la libertad sexual es la facultad de la persona para auto determinarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena. En consecuencia, los niños y niñas carecen de autonomía sexual, al no tener la capacidad suficiente para valorar realmente una conducta sexual.

El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los niños y niñas, entendida como las condiciones físicas y psíquicas para el ejercicio sexual en libertad, cuya protección, en expresiones de Lázaro (2002) pretende impedir que la implicación precoz en conductas sexuales o la participación en las mismas en determinadas circunstancias puedan alterar su adecuado proceso evolutivo.

El objeto de protección en el hecho punible de abuso sexual recae sobre la necesidad de precautelar su libertad futura y en particular, para el Código Penal, “el desarrollo sexual armónico de niños...” conforme al Art. 128. Inc. 5º, num. 1. La discusión se genera porque no se puede enunciar de manera inequívoca sobre la posibilidad de que un niño sea sujeto pasivo del tipo legal *Coacción sexual*, tipificado en el artículo 128

del Código Penal paraguayo, o solo pueda serlo del tipo *Abuso sexual en niños* establecido en el artículo 135 del mismo cuerpo legal. El centro de la cuestión guarda relación con el bien jurídico que quiere proteger una y otra figura penal.

Algunos tribunales sostienen que no, por consecuencia de su inmadurez tanto física como psíquica; por tanto, no poseen el discernimiento suficiente para entender el alcance de la realización del acto sexual. Los que opinan lo contrario, argumentan que, en los casos de coacción sexual a menores, se trata de un consentimiento viciado, por tanto, la conducta del agresor puede subsumirse en este tipo legal.

En esta investigación, se reconoce que el consentimiento de la víctima no excluye la tipicidad del hecho, ya que el menor de 14 años no dispone del bien jurídico *libertad sexual*. En cuanto a antijuridicidad, no existen causas de justificación en este hecho. Bogarín González et al. (2011) destacan que el abuso sexual no se puede cometer por culpa o imprudencia, de modo que para su perpetración será siempre necesaria la concurrencia del elemento subjetivo, esto es, el dolo (pp. 150-151). Lamentablemente, al ser un hecho punible de resultado, se producen alteraciones relevantes que inciden en el equilibrio psíquico de estas precoces víctimas.

De la determinación del vínculo puede surgir circunstancias agravantes específicas, como el caso de que un familiar sea el que perpetra el ilícito. Baita y Moreno (2015) afirman que el hecho de que el abusador sexual sea una persona significativa para el niño tiene un peso fundamental en la consolidación de estas preocupaciones.

Para la legislación penal paraguaya, constituyen casos especialmente graves la existencia de coito o si la víctima es menor de diez años. En opinión de Bogarín et al. (2011) la palabra coito debería cambiarse por acceso carnal, entendida como penetración por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por las dos primeras vías.

En cuanto a la pena, implica la estimación de una serie de consideraciones relacionadas con las condiciones personales y económicas del autor (art. 52 y 65 del C.P.), a los cuales solo y exclusivamente el Tribunal de Sentencia accede, en virtud del llamado principio de in-

mediación (Blanco, 2015). El Código Penal, en su artículo 65, modificada por Ley N° 3440/08 “ Que modifica varias disposiciones de la Ley N° 1.160/97, Código Penal”, establece expresamente los criterios que orientan la decisión acerca de cuál es la pena más adecuada para cada caso, conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Prohíbe expresamente valorar circunstancias que ya se han considerado al momento de la subsunción de la conducta al tipo penal. De ser así, se estaría infringiendo la prohibición de la doble valoración.

Para Calderón (2016) la fijación del marco penal aplicable es un problema cuando la sanción que se imponga a quien delinque resulte mayor o menor que aquella que la ley señala en forma abstracta para el respectivo tipo penal. Pucheta (2015) afirma que, para determinar una pena, se debe considerar que los móviles deben tener relación con lo que incitó al autor a la comisión del hecho punible, estos pueden obedecer a estímulos externos (dificultades económicas, lujo, etc.), y estímulos internos (cuestiones pasionales, ej., celos, resentimientos, etc.).

En las Circunscripciones Judiciales de Ñeembucú, Misiones e Itapúa no se cuentan con estudios que analicen la caracterización de los casos de abuso sexual en niños. Por ello, el objetivo fue determinar los criterios considerados por los jueces y fiscales para subsumir las circunstancias que constituyen este hecho en las circunscripciones mencionadas, así como aquellas que incrementan el contenido del injusto y la proporcionalidad de la pena, a fin de proporcionar informaciones que permitan comprender las dificultades de la aplicación de la Ley penal vigente hasta la sentencia de los casos que recaen entre los años 2010 a 2017, así como revelar factores que aporten a la discusión sobre mecanismos de disuasión de este delito.

La investigación se justifica en la necesidad de realizar un aporte científico que aproxime a comprender el fenómeno de estudio, exponiendo los fundamentos esgrimidos por los Tribunales de Sentencia, tanto en la interpretación como en la aplicación de la norma penal, además de sentar las bases para estudios posteriores que analicen la última modificación del Art. 135 del Código Penal, incorporada por Ley N° 6002/2017 “Que modifica el artículo 135 de la Ley N° 1160/97, Código Penal, modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 3440/08, Que modifica varias disposiciones de la Ley N° 1160/97 Código Penal”

2. MATERIALES Y MÉTODOS

La investigación responde al tipo de estudio descriptivo en el que se observa la relación o asociación de las variables definidas en la investigación y se describen las condiciones en las que desarrolla el fenómeno en estudio, caracterización que se realiza por medio del análisis de sus atributos.

Se utilizó una combinación del enfoque cualitativo con el cuantitativo. El primero se utilizó para describir las conductas valoradas como abusos sexuales en niños y niñas y características observadas en el tipo penal. Según Villabella (2009), el método cualitativo persigue un fin descriptivo y omnicompreensivo del fenómeno o proceso que estudia. En éste, todas las perspectivas son válidas y todas las informaciones necesarias, de allí que haga visible los detalles y relevantes los pequeños significados. Luego, los eventos de la realidad que se quieren investigar se verifican, se cuantifican los hallazgos, para realizar explicaciones e inferencias a partir de ellos. Ruíz (2013) menciona que los estudios de corte cuantitativo pretenden la explicación de una realidad social vista desde una perspectiva externa y objetiva. Por el tipo de investigación, se decidió optar por la utilización de ambos métodos, ya que se complementan.

La población estudiada y sobre la cual se generalizan los resultados está constituida por el total de Sentencias de los Tribunales de las Circunscripciones Judiciales de Ñeembucú, Misiones e Itapúa, que resuelven casos de Abuso Sexual en niños y niñas, perpetrados durante los años 2010 a 2017, las que se utilizaron como fuentes primarias. Se empleó un muestreo no probabilístico, puesto que, la unidad de análisis se seleccionó en función de dos condiciones particulares: a) casos de abuso sexual en niños y niñas, cuyas Sentencias se hayan dictado bajo la vigencia de la Ley N° 3440/08 que modifica el Art. 135 del Código Penal y b) la facilidad para acceder a las resoluciones judiciales en las circunscripciones de estudio.

En tal sentido, se decidió tomar como población todos los casos cuyas sentencias recaen en un periodo de tiempo distinto para cada Circunscripción, pero incluidos dentro del rango, que va desde 2010 a 2017. Esto obedece a limitaciones en el acceso a todas las resolucio-

nes, ya que solo se consiguieron los de los periodos mencionados en la Tabla 1.

Cadena-Iñiguez et al. (2017) refieren que, en la investigación social, usando métodos cuantitativos, para que los resultados sean más confiables el tamaño de muestra requerido debe ser mayor, por lo tanto, el tamaño de muestra es directamente proporcional a la confiabilidad deseada.

TABLA 1: POBLACIÓN Y MUESTRA

Circunscripción Judicial	Población (hechos sentenciados entre los años 2010-2017)	Periodo de tiempo escogido	Muestra	
	Número	Años	Número	Porcentaje
Ñeembucú	14	2010 - 2015	9	64%
Misiones	25	2011 - 2016	17	68%
Itapúa	24	2013 - 2017	15	63%
	63		41	65%

Fuente: Elaboración propia, con datos proporcionados por cada Circunscripción Judicial

Para realizar el análisis de sentencias judiciales se utilizó el estudio de casos, se diseñó una matriz de registro de resultados, cuya construcción consideró los elementos que permiten subsumir una conducta al hecho punible Abuso Sexual en niños y niñas, lo que garantiza su validez y confiabilidad, por ser un método aprobado por la técnica legislativa. Con ella se pudo identificar los hechos de la realidad y el modo en que estos se conectan con las normas jurídicas aplicables al caso, examinando la manera en que el órgano jurisdiccional realizó la aplicación del derecho.

El análisis de documentos provenientes de fuentes secundarias, permitió indagar en profundidad sobre diversos aspectos relacionados con tema abordado, fundamentalmente para comprender las razones que han conducido a los jueces a fallar en uno u otro sentido, de modo a verificar elementos que denotan el ejercicio de la función jurisdiccional. Al respecto, Cadena-Iñiguez et al. (2017) enfatizan que el análisis de contenido o análisis textual o documental es una técnica para estudiar y analizar la comunicación de manera objetiva, sistemática y cuantita-

tiva, ya que permite hacer inferencias válidas y confiables de datos con respecto a su contexto.

Se procedió a la lectura de cada una de las resoluciones judiciales emitidas en el ámbito territorial objeto de estudio. Se registran cada caso estudiado, con el número de Sentencia Definitiva, las variantes del tipo penal abuso sexual en niños, en las que se encuadran los hechos, la relación existente entre los niños víctimas de abuso sexual y sus victimarios, el grupo etario y de género más vulnerables. Estos datos son cuantificados y sometidos a un proceso de codificación, tabulación y análisis estadístico. Considerando que los casos estudiados son cuantificados conforme a las sentencias que constituyen la muestra, cabe aclarar que en algunos casos hubo más de una víctima en un mismo hecho.

Los datos se procesaron en programa informático Microsoft Office Excel, representando los resultados en gráficos ilustrativos, de modo tal que se comprendan las implicaciones de los datos analizados. Por otra parte, se registran los datos cualitativos relacionados a las valoraciones de conductas de abusos sexuales en niños y niñas, por los tribunales de las circunscripciones judiciales en estudio, conforme al bien jurídico protegido, la relación existente entre las pretensiones de la Fiscalía y la condena establecida en resolución judicial, así como las argumentaciones esgrimidas por el Tribunal al momento de considerar la base de la medición de la pena.

En cuanto a los aspectos éticos, se consideró el principio de publicidad para el acceso a las actuaciones procesales ya finalizadas, como es el caso de las Sentencias Judiciales, principio que permite difundir la decisión; pero sin afectar el derecho a la intimidad y privacidad de los niños y niñas cuyas identidades no son divulgadas.

3. RESULTADOS

La forma de comisión más habitual de abuso sexual en niños y niñas en las Circunscripciones de estudio es por vía directa, considerando que el 100% de los casos condenados se subsumen en el inc. 1º, es decir, que el autor ha infringido la prohibición de realizar tales actos.

Uno de los problemas que tiene la figura del abuso sexual es la dificultad de precisar *a priori* las conductas que se encuentran dirigidas a cometer el delito. En la Circunscripción Judicial de Misiones, el 12% de los casos abuso sexual no ha sido comprobado (2 casos), por lo que los acusados fueron sobreseídos.

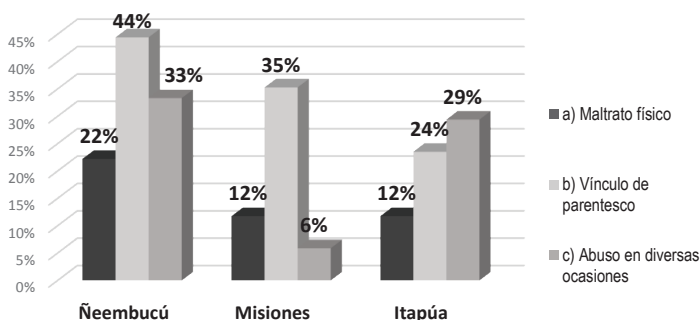
En cuanto a la forma de comisión por vía indirecta –que condena la realización de actos sexuales manifiestamente relevantes ante un niño y dirigidos a él, o el inducirlo a realizar ante sí o ante terceros– se evidencia un problema semántico: ¿qué actos *manifiestamente relevantes* no constituyen actos sexuales en los términos del inc. 1º primera parte (vía directa) del artículo 135?

Pueden darse dos casos: primeramente, la acción que realiza el propio sujeto activo consigo mismo y teniendo al niño como mero espectador, valiéndose de cualquier medio para lograr que éste presencie el acto. Por otra parte, el autor persuade o induce al niño a realizar acciones de significación sexual, ante él o un tercero. Aquí la ley exige que el menor realice efectivamente actos de connotación sexual.

En las sentencias analizadas no se evidencia porcentaje alguno de comisión del hecho punible por vía indirecta. Esto puede interpretarse de dos maneras: que todos los casos de abuso sexual ocurridos en las tres circunscripciones se dan por contacto corporal con la víctima o, que no todos los casos de abuso sexual ocurridos en las mencionadas circunscripciones se llevan a juicio, ya que escapan los casos cuya vía de comisión es indirecta, sea por falta de denuncia, por aplicación de salidas alternativas o por desestimación.

Una agravante del tipo base es el maltrato físico a la víctima en forma grave, lo cual puede aumentar el sentimiento de terror y los efectos pueden estar relacionados con altos niveles de ansiedad (Orjuela y Rodríguez, 2012). Los resultados se evidencian en el gráfico 1.

**GRÁFICO 1: AGRAVANTES DEL TIPO BASE.
CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE ÑEEMBUCÚ**

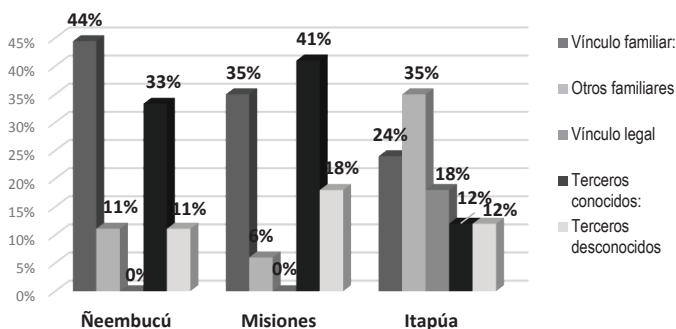


Fuente: Elaboración propia, con datos de Sentencias Judiciales

Otra agravante es el vínculo de parentesco, sea que exista algún grado de consanguinidad o afinidad. La frecuencia y duración de la experiencia abusiva es entendida como aquellas agresiones sexuales repetidas y crónicas, las cuales se asocian a consecuencias más graves en las víctimas. Ambos indicadores de agravantes del tipo base se muestran en el gráfico 1.

El vínculo familiar es formado por padre biológico, padre adoptivo, padrastro, y otros familiares; primo, abuelo, hermano. Los resultados se ilustran en el gráfico 2.

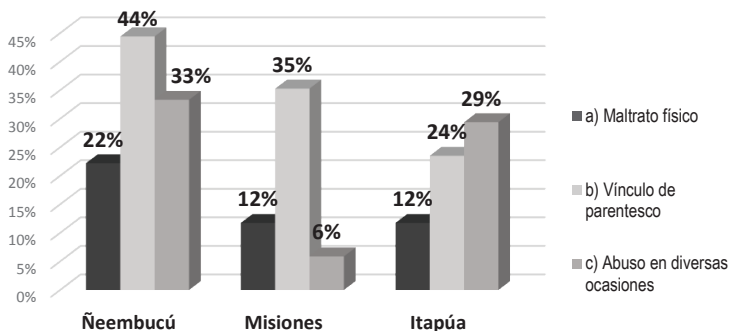
**GRAFICO 2: RELACIÓN EXISTENTE ENTRE VÍCTIMAS Y VICTIMARIOS.
ÑEEMBUCÚ, MISIONES E ITAPÚA.**



Fuente: Elaboración propia, con datos de Sentencias Judiciales

Por otra parte, constituyen casos “especialmente grave” la existencia del coito y que la víctima sea menor de 10 años. En la mayoría de los casos estudiados, el delito de abuso sexual se presenta con coito, como puede observarse en el gráfico 3.

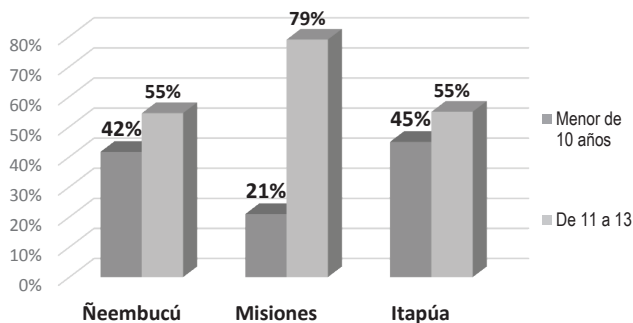
GRÁFICO 3: CIRCUNSTANCIAS ESPECIALMENTE GRAVE: COITO



Fuente: Elaboración propia, con datos de Sentencias Judiciales de las Circunscripciones.

Petrzelová (2013) refiere que las consecuencias, tanto físicas como psicológicas del abuso sexual en niños y niñas afecta de manera negativa su vida futura, más daño hay cuando la víctima es más pequeña. El grupo etario más vulnerable se muestra en el gráfico 4, siendo entre 11 a 13 años el de mayor frecuencia.

GRÁFICO 4: GRUPO ETARIO MÁS VULNERABLE



Fuente: Elaboración propia, con datos de Sentencias Judiciales de las Circunscripciones.

Estos datos concuerdan con los expuestos por Balletbó y Caballero (2017), quienes explican que, en los casos de estudio de la ciudad de Encarnación, cuando el abuso se verifica en niños y niñas pequeños, se encuentra con madres alcohólicas, adictas, con elevado nivel de descuido, ellas no denuncian el hecho por ser el autor un familiar cercano... (p. 40).

Son niñas las más vulnerables a los abusos sexuales, siendo el 100% de estos casos los consumados en Ñeembucú e Itapúa, no obstante, dos casos se dieron en Misiones, donde las víctimas fueron varones.

En el 97% de los casos, el Ministerio Público presentó acusación basada en la tipificación del hecho punible del artículo 135 conforme a sus variantes y en un caso subsumió la conducta además al artículo 128 inc. 1º, 2º y 3º, debido al abuso sistemático desde la niñez hasta la adolescencia, solicitando una pena de 15 años y en otro caso solo acusó por el artículo 128º.

Con referencia a las decisiones judiciales, el 95% de las sentencias se basan en la calificación solicitada por el Ministerio Público, salvo tres casos: uno en el que no se pudo acreditar la edad de la niña al momento del inicio del abuso, por lo que la decisión judicial fue la condena por el artículo 128 inc. 1º, 2º y 3º. En otro caso hubo absolución por existir dudas en la autoría y en otro no se condenó al acusado conforme a lo solicitado por el Ministerio Público (art. 135 y 128), ya que el Tribunal consideró la subsunción solo conforme al art. 135. Las condenas aplicadas fueron penas privativas de libertad de entre 2 a 15 años de prisión.

Los miembros de tribunales de sentencias concuerdan en que no se requiere coito para la consumación del tipo base del hecho punible. En cuanto al bien jurídico protegido, de las Resoluciones Judiciales estudiadas, algunos afirman que recae sobre la indemnidad o intangibilidad sexual de los niños y niñas, mientras que otros entienden que se protege el consentimiento de la víctima, argumentando que, en los casos de coacción sexual a menores, existe un consentimiento viciado.

Del análisis de la motivación de las sentencias (artículo 65 inc. 2 del CP) se presentan algunas de las observaciones que se consideran circunstancias de doble valoración:

“La importancia de los deberes infringidos. Es una circunstancia que debe ir en contra en la medición de la pena, teniendo en cuenta que el mismo no tuvo ninguna intención de acatar el mandato de la norma al realizar la conducta prohibida”. “Las consecuencias reprochables del hecho. Esta circunstancia debe ir en contra del acusado en la medición de la pena, considerando el desvalor de la acción” (S.D. N° 19/2017 Tribunal de Sentencia, Circunscripción Judicial de Misiones, p. 26).

La falta de acatamiento del mandato de la norma es lo que se castiga en el tipo base y, toda infracción a una prohibición legal genera un desvalor de la acción, circunstancia también ya valorada en el tipo base.

“1°) Los móviles y los fines del autor; el acusado, al realizar el abuso sexual con coito en contra de la niña ..., lo hizo con la idea de satisfacer su libido, su apetencia sexual, esta circunstancia es apreciada como agravante”. “3. La actitud frente al derecho; absoluta falta de respeto hacia la dignidad de la niña, quien se hallaba en inferioridad física y mental como para repeler la agresión sexual del que era víctima” (S.D. N° 31/2017 Tribunal de Sentencia, Circunscripción Judicial de Itapúa, p. 21).

La falta de respeto a la dignidad humana afecta al bien jurídico protegido en el hecho punible de abuso sexual, por tanto, a un elemento objetivo ya analizado. Además, no hay forma de que se ejecute la conducta de abuso sexual sin que el victimario tenga por objeto satisfacer su libido o sin dañar la dignidad humana de la víctima. Distinto sería el caso de que desarrolle la conducta de abuso sexual movido por venganza hacia la madre de la víctima, por ejemplo.

“2°) La forma de realización del hecho y los medios empleados: El acusado ha tenido un comportamiento no acorde al ordenamiento legal. En contra.” (S.D. N° 166/2017 Tribunal de Sentencia, Circunscripción Judicial de Itapúa, p. 24).

Nuevamente se valora el quebrantamiento de la norma legal, que ya fue calificada en la tipicidad objetiva.

“...la intensidad de la energía criminal empleada, de tamaño magnitud y en ningún momento con la menor mantuvo la imagen paternal que la debía desarrollar, siendo el concubino de la madre; violando el deber de cuidado de la misma, que debió prestar con igual responsabilidad que un padre biológico”. (S.D. N° 10/2011 Tribunal de Sentencia, Circunscripción Judicial de Ñeembucú, p. 8).

El vínculo de padraastro ya constituye parentesco y exige el deber de cuidado lo que es agravante del tipo base. Por otro lado, la expresión “*tamaño magnitud*” es ambigua y no se explica los obstáculos que debió vencer el autor para realizar el hecho o cuánto empeño o esfuerzo puso para cometer el hecho, lo que constituye una forma incorrecta del ejercicio de la función jurisdiccional, que no aclara por qué tomó la decisión de considerar la circunstancia en contra del acusado para establecer la pena.

4. DISCUSIÓN – CONCLUSIÓN

En todas las sentencias condenatorias de la muestra tomada de las tres circunscripciones judiciales, se describen actos que claramente evidencian la connotación sexual desarrollada por los autores. El mayor riesgo para las víctimas no proviene de personas desconocidas, sino de sus propios familiares y amigos, siendo los agresores el 100% de los casos hombres y el grupo más vulnerables lo constituyen mayormente niñas de entre 11 a 13 años de edad.

El problema semántico no permite aclarar qué actos manifiestamente relevantes no constituyen actos sexuales en los términos del inc. 1º primera parte (vía directa) del artículo 135. En ningún caso las sentencias han discutido sobre conductas donde el autor persuade o induce al niño a realizar acciones de significación sexual, ante él o un tercero, por lo se concluye que no todos los casos de abuso sexual ocurridos en las mencionadas circunscripciones se llevan a juicio, ya que escapan los casos cuya vía de comisión es indirecta, sea por falta de denuncia, por aplicación de salidas alternativas o por desestimación.

Por otra parte, hay disparidad de criterios en la valoración del bien jurídico protegido en la tipificación de abuso sexual en niños, siendo para algunos la indemnidad o intangibilidad sexual de los niños y niñas y para otros la autonomía sexual.

En algunos casos estudiados existe doble valoración de las circunstancias particulares consideradas al momento de la determinación de la pena aplicable. La actitud lesiva de la conducta no va más allá del bien jurídico contemplado en el tipo penal como sujeto de agravio para la construcción de la definición típica de abuso sexual en niños y niñas, sin embargo, es doblemente valorada.

Es importante que la motivación de las resoluciones denote el resultado del correcto ejercicio de la función jurisdiccional, de lo contrario, puede entenderse como arbitraria y ser atacada de nulidad.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAITA, S. Y MORENO, P. (2015). *Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF Uruguay. Fiscalía General de la Nación. Centro de Estudios Judiciales del Uruguay, CEJU
- BALLETBÓ FERNÁNDEZ, I., CABALLERO RAMÍREZ, N.B. (2017). *Caracterización socio demográficas de los casos de abuso sexual en niños, niñas y adolescentes de la ciudad de Encarnación, en el periodo comprendido entre los años 2014-2016*. Revista Científica de la UCSA, 4 (2), 35-45.
- BERLINERBLAU, V. (2017). *Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes. Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos*. Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF). Buenos Aires.
- BOGARÍN GONZÁLEZ, J., LEGAL BALMACEDA, B., ROLÓN, Z., Y ROLÓN, R. (2011). *Hechos punibles contra la autonomía sexual*. En Casañas Levi, José Fernando (dir.), *Código penal de la República del Paraguay comentado. Tomo II*. Asunción, La Ley paraguaya.
- CADENA-ÍÑIGUEZ ET AL. (2017). *Métodos cuantitativos, métodos cualitativos o su combinación en la investigación: un acercamiento en las ciencias sociales*. Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas, 8 (7), 1603-1617.
- CALDERÓN, G. (2016). *Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal*. Política Criminal, vol.11 (22).
- ESCOBAR, E. (2017). "En Paraguay se está perdiendo el miedo a denunciar el abuso infantil". Entrevista: Ciencia del Sur. Noviembre, 3 de 2017.
- MAGNABOSCO, M. (2014). *El Construccionismo Social como abordaje teórico para la comprensión del abuso sexual*. Revista de Psicología, 32 (2).
- MINISTERIO PÚBLICO (2008). *Abuso sexual en niños. La infancia Violentada*. Fiscalía INFO. Año I. Ministerio Público, 2.
- ORJUELA LÓPEZ, L., RODRÍGUEZ BARTOLOMÉ, V. (2012). *Violencia sexual contra los niños y las niñas. Abuso y explotación infantil. Guía de material básico para la formación de profesionales*. Edit. Save the Children España.
- PÉREZ, K. (2010). *Abuso sexual en niños y adolescentes del interior del país. Un abordaje estadístico desde la relación entre víctimas y victimario*. Revista Jurídica. Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales. Centro de Entrenamiento. Ministerio Público. Asunción, Editorial Servilibro.

- PETRZELOVÁ, J. (2013). *El abuso sexual de menores y el silencio que los rodea*. Universidad Autónoma de Coahuila. México, ISBN 978-607-506-118-4.
- PORTILLO ARAGÓN, I. (2010). *Análisis jurídico de las causas de impunidad en los delitos de violación sexual*. Universidad de San Carlos de Guatemala Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala.
- RAMÍREZ, M. (2007). *Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia*. Polít. Crim. n° 3, p. 1-13.
- RUIZ, M. (2013). *El enfoque mixto de investigación en los estudios fiscales*. TLATEMOANI, Revista Académica de Investigación, 13, 1-25.
- Sierra, I. (2011). *Análisis crítico del tipo penal de abusos sexuales y de la figura del child grooming a partir de una interpretación jurisprudencial del artículo 366 quáter del código penal*. Universidad de Chile.
- UNICEF (2015). *Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia*. Centro de Estudios Judiciales del Uruguay.
- Villabella, C. (2009). La investigación científica en la ciencia jurídica. Sus particularidades. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 23, 5-37.

Legislaciones:

- Constitución de la República del Paraguay (1992).
- Congreso de la Nación Paraguaya. Ley N° 1680/01. Código de la Niñez y la Adolescencia. Asunción, Paraguay.
- _____ Ley N° 1160/ 97. Código Penal Paraguayo, sus modificaciones: Ley 3440/08. Asunción, Paraguay.
- _____ Ley N° 3.440/08 - Que modifica varias disposiciones de la Ley N° 1.160/97, Código Penal.
- _____ Ley N° 4.439/11 - Que modifica y amplía varios artículos de la Ley N° 1.160/97, Código Penal.
- _____ Ley N° 2.134/03 – Convención de Protección del Niño.
- _____ Ley N° 6002/2017 “Que modifica el artículo 135 de la Ley N° 1160/97 ‘Código Penal’ modificado por el artículo 1° de la Ley N° 3.440/08 ‘Que modifica varias disposiciones de la Ley N° 1.160/97 ‘Código Penal’ (abuso sexual en niños)
- Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen I, Valencia, 1996, Tirant lo Blanch.
- Corte Suprema de Justicia, Paraguay. (2015). Pucheta de Correa, A., Blanco, S. Acuerdo y Sentencia N° 509 del 6/07/2015.

LA DIFERENCIA ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD PROCESAL¹

William Fernández Lucena²

Resumen: El sistema Procesal Civil, prevé una sanción a la inactividad o abandono del impulso procesal de las partes que no instaren su curso dentro del plazo de seis meses, es uno de los modos de terminación del Proceso, el impulso procesal es aquella actividad de las partes o del Juez tendiente a hacer avanzar un proceso judicial a fin de que vayan cumpliendo las diferentes etapas de manera a llegar a la resolución, la cual es conocida como Caducidad de Procesal.

Así también nuestro ordenamiento jurídico contempla un plazo liberatorio de las obligaciones, mismo tiempo en el cual se debe accionar para exigir un derecho, los plazos para la prescripción son distintos dependiendo del tipo de obligación, y a diferencia de la Caducidad Procesal donde no se extingue la acción, que podrá ejercerse por medio de un nuevo Juicio, en la Prescripción Procesal se extingue toda posibilidad de accionar jurídicamente, de ahí la cualidad liberatoria.

INTRODUCCIÓN

En la siguiente monografía, describiremos las diferencias entre dos figuras jurídicas que guardan ciertas semejanzas en cuanto a que ambas extinguen derechos, con la diferencia principal de operada la Caducidad se puede volver a ejercer la acción dentro de un nuevo proceso judicial (Juicio), toda vez que la misma no haya sido alcanzada por las reglas de la prescripción, mientras que la prescripción es una figura liberatoria por medio de la cual se extingue de manera definitiva la posibilidad de ejercer un derecho, liberando al obligado del cumpli-

1 Monografía dentro del Programa de la Facultad de Postgrados del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Iberoamericana.

2 William Fernández Lucena, Ujier Notificador, Juzgado de Primera Instancia de la niñez y la Adolescencia del Segundo Turno, de la Ciudad de Lambare, Circunscripción Judicial del Departamento Central. Ingeniero Comercial. Abogado. Notario y Escribano Público. Docente Universitario. Especialista en el Fuero Penal, Escuela Judicial. Doctorando, UNIBE 2020.

miento de la obligación, así también cabe destacar que la prescripción se solicita por medio de la Excepción, figura la cual es de previo y especial pronunciamiento, mientras que la caducidad de instancia puede ser declarada de oficio por el Juez o solicitada por las partes por medio Incidental dentro de un Proceso Judicial.

Otra de las diferencias resaltantes que veremos consiste en el cómputo del plazo para que opere la caducidadse toma desde la última actuación de las partes que la haya instado el impulso procesal, y de la prescripción inicia desde el nacimiento del derecho a exigir, o conocimiento del hecho, cuyos plazos varían en cuanto a la naturaleza de la Obligación.

LA CADUCIDAD

Según el Diccionario panhispánico del español jurídico la caducidad de la instancia opera por la inactividad procesal imputable a las partes que conlleva la terminación del procedimiento, el cual en nuestro ordenamiento jurídico está enmarcado dentro del Art. 172 del C.P.C., “Se operara la caducidad de la instancia en toda clase de juicio, cuando no se instare su curso dentro del plazo de seis meses”.

En este mismo sentido el Dr. Hernán Casco Pagano, nos da el concepto de que la caducidad de instancia es un modo de terminación del proceso producido por la inactividad de las partes durante el plazo señalado por la Ley (Casco, 2011, p. 348).

La palabra caducidad proviene del latín “Caducus” que significa que cae, que ha de caer, caduco, percedero, destinado a la muerte, frágil. Para Bernardo Gómez Corraliza dicho adjetivo tiene la misma raíz que el verbo “Cado” que entre otros significados tiene los de morir y terminar (Gómez, 1990, p. 21 y 22).

Entonces podemos decir que la caducidad de Instancia es una sanción procesal la cual es ocasionada por la inactividad o abandono del impulso de las etapas del procedimiento para poder llegar a una resolución final por un periodo de seis meses en el caso del fuero civil según nuestro ordenamiento jurídico, sanción la cual es insubsanable y que da fin al Juicio.

LA CADUCIDAD EN PRIMERA INSTANCIA

En el procedimiento civil de primera instancia la responsabilidad del impulso procesal es de las partes y como hemos visto se debe instar de manera a evitar la sanción de la caducidad, entre los actos que interrumpen la Caducidad podemos citar entre otros a la notificación de la demanda, peticiones formuladas por las partes, resoluciones del órgano judicial que resulten adecuadas para impulsar el desarrollo del proceso, donde desde el momento de que se den uno de los actos mencionados vuelve a dar inicio a un nuevo plazo, hasta el momento de llamamiento de autos, momento en el cual se dan por culminadas las etapas del procedimiento y empieza el deber del Juez, y donde no correrá el plazo de la caducidad.

Definamos el por qué no se computa el plazo desde el momento en el que el Juicio se llama a “autos”, cual es el motivo por cual se interrumpe la caducidad, dentro de un procedimiento civil ordinario el cual tomaremos por mencionar uno, el proceso está compuesto por etapas, que van desde la presentación de la demanda, traslado de la demanda o notificación, contestación, ofrecimiento y diligenciamiento de pruebas y alegatos finales en donde llegar a culminar todas estas etapas depende del impulso de las partes y como todo Juicio debe llegar a su fin, ya sea por medio de la resolución que resuelva la controversia o pretensión de las partes, o por la inactividad de las mismas donde opera la Caducidad y por medio de una resolución da fin al Juicio de igual manera en el sentido de terminarlo, en este sentido la providencia del llamamiento de autos interrumpe la caducidad ya que se han cumplido con todas las etapas procesales, tendientes a obtener la resolución.

Todas las actuaciones que no impulsen el procedimiento de manera a pasar las etapas no interrumpen el plazo de la caducidad, por citar algunos tenemos a la constitución de nuevo domicilio, las peticiones extemporáneas (Casco, 2011, p. 352), y en mi experiencia me permito mencionar que el simple pago para el diligenciamiento de la notificación no interrumpe el plazo de la caducidad, lo cual traigo a colación porque algunos colegas profesionales suelen apelar o contestar los traslado del Incidente de Caducidad manifestando que realizaron el pago correspondiente al Ujier para diligenciar la notificación, lo que sí interrumpe dicho plazo, es la notificación efectiva de la providencia.

RESPONSABILIDAD EN CUANTO A LA CADUCIDAD

La responsabilidad de responder ante una eventual Caducidad que traiga aparejado un perjuicio, es exclusiva del profesional Abogado, donde será innecesaria la existencia de dolo, ya que basta con que haya existido culpa o negligencia de su parte.

También se prevé la responsabilidad subsidiaria del funcionario Judicial “Ujier”, en caso de que por su negligencia no haya practicado la notificación que le fuera encomendada y por la cual haya operado la Caducidad, la misma esta prevista en Art. 188 del C.O.J.

Cabe mencionar que en la Acción Constitucional del Recurso de Amparo el plazo de caducidad es de sesenta días hábiles, contados a partir de la fecha en que el afectado tomo conocimiento del acto, omisión o amenaza ilegítimo, según el Art. 567 2do. Párrafo del C.P.C., (Casco, 2011, p. 350), lo cual a mi opinión se podría confundir con la prescripción ya que el afectado no ha ejercido su derecho dentro de una Acción.

DECLARACIÓN DE CADUCIDAD

La caducidad de instancia puede ser interpuesta por las partes por medio del Incidente de Caducidad, así como también puede ser resuelta de oficio por el Juez, previo informe del Actuario o Secretario, obligación enmarcada en el Art. 186 inc. “f” del C.O.J., donde el mismo debe avisar al Juez que ha transcurrido el plazo fijado por la Ley para que quede operada la caducidad, Juez que por medio de un Auto Interlocutorio fundado de por Operada la Caducidad ordenando el archivo de los presentes autos, dicha resolución es apelable ante el Tribunal de Apelación según el Art. 395 del C.P.C., en caso de recurrir una resolución de Tercera Instancia en cuanto a la caducidad, según el Art. 390 del C.P.C., no corresponde la apelación, sino que del Recurso de Reposición de manera a obtener una revisión de la mencionada resolución judicial, lo cual a mi parecer no es la vía más acertada ya que el Recurso de Reposición solo procede contra resoluciones de mero trámite que no causen gravamen irreparable, y la declaración de caducidad podría causar agravio irreparable a la parte afectada.

Otro de los procesos que caduca son las diligencias preparatorias, las cuales son realizadas ante el Juzgado con intención de demandar

a alguien, donde al finalizar se dicta una resolución, la cual es la fecha en donde se debe computar el plazo de quince días para entablar la demanda o sino las mismas pierden validez, una caducidad diferente en cuanto al plazo fijado para el general de seis meses.

LA CADUCIDAD ES INSUBSANABLE

Todas las actuaciones posteriores desde el momento en que haya transcurrido el plazo de la caducidad son ineficaces, ya que no se puede subsanar de ninguna manera dicho efecto, y el pedido de la caducidad y declaración de oficio puede darse en cualquier etapa del procedimiento aunque se a hayan realizado actuaciones posteriores, las cuales se consideran nulas, de manera a entender mejor daremos en Ejemplo:

Digamos que Juan instaura una demanda con Pedro, en donde Pedro es notificado de la demanda, la cual contesta dentro del plazo y existiendo hechos controvertidos que probar se ordena la apertura de la causa a prueba, esto en fecha 06 de febrero de 2019, la parte actora notifica de la misma en fecha 07 de setiembre del mismo año, Pedro (demandado, por medio de su representante legal, se presenta y ofrece sus pruebas), y se da continuidad al procedimiento, y antes del pedido de cierre del periodo probatorio la parte demandada se percató de que se había cumplido el plazo de la caducidad y que en ese momento paso desapercibido, en dicho momento procesal Pedro tiene la oportunidad de solicitar la caducidad de la instancia, ya que como lo mencione, ninguna de las actuaciones posteriores subsanan ni logran interrumpir los efectos de la sanción jurídica (Caducidad), el cual también puede ser dictada de oficio por el Juez tal como habíamos mencionado anteriormente.

El Prof. Dr. Hernán Casco Pagano, nos dice en relación al efecto de la caducidad que se produce de derecho hace que se retrotraiga al mismo día del vencimiento del plazo, independientemente a la voluntad de las partes y por el solo transcurso del tiempo (Casco, 2011, p. 353).

Siendo así, surte pleno efecto desde el momento mismo en que se opero y aunque las partes continúen el tramite del Juicio, lo actuado no purga y, por ende, será nulo, debiendo cargar las consecuencias de su propia negligencia (Casco, 2011, p. 353).

IMPROCEDENCIA DE LA CADUCIDAD.

La caducidad de instancia se opera en toda clase de Juicio dicta el Art. 172 del C.P.C., sin embargo nuestro ordenamiento jurídico prevé también las excepciones las cuales son citadas en el Art. 176 del C.P.C.:

- a) En los procedimientos de Ejecución o cumplimiento de sentencia.
- b) En los procesos sucesorios y, en general en los voluntarios, salvo que en ellos se susciten controversias; y
- c) Cuando los procesos estuvieren pendientes de alguna resolución y la demora en dictarla fuere imputable al Juez o Tribunal.

CUANDO CADUCA EL PRINCIPAL Y CUANDO NO

Es importante delimitar cuando es que la carga procesal de impulsar el proceso corresponde tanto al actor como al demandado y cuando Caduca el principal y cuando solo caduca una alguna acción accesoria.

Primeramente definamos a que nos referimos cuando hablamos de “Principal”, la instauración de un Proceso Judicial, da nacimiento a un Juicio al cual conocemos como Principal, en donde toda la carga del impulso procesal corresponde al actor quien es el que inicio el mismo, y es el más interesado en llegar a obtener una resolución.

Al iniciar y correr traslado de la demanda pueden darse entre las formas de contestación una “Reconvención como así también, se puede planear una excepción”.

RECONVENCIÓN

La reconvención es lo que vulgarmente conocemos como la contra demanda, donde ambos exigen un derecho y esto se podría dar en varios casos como por ejemplo por citar algunos:

Demanda	Reconvención
Desalojo	Retención de Inmuebles por Mejoras
Usucapión	Reivindicación

Tenemos entonces que el demandado pasa a ser el actor y el actor pasa a ser demandado, y así como se invierten lo roles, también la carga procesal de impulsar el proceso pero donde el principal sigue siendo el Juicio que inicio o a raíz del cual se da pie al proceso judicial, en este

sentido en caso de que exista abandono de parte del que contesto la demanda con una Reconvención por el plazo de seis meses, opera la Caducidad de forma accesoria en cuanto a la contra demanda, pero que no afecta al principal el cual podrá seguir ya sin preocuparse de la reconvención la cual queda terminada.

Otro medio de defensa son las Excepciones el cual es una resistencia a la pretensión del actor y entre los cuales podemos citar a:

Excepción de Prescripción

Excepción de Incompetencia

Excepción de falta de Acción

Excepción de falta de Personería

En este caso la Caducidad de la Excepción afecta al principal.

El Incidente, el cual es un medio de impugnación de actuaciones procesales, en este caso caduca el derecho de reclamar la actuación impugnada pero no así el principal.

Por tanto según el Art. 179 del C.P.C., nos establece como excepción de caducidad que no afecta al principal a los incidentes y a la reconvención.

En tan sentido debemos tomar en cuenta de que la Caducidad de Instancia solicitada por las partes se debe realizar por medio del Incidente, ahora la pregunta es, caduca el incidente de Caducidad de Instancia, donde se da la excepción de la excepción de la regla ya que según el Prof. Dr. Hernán Casco Pagano en su libro Código Procesal Civil Comentado Undécima edición tomo I, que dice que “la caducidad del incidente de caducidad no tiene implicancia alguna en razón de que en nuestro proceso la caducidad se opera de derecho de acuerdo con el Art. 174 del C.P.C”. (Casco, 2011, p. 358).

CADUCIDAD EN SEGUNDA INSTANCIA

En este caso el plazo de caducidad sigue siendo de seis meses, y donde la carga del impulso procesal recae en el Apelante, desde la notificación de la providencia que le da la oportunidad de expresar los agravios con los que se vio afectado, traslado a la otra parte y llamamiento de autos si fuera ordenada por cedula, que es el momento en el cual pasa a manos de los Magistrados, quienes analizaran la cuestión, dictando

resolución, ahora bien, basado en lo aprendido en la clases del Prof. Dr. Joel Melgarejo, es importante compartir con los colegas tan importante aporte, ya que en caso de que una resolución sea recurrida por ambas partes, ya que han sido agraviadas por algún punto de la misma o por toda la sentencia, ambas apelaciones deben ser impulsadas, ya que el abandono o falta de impulso por una de las partes da pie a la sanción procesal de la caducidad de la instancia, por másde que las providencias, presentaciones y notificaciones se tramiten por separado, la instancia es única e indivisible, es importante tocar este punto, debido a que en la practica la caducidad de instancia ulterior si bien puede darse por abandono, desidia y descuido de parte del profesional, también hay que llevar en cuenta de que podría tratarse de una estrategia de la contraparte, al ocasionar de manera intencional simulando el abandono procesal de modo a beneficiarse del hecho de que opere la caducidad de la instancia de la apelación, por eso debemos estar pendientes de la misma y mover ambas apelaciones ya que de lo contrario nos veríamos perjudicados por la mala fe de la contraparte, el Abogado no solo sabe de leyes, sino también de estrategias, las cuales hay que saber poner en práctica y a la vez contrarrestar, y no ser sorprendidos.

Hemos visto las distintas aristas de la Caducidad de Instancia, la cual es una sanción al abandono procesal, forma de terminación de un proceso, de manera a disminuir la mora judicial, el sinónimo de la misma es la Perención de Instancia, muerte del Juicio, ahora bien todas las pruebas que hayan sido producidas dentro del procedimiento en el cual haya operado la caducidad pueden ser utilizados sin restricciones en el nuevo proceso, en atención al principio de Economía procesal, y ya que la caducidad afecta a los actos del procedimiento y no a los actos dentro del procedimiento, tal como cita el Dr. Casco Pagano (Casco, 2011, p. 358).

En cuanto a las costas cuando haya operada la caducidad, si la misma se da en primera instancia quedara a cargo de la parte actora, en segunda o tercera instancia el recurrente será el obligado al pago de las costas.

En el caso de la caducidad de la reconvención o los incidentes, se aplica el principio de que son cargo del que lo dedujo y lo dejo caer, la resolución que haga o no lugar a la Caducidad de Instancia será apela-

ble y si fuera recurrida en tercera instancia como ya hemos visto será recurrida por medio del recurso de reposición, esta como excepción a la regla que es una resolución que pudiera causar daño irreparable pero al no haber cuarta instancia se utiliza esa vía procesal.

PRESCRIPCIÓN

Otra de las sanciones o figuras jurídicas que contempla nuestro ordenamiento jurídico al respecto de la inactividad procesal, o a la de ejercer el derecho de reclamarlo, que guarda ciertas similitudes con la Caducidad de instancia, pero con mas diferencias las cuales se podrán notar, es la prescripción liberatoria, la misma es la consecuencia de la inactividad de las partes, que hace presumir que la relación jurídica que las unía se ha extinguido, o que han perdido interés en hacerla valer. Pero, puede suceder que esa inactividad no deba computarse para extraer tal presunción, por ser la consecuencia de una imposibilidad material o jurídica de obrar (Fossati, 2016, p. 41), de manera a que queda suspendida la prescripción y está previsto por el Art. 644 del C.C.P.

CONCEPTO

La prescripción en el Derecho Civil, es un concepto jurídico en virtud del cual el transcurso del tiempo consolida situaciones de hecho. Permite la extinción de derechos (extintiva) o adquisición de cosas ajenas (liberatoria – usucapión) (González, 2019, p. 2).

Podemos definir entonces que la prescripción tiene dos sentidos, uno en el cual se ve como un medio de extinción de la obligación por no haberse ejercido el derecho dentro del plazo establecido en la ley, el cual varía de acuerdo a la naturaleza jurídica, los cuales en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran comprendidos en los Arts. 657 al 668 del C.C.P., y el otro como medio de adquisición de derechos, como en el caso de la acción civil de la Usucapión por el transcurso del tiempo fijado por la ley el poseedor del inmueble ajeno puede reclamarlo como suyo, teniendo en cuenta los requisitos citados para este tipo de Juicio.

Es importante enmarcar que a diferencia con la caducidad que no se puede subsanar de ninguna manera en el ámbito civil y que puede

ser dictada de oficio por el Juez, la prescripción debe ser planteada a instancia de parte por medio del medio general de defensa de previo y especial pronunciamiento conocido como Excepción de Prescripción previsto en el inc. e) del Art. 462 del C.P.C., el cual es subsanable en caso de que la parte demandada no la oponga de dicha forma, el Juez no puede de oficio ordenar la prescripción de la acción como en el caso de la caducidad y como vimos de acuerdo a la naturaleza jurídica de la obligación los plazos son diferentes al de la caducidad que es de seis meses de inactividad o abandono del impulso procesal.

También debemos mencionar que operada la caducidad de la instancia se puede ejercer nuevamente el derecho al iniciar otro nuevo juicio utilizando todas las pruebas diligenciadas anteriormente por el principio de economía procesal, tal como mencionamos ya anteriormente y con la prescripción muere totalmente toda posibilidad de subsanar la desidia de no haber hecho valer el derecho que se tenía dentro del plazo establecido por la ley, sin embargo existen la oportunidad de interrumpir el plazo de la prescripción como así también la de suspender según el Art. 644 del C.P.

La interrupción de la prescripción se da por la notificación de la demanda y no por el solo hecho de instaurarla, grafiquemos esto por medio de un ejemplo:

El código nos dice de que el plazo se computa desde el momento del conocimiento del hecho que dio nacimiento a la obligación, o al derecho en el caso de la prescripción adquisitiva, tomemos la prescripción de un derecho como la Indemnización por daños y perjuicios citado en el inc. f) del Art. 663 del C.C.P., el cual prescribe a los dos años. Supongamos que derive de un accidente de tránsito ocurrido en fecha 06 de marzo de 2017, el tiempo máximo que tiene la persona afectada es de dos años significa que prescribe en fecha 06 de marzo de 2019, quedando libre de la obligación el causante de dicho daño desde el día 07 del mes de marzo de 2019., y ahora bien también a su vez, digamos que el actor ósea la persona que tiene el derecho, instaura la demanda la cual es notificada en fecha 07 de marzo de 2019 o en alguna fecha posterior, y el demandado en vez de plantar la excepción de prescripción contesta la demanda, lo que hace es subsanar la prescripción y no tiene oportunidad posterior de plantear la excepción, automáticamente es

como que la derecho nunca prescribió, ya que el reclamo es a instancia de partes en este sentido y el Juez tampoco puede hacer nada de oficio en este caso.

La interrupción de la prescripción causada por demanda, se tendrá por no sucedida cuando la instancia ha terminado por desistimiento del actor, por perención o por sentencia definitiva absolutoria del demandado, nos dice el Art. 648 del Código Civil Paraguayo el que a su vez coincide con el Código Argentino de Vélez en su Art. 3987, agregando el nuestro un párrafo que dicta, Si el proceso fuere abandonado, la interrupción concluirá con el último acto de procedimiento de las partes y del tribunal. La prescripción comienza a correr nuevamente desde el fin de la interrupción, y volverá a interrumpirse, por la prosecución del Juicio por cualquiera de las partes (Fossati, 2016, p. 28 y 29).

En el caso de la suspensión de la prescripción que tiene una línea muy delgada de diferencia con la interrupción y que cita las causales en el Art. 644 del C.C.P., como hemos citado ya más arriba, debe estar fundada y manera a demostrar el por qué no se pudo ejercer el derecho anteriormente, ya que se calcula el tiempo que no se pudo accionar y el tiempo en que si pudo hacerlo, todo debe ser demostrable de manera fehaciente, ya que por el otro lado se liberaría de la obligación el demandado, perjudicando al actor, de nuevo citemos un ejemplo, tomando el inc. g) del artículo mencionado, que dice: a favor de los ausentes del país **“en servicio público”**, muy importante significa por ejemplo en misión diplomática encomendada por el estado, no por viajes de placer ni negocios particulares, digamos que Juan López, debe cumplir una misión diplomática por un periodo de un año, y tiene un derecho que reclamar aquí en nuestro país, la prescripción de ese derecho queda suspendida por ese año, y vuelve a correr desde el momento que Juan este de nuevo aquí en suelo paraguayo, mismo inciso prevé la suspensión para personal de las fuerzas armadas que estén sirviendo pero solo en casos de guerra, ósea no solo por el hecho de ser militar, sino en caso de algún conflicto velico únicamente.

Es sumamente importante resaltar algunas prescripciones por ser como por el ejemplo citada en el Art. 659 del C.C.P., inc. b), que habla

de las resoluciones judiciales que se encuentren firmes, lo que significa que hayan sido notificadas, y la cual de nacimiento a un derecho.

Los casos que no prescriben son citados en el Art. 658 del C.C.P.

- a) La acción de impugnación de los actos nulos.
- b) La de partición de bienes hereditarios o en condominio, mientras subsista la indivisión.
- c) La acción para demandar a los herederos por la restitución de los bienes que le fueron puesto en posesión definitiva en virtud a declaración de muerte presunta.

CONCLUSIÓN

Con este trabajo monográfico podemos concluir que ambas figuras jurídicas, poseen semejanzas y diferencias notorias, importantes a la hora de la aplicación dentro del ordenamiento jurídico, en cuanto a la correspondencia de acuerdo a cada situación de manera a no confundir las vías, que ambas son formas de terminación de procesos por el transcurso del tiempo, una en cuanto al ejercicio del derecho y otra en cuanto al impulso procesal, donde solo la caducidad da la oportunidad de accionar por medio de un nuevo juicio, sin embargo con la prescripción ya no existe posibilidad de accionar, ambas son sanciones al abandono del ejercicio del derecho, esperando sea útil el aporte a todos los colegas es que se hizo este humilde trabajo, de manera a que puedan diferenciar que institución jurídica aplicar.

BIBLIOGRAFÍA

- Barriocanal, F. (2020) *Diferencia entre Caducidad y prescripción*.
- Casco Pagano, H. (2011). *Código Procesal Civil comentado y concordado*. Tomo I. (11ª ed.). La Ley Paraguaya S.A.
- Española, R. A. (2020). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*.
- Fossati López, G. (2016). En *Gaceta Judicial*. (3ª ed.). C.S.J.
- Ley N° 879/81 (1981). *Código de Organización Judicial*.
- Ley N° 1183/85 (1985). *Código Civil Paraguayo*.
- Ley N° 1137/88 (1988). *Código Procesal Civil Paraguayo*.
- Melgarejo, J. (2015). ¿Cuándo termina el proceso judicial? La cosa juzgada como candado a la finalización del proceso. Acción autónoma de nulidad una llave maestra. *Revista Jurídica*, 3(1), 53-78.)

LA FILIACIÓN Y LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA

Angélica María González Samaniego¹

Resumen: En el presente artículo se realiza un análisis breve sobre la identidad como atributo personal y por ende un derecho personalísimo, que puede o no equivaler a la realidad biológica, sin embargo, cuando esa realidad biológica no coincide con la legal otorgada aún a sabiendas no debería estar supeditada a circunstancias extrañas a las que en algún momento los originó y cambiar esa realidad jurídica.

Las acciones de desconocimiento e impugnación de filiación solo deben proceder cuando su presentación no haya sido luego de transcurrido el plazo señalado en el código civil vigente y en las circunstancias previstas en dicha norma. Debemos desechar la idea y la práctica de que tiene más valor lo genético y, basándose en resultados de pruebas laboratoriales se revierta un acto jurídico consumado con discernimiento, voluntad y libertad, perjudicando así a niños, niñas y adolescentes verdaderos titulares del derecho vulnerado. Aquí se analiza la literatura existente y los procesos judiciales que deben ser considerados a la luz de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las normas vigentes para la elaboración de pautas acorde a la realidad, en beneficio de los sujetos del código de la niñez y adolescencia.

CONSIDERACIONES GENERALES

En el presente trabajo se expone un análisis breve sobre la filiación y nuestro sistema legal actual, específicamente lo relativo a la filiación afectiva que surge en este caso de la inseminación artificial como consecuencia de la infertilidad, un problema de existencia remota,

1 Angélica María González S., abogada, egresada de la Universidad Católica – Sede Concepción. Egresada de la Escuela Judicial. 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. Participó en varios cursos, seminarios, talleres nacionales e internacionales. Fue Catedrática en la Universidad del Norte – Concepción, año 2006 – 2012, en las carreras de Derecho y Notariado, en las materias: Criminología; Derecho Político; D. Penal II; D. Informático; D. Aeronáutico y Marítimo; D. Internacional Público; D. Internacional Privado; D. Civil Obligaciones; D. Proc. Civil y Comercial I y II; Teoría Gral. Del Proceso y Derecho de la Niñez y la Adolescencia. Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad Iberoamericana. Jueza de la Niñez y Adolescencia de Concepción desde el año 2010 hasta la fecha.-

pero que con el avance de las ciencias se han encontrado soluciones a este problema. La inseminación artificial fue el primer remedio para la infertilidad y consiste en depositar el semen en la vagina o el útero durante el proceso de liberación del óvulo, a fin de que la concepción se produzca dentro del útero. Luego, apareció la fecundación in-vitro, que conlleva la extracción de óvulos del útero y fecundarlos con los espermatozoides en el laboratorio, transcurrido los días se depositan los embriones en el útero materno. Ambos métodos dan lugar a una fecundación artificial con implicancias en el aspecto ético, social y jurídico.

En el aspecto jurídico, el derecho a la reproducción o la procreación, en nuestro país no está formulado expresamente, sí podemos incluirlo dentro del derecho con rango constitucional cual es la de formar una familia², cuyo fundamento es la dignidad de la persona y el principio de la libertad.

Siendo la familia la base de la sociedad, protegida por el Estado, nuestro ordenamiento jurídico establece sistemas de presunciones legales que en otros tiempos servía para determinar el vínculo filial, pero con el descubrimiento científico del ADN y su reconocimiento y valoración legal, ha dejado a un lado la aplicación de dichas presunciones. La prueba científica de ADN para la determinación del vínculo biológico ha servido hasta tanto no hayan aparecido las técnicas de reproducción asistida, pues actualmente en doctrina predomina la voluntad procreacional en coincidencia con la teoría de los actos propios.

FILIACIÓN

La palabra filiación deriva del latín *filu* cuyo significado es hijo. El término filiación nos lleva a pensar en el parentesco de los hijos respecto de los padres, es decir, nos referimos a la relación paterno-filial.

*Se puede definir la filiación como el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y con la mujer que lo alumbró*³.

2 Art. 50 Constitución Nacional: DEL DERECHO A CONSTITUIR FAMILIA: Toda persona tiene derecho a constituir familia, en cuya formación y desenvolvimiento la mujer y el hombre tendrán los mismos derechos y obligaciones.

3 Jorge O. Azpiri. Juicios de filiación y patria potestad. 2da. Edición. Año 2006. Pág. 26.

En esta misma línea también se señala que *La filiación es el estado de familia que se deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo y otra el padre o la madre*⁴.

De estas definiciones se deduce que el vínculo biológico es el factor que identifica o individualiza a los padres; sin embargo, puede que haya vínculo legal pero sin combinar con la realidad biológica, sea por la voluntad del sujeto activo en el acto del reconocimiento o por recurrir a técnicas de fecundación asistida.

El avance de la ciencia, el cambio social y del modelo de familia hacen necesaria la regulación específica del instituto de la Filiación, pues, surgen nuevas realidades en este campo debido no solamente a las variaciones de los comportamientos sociales que modifican el patrón de lo que fue en algún momento el esquema familiar, estas modificaciones producidas a través del tiempo y sobre todo por la evolución de la ciencia hacen que la determinación del vínculo genético entre las personas seas más preciso, por tanto, la presunción que antes regía en una determinada situación, hoy en día, ya no tiene la misma prevalencia, o al menos, si se recurre a la ciencia se dejaría de lado, es decir, tienen un carácter provisional hasta tanto la ciencia demuestre lo contrario, sin embargo, hay instituciones que no deberían ser alterados por prevalecer una realidad científica como la prueba genética, sino que se debería considerar la voluntad e intención del sujeto activo en el acto de reconocimiento de la filiación.

Tal vez la intención del Código de la Niñez y Adolescencia actualmente vigente al suprimir de su texto todo lo relativo a la clasificación de filiación, dada por la calidad de matrimonial y extramatrimonial y prever solamente temas de carácter procesal y no sustantivos, sea precisamente porque están comprometidos los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Si bien nuestro país se adhirió al nuevo paradigma de la protección integral con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del niño, a través de la Ley N° 57/90, es decir, hubo un traspaso de un paradigma al otro legislativamente hablando, pero existen varias acciones que deben ser tomadas desde el punto de vista del

4 José Antonio Moreno Ruffinelli. Derecho de Familia. Tomo II. 4ta. Edición. Año 2015. Pág. 528.

cambio legislativo, de modo a que esto se pueda reflejar en la aplicación práctica, porque de no ser así estaríamos ante una situación lírica, pues lo que está escrito en la norma, se queda ahí, sin que los beneficiarios puedan ver un resultado real, a partir de lo que estas normas tuitivas de los derechos de aquellos que se encuentran en una etapa de mayor vulnerabilidad.

Si la propia Constitución Nacional pone de relieve la libertad investigativa de la paternidad y maternidad, también se debe tener en cuenta el principio de la igual de los hijos ante la ley capaz de responder a las cuestiones que presentan las diferentes realidades filiatorias existentes. Con este fin encontramos un progreso y materialización en el sistema legislativo y los principios doctrinarios, pero no coinciden con la realidad práctica cuando una persona al reconocer asume voluntariamente su condición de progenitor, consciente de una falsedad biológica de la filiación que se establece y luego de un tiempo mediante acciones previstas en el código de fondo impugna o desconoce el acto de reconocimiento.

En la práctica judicial invocando el Interés Superior del Niño como justificante de preferir la verdad genética por encima de la filiación voluntaria reflejada o plasmada en el instrumento jurídico, se dictan resoluciones alterando la identidad de los sujetos impugnados dejándolos de un día para otro sin la familia, el trato, la fama y datos personales con el cual era identificado en la sociedad, en otras palabras, con una resolución judicial sustentada en la prueba de ADN, cambia la realidad jurídica de la persona porque no hay concordancia con la verdad biológica, violándose el principio de seguridad jurídica pretendida en las relaciones familiares y el de la estabilidad de estado civil, especialmente en interés de los más vulnerables.

Sobre lo señalado en el párrafo que antecede señala una sentencia judicial del Paraguay que *Debe rechazarse la excepción de prescripción cuando las condiciones o plazos para ejercer acciones de reconocimiento o impugnación de filiación no pueden ser admitidos si contradicen la CN*.⁵

Muy al contrario en cuanto al fondo del tema de lo que refiere a la impugnación de la filiación y más específicamente en cuanto a la prueba

5 B. V., N. I. y otra s/ impugnación de paternidad. (S.D. N° 190) • 28/05/2013, 2013

de ADN “...dicho medio probatorio no fue practicado por resistencia de la demandada, como representante legal del niño, ni siquiera el hisopado bucal que no le provocaría ningún daño ni temor, como sería la extracción de sangre como material a ser analizado para llegar a la certeza, sea positiva o negativa de la paternidad que se discute en el presente juicio. Reconozco que en todos los casos anteriores, en que algunos con votos disidentes se han rechazado acciones de desconocimiento, porque las madres mantuvieron permanente la postura de negarse a dicha prueba; diferente es la situación en este juicio, donde la madre una vez se opone y en otra acepta y hasta pide expresamente su realización, que es el motivo suficiente para aplicarle la presunción de resistencia prevista en el Art.365 del CPC”⁶

Dejando de lado la coincidencia o realidad biológica, una nota periodística señaló en cuanto a una sentencia judicial nacional: “Rechazan impugnación de paternidad en caso de fecundación asistida”. La jueza de la Niñez [...] rechazó la demanda de impugnación de paternidad que presentó D.A.B., para que sus dos hijas menores, nacidas mediante una reproducción asistida, dejen de llevar su apellido. Si bien no existe un acuerdo escrito por escribanía en que consta que el accionante haya prestado su consentimiento, los testimonios de médicos tratantes y otros profesionales fueron fundamentales para la decisión de la magistrada. En nuestro país no existe una legislación respecto al caso, que también es sin precedente en el Poder Judicial. La jueza tuvo que recurrir a jurisprudencia extranjera para dictar la sentencia⁷.

En un caso sin precedente en el Poder Judicial, la jueza de la Niñez [...] rechazó ayer la impugnación de paternidad que promovió D. A. B. para que las mellizas nacidas –mediante fecundación asistida– de su matrimonio con M. A. V. dejen de llevar su apellido. La magistrada señaló que el padre consintió en que su mujer se embarace por dicho método y que sobre todo se tiene que tener en cuenta el “interés superior” de las niñas⁸.

6 Ac. y Sent. N° 22 del 08.02.2017 en B.J.T.B. s/ impugnación de paternidad.

7 Recuperado de: Suplemento Judicial de ABC color, fecha 03 de junio de 2013.

8 Recuperado de: Suplemento Judicial de ABC color, fecha 29 de mayo de 2013.

El argumento para el rechazo de la acción intentada fue: *Debe rechazarse la impugnación de paternidad intentada cuando surge de las pruebas de forma indudable que el actor ha otorgado su consentimiento para someterse a la técnica de fertilización asistida heteróloga, sabiendo que el niño no tendría su material genético*⁹.

En el caso mencionado se analizó el NEXO BIOLÓGICO VS. VOLUNTAD DE PROCREACIÓN mediante la FECUNDACIÓN ASISTIDA, específicamente se impugnó la paternidad con el fundamento de que el ADN del hijo no corresponde al demandante (padre afectivo). Es lógico que no habrá coincidencia del ADN del hijo que es producto de una fecundación asistida al que se sometió la pareja cuando el donante sea una persona (anónimo) distinta a los que recurren a este método de procreación. Aquí se debatió el nexo biológico que une a una pareja y sus hijos, es decir, la familia de sangre por un lado y por otra la fecundación artificial que da lugar a las implicancias en el aspecto ético, social, religioso y jurídico.

En una filiación derivada de la reproducción asistida – como la in vitro¹⁰, al ser el donante del espermatozoide el marido de la mujer en cuyo útero se ha implantado el embrión, no habrá problema alguno, pues de realizarse una prueba de ADN, los alelos del hijo serán los mismos que los de sus padres. El problema se origina cuando la pareja decide que la mujer sea inseminada con semen de un donante, en este caso, una persona extraña será quien provea el material genético, pero la voluntad de procreación recaerá en el marido o la pareja de la mujer. Y es cuando surgen dos probabilidades, la primera que el donante reclame la filiación del niño, que, en base a la prueba científica de ADN demostrará su relación genética, y que por lo tanto corresponde legalmente sea declarado padre biológico del menor; y la segunda situación se daría en el caso que el marido impugne la filiación del niño nacido con semen de un donante, basándose en el resultado de una prueba de ADN, cuyo resultado lo excluiría como padre biológico.

9 B. V., N. I. y otra s/ impugnación de paternidad. (S.D. N° 190) • 28/05/2013.

10 El término in vitro proviene del latín y significa “dentro del vidrio”, y hace referencia a la fecundación entre el óvulo y el espermatozoide que se produce fuera del vientre materno. Esta técnica se utiliza cuando se encuentran obstáculos insuperables que impiden que la fecundación se realice dentro del cuerpo humano.

Si las técnicas de reproducción asistida permiten la procreación cuando por la vía natural ella no es posible, y si bien existe un silencio legal al respecto, ésta insuficiencia en nuestra legislación positiva no puede ser alegada por los jueces de dejar de entender en estos casos, pues, ante la obscuridad o insuficiencia de las leyes, la norma civil de fondo dispone que se tengan en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas, y en su defecto, se acudan a los principios generales del derecho; específicamente la ley civil señala en su art. 6: *Los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes. Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas, y en su defecto, se acudirá a los principios generales del derecho*¹¹.

Además, el texto constitucional paraguayo es claro cuando regula el derecho de fundar una familia, así lo dice expresamente en su art. 50 *“Toda persona tiene derecho a constituir familia, en cuya formación y desenvolvimiento la mujer y el hombre tendrán los mismos derechos y obligaciones”*. Asimismo, en lo que se refiere al derecho a la reproducción, éste encuentra sustento en la dignidad de la persona, como una expresión del reconocimiento de sus derechos inherentes, el cual está consagrado en la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento.

Entonces, al ser la filiación¹² una cuestión de orden público con implicancias sobre el estado civil de las personas, en materia de derecho sucesorio, entre otros, es necesario regularla pero adecuándose a la realidad teniendo como base el interés superior del niño, niña o adolescente.

CONCLUSIÓN

En Paraguay, la legislación interna actual carece de normas en materia de filiación como producto de las técnicas de reproducción asistida y urge su actualización por el avance de la tecnología. Referente

11 Código Civil Paraguayo.-

12 El concepto de filiación proviene del latín: “filius”, ‘hijo’, y viene a ser el estado de familia que se deriva de la relación entre dos personas de las cuales una es el hijo/a y otra el padre o la madre del mismo.

a la decisión tomada por la magistrada en el caso 1, en el cual se impugnó la paternidad porque biológicamente las niñas no eran hijas del accionante pues fueron concebidas por el método de la fecundación artificial y que de realizar la prueba de ADN lógicamente el resultado sería negativo, pienso que tuvo un impacto positivo en cuanto a la necesidad de adecuar las normas legales a los adelantos científicos que actualmente han dejado de lado las presunciones legales, e inclusive, ante una prueba de ADN, cuyo grado de certeza para la determinación del nexo biológico es aproximado a un 100%, pues, la fuente o base de la filiación ya no constituye esencialmente el vínculo biológico sino la voluntad de procrear, es decir, se funda en el elemento volitivo.

Según el sistema legal del Paraguay integrado por la Constitución Nacional, Tratados de DD.HH. suscriptos por Paraguay y las demás leyes como el Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia – Ley N° 1680/2001, la vida comienza en la concepción, entonces, podemos afirmar que tácitamente se consagra que los embriones in vitro son considerados personas, con todas las implicancias que dicha categorización trae consigo. Pero en la actualidad el derecho de familia en nuestro país, contenido principalmente en el Código Civil, es totalmente contrario al espíritu de los principios de los derechos humanos, pues es incapaz de dar una protección integral a los niños, niñas nacidos por reproducción artificial, a pesar de que en Paraguay estos tipos de procedimientos se realizan pero sin control alguno.

En síntesis, es necesaria la actualización del ordenamiento jurídico paraguayo en todo lo que se relaciona con la protección de la familia, pues, siendo la convivencia social regulada por el Derecho, éste no puede estar ajeno a la realidad de la evolución científica, sino más bien debe acompañarla y crear normas para una regulación efectiva de lo que la ciencia ha descubierto.

La legislación paraguaya actualmente está desfasada en cuanto a materia de filiación¹³ derivada de las técnicas de reproducción asistida, surgiendo, ante los avances médicos y tecnológicos la necesidad de adecuar o actualizarlas, avances estos que han afectado a las

13 En el Paraguay solo se conocen dos tipos de filiación, la natural: que puede ser matrimonial o extramatrimonial; y la otra es la filiación por adopción. De manera que el legislador ha omitido referirse al tercer tipo de filiación: el originado en virtud de los métodos artificiales.

presunciones legales, como asimismo al valor de una prueba de ADN, cuyo grado de certeza para la determinación del nexo biológico es aproximado a un 100%, produciéndose el cambio del paradigma, pues la fuente o base de la filiación ya no constituye el vínculo biológico, sino la voluntad de procrear, es decir, se funda en el elemento volitivo, y los actos voluntarios son los que ejecutados con discernimiento, intención y libertad determinan una adquisición, modificación o extinción de derechos (Art.277 Código Civil).

BIBLIOGRAFÍA

- Alfonso de B., I. (2005). *DERECHO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA – Enfoque procesal*. Paraguay: Litocolor.
- Alfonso de B., I. (2006). *Derecho de la Niñez y la adolescencia – Marco Jurídico – Aspectos esenciales*. Paraguay.
- Azpiri, J.O. (2006). *Juicios de filiación y patria potestad*. Buenos Aires, Argentina. Editorial hammurabi.
- B. V., N. I. y otra s/ impugnación de paternidad. (S.D. N° 190) • 28/05/2013
- B.J.T.B. s/ impugnación de paternidad. (A.y S. N° 10) • 16/05/2017. Concepción, Py.
- B.J.T.B. s/ impugnación de paternidad. (S.D. N° 22) • 08/02/2017. Concepción, Py.
- Código Civil Paraguayo.
- Código de la Niñez y la Adolescencia
- Constitución Nacional del Paraguay (s.f.) [en línea] Recuperado el 16 de junio de 2019, de <http://jme.gov.py/transito/leyes/1992.html>
- Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (2006) [en línea] Recuperado el 16 de junio de 2019, de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- D.E.C.O. s/ Desconocimiento de Filiación. (S.D. N° 158) • 21/05/2015. Concepción, Py.
- Gagliardone R., C.R. (2014). *FILIACION Y FAMILIA – Doctrina y Jurisprudencia*. Paraguay: Intercontinental.
- Moreno R, J. A. (2015). *Derecho de Familia*. Paraguay: Intercontinental.
- Rodríguez, S. (2007). *CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA – Apuntes sobre el contenido de los juicios especiales*. Paraguay: Intercontinental.
- Rodríguez, S. (2009). *CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA – Procedimiento General, Caracteres, principios y estructura*. Paraguay: Intercontinental.
- Sapena G., J. (2013). *Bioética, Derechos Humanos y Derecho de Familia*. Paraguay: Intercontinental.

MARCA NOTORIA EN EL PARAGUAY

Carlos César González Ríos¹

RESUMEN: El presente material realiza un abordaje sobre la importancia de la marca notoria en la República del Paraguay; dentro de lo que es la Propiedad Industrial, las marcas son signos que distinguen un producto o un servicio de otro, la marca notoria es un tipo especial de marca que es reconocida por la generalidad de la población o el sector pertinente de consumo, este tipo de marcas posee un alto valor económico en el ámbito comercial, posee características especiales y únicas. Al momento de identificación de la misma, se presenta una serie de problemas, debido a que la legislación nacional al no tipificar claramente a la marca notoria, deja abierto a que se generen ciertas confusiones. Por la peculiaridad y carácter único de la marca notoria, la misma requiere una protección especial dentro de la legislación nacional con parámetros que logren brindar una tipificación de cómo se constituye una marca notoria en el Paraguay.

INTRODUCCIÓN

En el presente material se pretende abordar un tema que desde hace ya un tiempo considerable y más aún hoy en día cobra relevancia jurídica, como lo es la Marca Notoria, realizaremos un breve análisis de la marca en general y nuestra legislación nacional, así como su adquisición y sistema de registro para ubicarnos de manera acabada sobre el tema de estudio, ya que finalmente la marca notoria es un tipo de marca, pero con características especiales por lo que deviene necesaria unas apreciaciones previas para poder ubicarnos en el espectro de lo que es la Propiedad Intelectual, y la Propiedad Industrial y conocer cómo se

¹ Abogado y Notario Egresado de la Universidad Nacional de Asunción en los años 2005 y 2006 respectivamente, Egresado de la Escuela Judicial del Paraguay año 2009, Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Asunción año 2014, actualmente Doctorando de la Universidad Iberoamericana. Inició su carrera judicial como practicante en el año 2003 como practicante en el Poder Judicial en el Juzgado de liquidación y Sentencia N° 1 de la Capital, cumplió funciones como dactilógrafo en el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Octavo Turno de la Capital desde el año 2005 al 2009, posteriormente cumplió funciones como Relator de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia desde el año 2009 al 2017 año en que fue designado como Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Segundo Turno de Cordillera, cargo que ejerce hasta la actualidad.

encuentran protegidas las marcas en la República del Paraguay y en especial las marcas notorias, así también señalaremos inconvenientes con los que nos encontramos al momento de determinar si una marca es notoria o no en la República del Paraguay.

MARCO LEGAL

Las creaciones del intelecto humano cuentan con protección de rango constitucional en la República del Paraguay, la Constitución Nacional de la República del Paraguay del año 1992 consagra en su Art. 110, la protección de los derechos intelectuales en los siguientes términos: “DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL. Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley”, por lo que tenemos como premisa en el país la protección de las creaciones del intelecto otorgando la propiedad exclusiva de sus obras, invenciones, marcas a los creadores con arreglo de ley y una protección de rango constitucional como se ha señalado.

En lo que es hoy materia de análisis es decir las marcas y en particular la marca notoria, el Paraguay cuenta con la Ley N° 1.294/98 de Marcas, que al momento de su elaboración fue en mi opinión una ley moderna que cumplía con los requisitos necesarios para otorgar amplias garantías a los titulares de las marcas para evitar que otras personas se aprovecharan de sus creaciones intelectuales.

Otra normativa que se estima pertinente detallar por el tema abordado y su importancia es el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial, en su revisión de 1979, en el mismo se reseñan medidas para la protección de las marcas notorias, dicho Convenio ha sido incorporado a nuestro marco legal a través de la ratificación del mismo como Ley por la República del Paraguay, el mismo delimita cuestiones como ser la prohibición de registro en el país de marcas notorias que se encuentren registradas en otros países miembros de la unión.

Si bien existen varias normativas que regulan la materia de la Propiedad Intelectual en general, y varios Tratados y Convenios internacionales suscriptos y ratificados por el Paraguay en materia de Propiedad Industrial, nos limitamos a citar estos por su importancia, sin me-

nospreciar el valor de los otros marcos normativos aplicables a nuestra materia de estudio.

ÓRGANO ADMINISTRATIVO

En cuanto al órgano encargado de administrar y dirimir en sede administrativa las cuestiones atinentes a Derechos de Propiedad Intelectual, el encargado es la Dirección Nacional De Propiedad Intelectual (D.I.N.A.P.I.) creada por Ley N° 4798/2012 y reglada por el Decreto N° 460/2013, la misma se encuentra ubicada en la Ciudad de Asunción sobre la Avenida España N° 323.

En relación a las marcas y dentro del organigrama de la Institución se encuentra la Dirección General de Propiedad Industrial que es la encargada de emitir los títulos de marcas, patentes, dibujos y modelos industriales, modelos de utilidad, lógicamente dentro de la emisión de los títulos de marcas también caen los títulos de marcas notorias que son un tipo especial de marca la cual será definida más adelante.

En sede administrativa luego de un proceso sumario, el cual puede ser o no objeto de oposición por parte de otros titulares de marcas, al oponerse al registro de una marca similar a la que poseen registrada, se concede o se deniega el registro de la marca solicitada en base a Ley N° 1.294/98 y los Convenios y Tratados Internacionales vigentes en la materia.

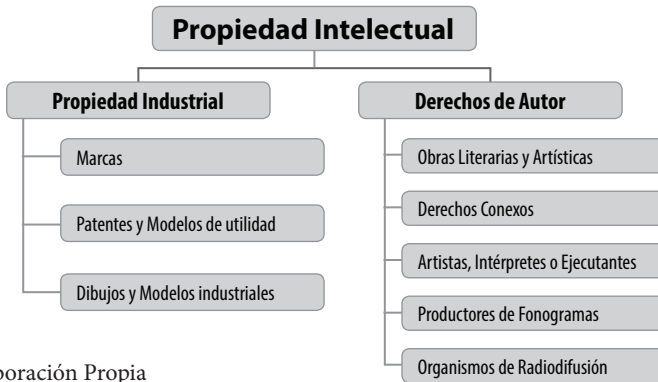
La resolución del Director General de Propiedad Industrial al respecto de la concesión o no del título de marca es susceptible de ser recurrida y llevada ante los Tribunales de la República, a los efectos del control de la regularidad o no de los actos administrativos emitidos, la acción contencioso administrativa se sustancia ante el Tribunal de Cuentas que es el encargado de analizar todas las acciones instauradas en la República del Paraguay, también podría dirimirse de ser recurrido lo resuelto por el Tribunal de Cuentas en última instancia ante la Sala Penal Contencioso Administrativa de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.

Nociones Generales sobre la Propiedad Intelectual.

La Propiedad Intelectual abarca todas las creaciones del intelecto, inclusive las de carácter inmaterial, intangible. Se agrupa en dos ramas a saber, Propiedad Industrial y Derechos de Autor.

A continuación en la figura 1 presentamos el organigrama que divide a las dos grandes ramas con sus respectivas subdivisiones.

FIGURA 1. ORGANIGRAMA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL



Fuente: Elaboración Propia

En cuanto al desarrollo de cada uno de los temas que abarca cada rama, los mismos conllevarían un trabajo de investigación en particular para cada uno, por lo que nos limitamos a reseñarlos a los efectos de poder ubicar en qué rama se encuentran ubicadas las marcas y por consiguiente las marcas notorias y de esta manera seguidamente pasaremos a ahondar en el tema.

MARCAS

Es necesario partir del concepto de qué es una marca y las aristas que la rodean para tener un conocimiento más acabado de la marca notoria, ya que como reseñamos previamente, la marca notoria es una de las tipologías de marcas que existen.

La Ley N° 1.294/98 de Marcas, en su artículo primero nos lleva a la definición más clásica: “Son marcas todos los signos que sirvan para distinguir productos o servicios”.

El renombrado autor Otamendi (2017) da la misma definición de marca adoptada por nuestro marco legal al decir: “La marca es el signo que distingue un producto de otro o servicio de otro” (Otamendi, 2017, p. 1).

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) en su Art. 15 la define como: “Cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de

distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas”.

Así también tenemos la definición de marca otorgada por el Dr. Carmelo Módica (2019) que expresa: “Todas las definiciones de marca tienen un fondo común, al coincidir en que ella consiste, en esencia, en un signo que distingue productos o servicios” (Módica, 2019, p. 25).

Por lo tanto de las definiciones citadas tenemos que la función de las marcas esencialmente es distinguir un producto o servicio de otro, las mismas juegan un rol preponderante en el comercio ya que permiten que el consumidor elija un producto o servicio con preferencia a otro, dando así al titular de la marca mayores ganancias por los incrementos en sus ventas y posicionándose en el rubro o diferentes rubros con los que guarde relación.

Entre las funciones más básicas de las marcas tenemos como ya lo hemos señalado distinguir un producto o servicio, la carencia de esta característica, hace que la misma deje de constituir una marca, otra de sus funciones constituía una función tradicional, que es la indicación de origen del producto, debido a que tradicionalmente la marca se asociaba al origen del producto, es decir quién lo ha fabricado y dónde, esta concepción ha ido perdiendo fuerza ante la globalización en la que nos encontramos, pues los titulares de marcas no necesariamente fabrican sus productos en los países donde tienen sus oficinas centrales o donde fueron creados las mismas.

Otra función interesante de las marcas es la de garantía al consumidor, pues una marca garantiza una calidad uniforme en un producto o servicio, es decir, uno al adquirir el producto o servicio espera que la experiencia satisfactoria que ha tenido se reproduzca siempre con los mismos estándares de calidad a los ya experimentados o conocidos. Así también la marca tiene una función publicitaria, pues a través de la misma se llega al público consumidor, la existencia y las características de las mismas que hacen sean de la predilección de los consumidores, siempre es importante que una marca conlleve un atractivo publicitario para captar la atención del consumidor y así ganar su preferencia, nos limitamos a estas funciones en razón que en nuestra opinión son algunas de las más relevantes.

Las marcas pueden estar constituidas por letras, números, vocablos, nombres de fantasía, combinación de colores, entre otros, una clasificación meramente enunciativa de que puede constituir marcas en nuestro país se encuentra en la Ley N° 1.294/98 de Marcas, en su Art. 1, al expresar cuanto sigue:

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

En cuanto a la clasificación de los tipos de marcas, las mismas se dividen en tres:

- 1) Marca Denominativa: Constituida por palabras o conjunto de palabras, letras grabadas en cualquier alfabeto.
- 2) Marca Figurativa: Constituida exclusivamente por el diseño, imagen o cualquier tipo de señal gráfica.
- 3) Marca Mixta: Constituida simultáneamente por elementos nominativos y figurativos.

Como algunos ejemplos modernos de marcas que han sido registradas citamos las marcas sonoras como el rugido del león de la MGM, el tradicional tono de encendido de la marca de teléfonos celulares Nokia, el cual tenemos bien arraigado algunas personas, o el tono de inicio de Microsoft Windows, otro tipo de marcas que nos ha llamado la atención y cuyo registro se ha dado, son las marcas olfativas y entre los ejemplos traemos el olor a césped recién cortado que encontramos en las pelotas de tenis, o el olor a rosa que se asocia a los neumáticos nuevos.

Por otra parte, en cuanto a los signos no registrables, la Ley N° 1294/98 nos brinda un listado que se encuentra en el Art. 2, el cual menciona:

No podrán registrarse como marcas:

- a) los signos o medios distintivos contrarios a la ley, al orden público, a la moral y a las buenas costumbres y aquellos que puedan inducir a engaño o confusión respecto a la procedencia, el modo de fabricación, las características o la aptitud y finalidad del empleo de los productos o servicios de que se trate;
- b) los escudos, distintivos, emblemas, nombres, cuyo uso corresponde al Estado, las demás personas jurídicas de derecho público o las organizaciones internacionales, salvo que sean solicitados por ellas mismas;
- c) las formas usuales de un producto o de su envase, las formas necesarias del producto o del servicio de que se trate, o que den una ventaja funcional o técnica del producto o al servicio al cual se apliquen;
- d) un color aislado;
- e) los que consistan enteramente en un signo que sea el nombre genérico o designación del producto o servicio de que se trate, o que pueda servir en el comercio para calificar o describir alguna característica del producto o servicio;
- f) los signos idénticos o similares a una marca registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios diferentes cuando pudieran causar riesgo de confusión o de asociación con esa marca;
- g) los signos que constituyan una reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción total o parcial de un signo distintivo, idéntico o similar, notoriamente conocido en el sector pertinente del público, que pertenece a un tercero, cualesquiera que sean los productos o servicios a los que se apliquen el signo, cuando su uso y registro fuesen susceptibles de causar confusión o un riesgo de asociación con ese tercero, o signifiquen un aprovechamiento de la notoriedad del signo o la dilución de su fuerza distintiva, cualquiera sea la manera o medio por el cual se hubiese hecho conocido el signo;
- h) los signos que infrinjan un derecho de autor o un derecho de propiedad industrial de un tercero;

- i) los signos que se hubiesen solicitado o registrado por quien no tuviese legítimo interés o por quien conocía o debiera conocer que el signo pertenecía a un tercero;
- j) los nombres, sobrenombres, seudónimos o fotografías que puedan relacionarse con personas vivas, sin su consentimiento, o muertas sin el de sus herederos, hasta el cuarto grado de consanguinidad, o cualquier signo que afectara el derecho de la personalidad de un tercero, salvo con su consentimiento; y,
- k) los que consistan o contengan una indicación geográfica, conforme se define en la presente ley.

En el precitado artículo se encuentra enunciado en el inciso g), la prohibición del registro de marcas notorias para productos o servicios que sean susceptibles de causar confusión con los del titular originario, es decir quien ya la tenía registrada, justamente este punto en mi opinión personal genera una serie de interrogantes y problemas al momento de tipificar qué es una marca notoria en el Paraguay, en razón que nuestra legislación nacional se limitó a prohibir su registro sin dar mayores parámetros de cómo identificarla.

Sin desconocer los Tratados y Convenios Internacionales a los cuales se encuentra suscripto el Paraguay, en mi opinión se hace necesaria la concepción de unos parámetros de cómo tipificar las marcas notorias en la República del Paraguay, y que estos parámetros se encuentren inmersos en el marco legal nacional, luego de las correspondientes deliberaciones en las Cámaras y la aprobación del Poder Ejecutivo teniendo en cuenta la realidad que vive el país y que es realmente útil y aplicable en el Paraguay.

ADQUISICIÓN DE LA MARCA

La adquisición de una marca de acuerdo a la legislación vigente se obtiene a través de la solicitud ante la D.I.N.A.P.I., en particular ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial, la cual es la que otorga el Título de Marca luego de cumplido el proceso administrativo y los requisitos establecidos en la Ley N° 1.294/98 de Marcas; la misma en su art. 13 expresa: “Cumplidos los requisitos legales y vencidos los plazos establecidos, si la marca no estuviera comprendida en ninguno de los impedimentos previstos en esta ley, la Dirección de la Propiedad

Industrial dispondrá la inscripción de la marca previo pago de los impuestos y tasas correspondientes. En caso de denegación, la resolución será fundada”.

De los artículos 13 y 15 de la Ley de Marcas se desprende que una vez que ha cumplido con los requisitos establecidos por la Ley N° 1.294/98, y ha culminado el proceso administrativo, el solicitante de una marca adquiere la titularidad de la misma, pudiendo ejercer desde ese momento todas las garantías inherentes al titular al ser propietario de ella.

Adquirido el registro de una marca, la duración de dicha protección si bien podría llegar a ser indefinida, se encuentra reglada en la Ley N° 1.294/98 de Marcas de la siguiente manera: “la marca tiene una duración de 10 años, pudiendo ser renovada indefinidamente; siempre que esta renovación se solicite antes de su vencimiento o dentro del plazo de 6 meses posteriores a su vencimiento, siendo este último un plazo de gracia”.

En relación a la extinción del derecho de propiedad sobre las marcas, este se encuentra reglado en el Art. 53 de la Ley N° 1.294/98 de Marcas, y señala que el derecho se extingue en los siguientes casos, la titularidad de una marca puede perderse por su falta de renovación, es decir si el titular no renueva la marca de su propiedad dentro de los plazos establecidos por la Ley N° 1.294/98 de Marcas arriba mencionados; así también por la renuncia expresa del titular a la marca de su propiedad; o por declaración de nulidad del título de marca, dicha nulidad se obtiene en Sede Judicial es decir ante los Tribunales de la República; y por último por la caducidad por falta de uso de la marca, ya que la legislación expresa que la marca deberá ser utilizada en un plazo determinado.

La Ley N° 1.294/98 de Marcas expresa al respecto de lo señalado en el párrafo que antecede en su Art. 53 cuanto sigue:

El derecho de propiedad de una marca se extingue:

- a) Por renuncia del titular;
- b) Por vencimiento del término de vigencia sin que se renueve el registro; y,
- c) Por la declaración judicial de nulidad o de caducidad por el no uso del registro.

MARCAS NOTORIAS

Las marcas notorias como se ha señalado son un tipo especial de marca, la misma es conocida por la generalidad de la población de un país sean consumidores o no de la misma, así también este concepto tiene una variante, que si bien la marca puede ser no reconocida por la generalidad de la población, la misma sea reconocida por el sector pertinente de consumo.

En cuanto al primer punto señalado en el párrafo que antecede, es decir, que sea reconocida por la generalidad de la población, no presenta mayores inconvenientes y esto se grafica con un ejemplo clásico como lo es de la marca de bebidas gaseosas COCA-COLA la cual es una marca notoria a nivel mundial y conocida por la generalidad de la población sean consumidores o no de la misma; en cuanto al segundo punto, al referirnos al mismo estamos hablando del sector pertinente de consumo, es decir que la marca puede ser reconocida sólo en un sector de la población, a los efectos de graficar este punto traemos a colación la marca ABU-GARCIA de riles para pesca, los cuales son conocidos por la generalidad de los aficionados a la pesca, pero la misma no necesariamente es conocida por personas ajenas a este deporte, así por ejemplo el dueño de una casa de pesca, sin dudas la conocería. Otro ejemplo en cuanto al sector pertinente de consumo podría ser el de la marca de suspensiones para autos de carrera REIGER, que no es conocida por la generalidad de la población, pero sí por el sector específico de consumo, es decir, los corredores de carreras de autos, los preparadores de estos vehículos y los vendedores de este tipo de piezas para los automotores.

Becher, (citado en Otamendi, 2017), expresa en relación a la marca notoria: “En mi opinión, para que haya notoriedad la marca debe ser conocida por la mayor parte del público, sea consumidor o no del producto. Incluyo entre los que no son consumidores a eventuales o potenciales consumidores, pero también a aquellos que no lo son. La marca notoria es conocida por casi la totalidad del público” (Otamendi, 2017, p. 446). Siguiendo así la misma línea de ideas expresadas anteriormente y haciendo mención en relación a que la marca notoria debe ser reconocida por la generalidad de la población.

Una de las principales características de las marcas notorias es que por lo general se da a una amplia protección a los efectos de evitar la dilución de las mismas; las marcas notorias rompen con el principio de especialidad utilizado en la Legislación Nacional, el principio de especialidad exige el registro de las marcas por clases a los efectos de su protección correspondiente en relación a determinado producto o servicio conforme a la Undécima Clasificación de Niza que es la que se encuentra vigente en la República del Paraguay, es decir, para proteger un producto o servicio en determinada clase el mismo debe estar registrado en la misma, clase por clase, en tanto que la marca notoria de manera natural se encuentra protegida para todas las clases de productos y servicios a los efectos de evitar posibles diluciones y aprovechamientos por parte de personas inescrupulosas, rompiendo así el principio de especialidad.

Un aspecto que hace relevante al tema de la notoriedad de la marca es la globalización y el desarrollo de las plataformas de internet inclusive en países tercer mundistas o en vías de desarrollo, a esto se suma la inversión cada vez más agresiva de las empresas en sus marcas ya no solamente para el mercado interno del país donde es creada, sino a nivel global, lo cual los lleva a solicitar también protección internacional, pudiendo lograrse de manera efectiva esto si el ordenamiento jurídico de cada país es adecuado y se encuentra actualizado acorde a las tendencias actuales en materia de protección de los derechos intelectuales.

Otra cuestión no menor y que es un punto donde se generan inconvenientes es que la notoriedad es exigida en el país donde se pretende solicitar la protección de la marca notoria, y es aquí donde se puede tener una clara imagen del porqué es necesaria una correcta tipificación de la misma, pues el Órgano Administrativo o Tribunal Juzgador deberá determinar a los efectos de conceder o no el registro de una marca en el Paraguay si la misma puede ser considerada como NOTORIA a nivel local por el principio de territorialidad, a los efectos de que la misma posea todas las protecciones otorgadas por las normas.

En cuanto a las implicancias que trae aparejada la notoriedad de una marca tenemos el siguiente aporte doctrinario:

La marca notoria afecta tanto al principio de especialidad como al de territorialidad. Como hemos visto, en virtud del primero, el poder de

exclusión del titular de una marca sólo alcanza a los signos que se apliquen a bienes idénticos o semejantes a aquellos respecto de los cuales la marca ha sido registrada. Pero si la marca es notoria, ese ámbito de exclusión alcanza incluso a signos aplicados a productos o servicios que no son semejantes (Sánchez, 2013, p. 331)

Menciona Cornejo (s.f.), que “las marcas comunes tienen una protección regular por el derecho. Las Marcas notoriamente conocidas merecen una protección jurídica especial. Hay diferentes tipos de marcas notoriamente conocidas, tienen diferente grado de protección según su importancia”. Por ejemplo, la marca Coca-Cola es mundialmente conocida, catalogada como marca de alto renombre y consiguientemente, goza de una protección especial, más allá inclusive de otras marcas notorias.

Si bien en su origen una marca puede ser creada y ser sencillamente una marca común, como lo veníamos reseñando en los párrafos que anteceden, más tarde, ésta se puede convertir en una especie distinta de marca, deja de ser común u ordinaria, y pasa a ser reconocidas por la generalidad de la población, por lo tanto se vuelve notoria, lo cual siempre plantea confusiones incluso a nivel de prestigiosos autores marcarios, e inclusive a nivel local tanto en sede administrativa, como en sede judicial.

Dentro del ámbito comercial empresarial la marca notoria es considerada como una de las más importantes y que requiere de una protección mayor en lo que a propiedad industrial se refiere.

Así lo describe González Bueno:

...el consumidor que, es capaz de percibir una gran cantidad de información, acerca de la calidad del producto, de sus índices de seguridad, estándares de protección del ambiente y más, con un simple y fugaz vistazo al gráfico o a las palabras que componen la marca, por lo que se concluye que a estas marcas notorias y renombradas, se les proteja con particular ahínco, dotándoles de un régimen de protección reforzado o exorbitante (González Bueno, 2005, p.14)

Tal como ya lo habíamos dicho, la marca notoria, es ampliamente conocida en el sector pertinente de público, debido a la frecuencia en uso y a su gran capacidad de difusión, mediante esto ha trascendido las fronteras de su país de origen, por lo cual al decir de González Bueno

como se mencionó anteriormente deben extremarse recursos para su protección.

Por su parte Módica (2019), en cuanto al reconocimiento de la marca notoria en el país señala: “Se ha manifestado que la marca notoria debe ser ampliamente conocida en Paraguay. Se menciona el conocimiento de la marca, no su existencia en el mercado, es decir, basta con que se sepa de ella; no se requiere que el producto correspondiente este en venta en el país”. (Módica, 2019, p. 147).

Como ejemplo de marca notoria en el Paraguay, traemos a colación una bebida tradicional, como lo es la CAÑA FORTIN, conocida ampliamente a nivel local, pero no necesariamente conocida al otro lado del océano; y por otro lado podemos mencionar la marca de autos FERRARI que no cuenta con una representación oficial en la República del Paraguay, pero la misma es reconocida por la generalidad de la población.

A pesar de todo esto, en los Tratados Internacionales que regulan nuestra materia como ser el Convenio de París y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, en los mismos no aparece una definición de marca notoria, lo cual nos lleva a pensar que es una tipología no sencilla de definir en el ámbito internacional.

Por último, en cuanto a algunos posibles medios de pruebas a ser tenidos en cuenta para determinar la notoriedad de una marca tenemos lo señalado por el Art. 2 de la Recomendación conjunta de la OMPI y la Asamblea General de la Comisión de París relativa a las disposiciones sobre la protección de las marcas notoriamente conocidas, que dicho sea de paso tampoco contiene una definición de marca notoria, que establece en relación a los posibles elementos de prueba para constituir una marca notoria, la misma establece cuanto sigue:

- 1) el grado de conocimiento o reconocimiento por el sector pertinente del público.
- 2) la duración, la magnitud y el alcance geográfico de cualquier utilización de la marca;
- 3) la duración, la magnitud y el alcance geográfico de cualquier promoción de la marca, incluyendo la publicidad o propaganda y la

presentación, en ferias o exposiciones, de los productos o servicios a los que se aplique la marca;

- 4) la duración y el alcance geográfico de cualquier registro, y/o cualquier solicitud de registro, de la marca, en la medida en que reflejen la utilización o el reconocimiento de la marca;
- 5) la constancia del ejercicio satisfactorio de los derechos sobre la marca, en particular, la medida en que la marca haya sido reconocida como notoriamente conocida por las autoridades competentes;
- 6) el valor asociado a la marca

Se tiene entonces que de la amplia esfera de la propiedad intelectual, existe una rama muy importante, que es la propiedad industrial y el tratamiento de las marcas es básico en el desarrollo de las empresas y micro empresarios, no solamente a nivel nacional, sino también a nivel internacional, y permite a su vez el desarrollo del país y su posicionamiento a nivel regional e inclusive en mercados extra región.

Es así que toda empresa en el desarrollo de su actividad comercial necesita dar a conocer sus productos o servicios en el mercado nacional, internacional o en ambos, diferenciando sus productos o servicios de los competidores del mismo rubro, y la manera esencial de lograr esto es a través de una marca como un elemento esencial de conocimiento del producto o servicios y con una carga diferenciadora en relación a otros.

De todos los tipos de marcas, creemos que la marca notoria destaca mayor importancia, pudiendo señalar que ésta es la que otorga mayor conocimiento al público consumidor. Como se ha señalado, las marcas notorias hacen relación a calidad, diseño, tecnología, precio, una región geográfica determinada, e incluso status social, esta serie de elementos inciden en la decisión de compra del consumidor respecto de un bien o servicio por sobre otro.

La idea básica al pretender una tipificación específica de las marcas notorias en la legislación nacional es impedir que gente deshonesto pueda usufructuar del trabajo ajeno y ganar dinero fácilmente confundiendo al público consumidor a través del registro en la República del Paraguay de una marca notoria por parte de personas que no son sus

creadores o titulares, y así también impedir la falsificación de este tipo de productos, que podrían inducir al consumidor a caer en el error de creer que está adquiriendo un producto de determinada empresa o persona.

CONCLUSIÓN

Se llega a la conclusión que las marcas notorias son un tipo de marca esencial y especial que evoca ideas en el consumidor final del producto o servicio que adquiere, el mismo desea pasar por la misma experiencia o mejor inclusive una y otra vez al adquirirlo, como se reseñó, comercialmente la misma es elemental para posicionar los productos de una empresa y asociarlos directamente a ésta y la calidad de la misma o factores especiales como ser prestaciones únicas, status social, entre otros, y este tipo de marcas tiene un valor económico muchas veces millonario por todo lo señalado. Todo esto hace que las marcas notorias requieran una protección especial dentro de nuestra legislación nacional, debiendo contar dentro de nuestra Ley de Marcas con parámetros para poder tipificarla claramente y sin lugar a dudas y saber como se constituye una marca notoria en la Republica del Paraguay, ya que como señalamos nuestra ley se limita a prohibir su registro sin aportar mayores ideas de qué es una marca notoria, todo esto sin desconocer los Tratados y Convenios Internacionales a los que nos encontramos suscriptos que dan una protección especial y necesaria a este tipo de marcas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio-ADPIC. Ratificado por Ley N° 444 del 10 de Noviembre de 1994. Recuperado de: http://wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm
- Constitución de la República de Paraguay (1992). Recuperado de: <https://www.mre.gov.py/v2/Adjuntos/Normativas/CONSTITUCIONNACIONAL.pdf>
- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial-Revisión en 1979. Ratificado por Ley N° 300, del 10 de Enero de 1994. Recuperado de: http://wipo.int/treaties/es/ip/paris/trtdocs_wo020.html
- Cornejo, A. (s.f) *La Importancia de las Marcas en la Empresa Moderna*. Recuperado de: <http://www.uwiener.edu.pe/portales/derecho/documentos/La-importancia-de-la-marca-en-la-empresa-moderna.pdf>.

- González Bueno, C. *Marcas Notorias y Renombradas en la Ley y en la Jurisprudencia*. Madrid, España. Editorial, La Ley – Actualidad, 2005. ISBN: 84-9725-583-6
- Ley Paraguaya N°1.294/98 De Marcas. Recuperado de: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/862/de-marcas>
- Ministerio de Industria y Comercio. *Leyes y Decretos esenciales en materia de Propiedad Intelectual*. Asunción, Paraguay. 2011
- Módica, C. *Derecho Paraguayo de Marcas*. 2^{da} ed. Asunción, Paraguay. Editorial, La Ley Paraguaya S.A., 2019.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones sobre la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas*. Ginebra, Suiza. 1999. Recuperado de: <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/marks/833/pub833.pdf>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas (Clasificación de Niza)*. 11^{ma} ed. Ginebra, Suiza. 2019. Recuperado de: <https://www.dinapi.gov.py/portal/v3/assets/archivos-institucionales/Class-Niza-2019.pdf>
- Otamendi, J. *Derecho de Marcas*. 9^{na} ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial, AbeledoPerrot, 2017. ISBN: 978-950-20-2856-9
- Sánchez, A. *Confusión de Marcas*. Buenos Aires, Argentina. Editorial, La Ley, 2013. ISBN: 978-987-03-2429-4

