

SERIE: INVESTIGACIONES JURÍDICO-PENALES

## TOMO VIII INVESTIGACIONES

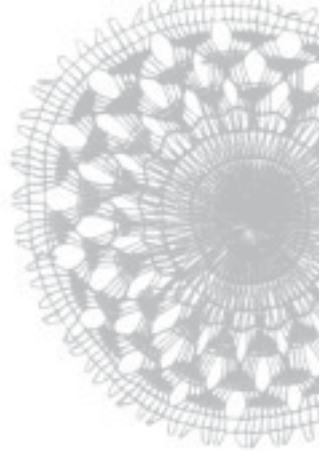
Gustavo Abrahan Auadre Canela  
José Agustín Fernández Rodríguez  
Martha Elizabeth Garcete Sosa  
Mirtha González de Caballero  
Jorge Mario Lebedich Sichik  
María Soledad Machuca Vidal  
Valentina Nuñez  
Jovita Rojas  
Miguel Said Bobadilla  
Delio Vera Navarro



gtz



Ministerio Público



SERIE: INVESTIGACIONES JURÍDICO-PENALES

GTZ – COOPERACIÓN TÉCNICA ALEMANA

TOMO VIII  
**INVESTIGACIONES**

Gustavo Abrahan Auadre Canela  
José Agustín Fernández Rodríguez  
Martha Elizabeth Garcete Sosa  
Mirtha González de Caballero  
Jorge Mario Lebedich Sichik  
María Soledad Machuca Vidal  
Valentina Nuñez  
Jovita Rojas  
Miguel Said Bobadilla  
Delio Vera Navarro

ASUNCIÓN – PARAGUAY  
2005

© Cooperación Técnica Alemana GTZ.

Las opiniones contenidas en este documento son de los autores y no reflejan necesariamente las opiniones de la GTZ.

Están autorizadas la reproducción y la divulgación por cualquier medio del contenido de este material, siempre que se cite la fuente.

Este texto no tiene fines de lucro; por lo tanto, no puede ser comercializado en el Paraguay ni en el extranjero.

**Autores:**

Gustavo Abrahan Auadre Canela  
José Agustín Fernández Rodríguez  
Martha Elizabeth Garcete Sosa  
Mirtha González de Caballero  
Jorge Mario Lebedich Sichik  
María Soledad Machuca Vidal  
Valentina Nuñez  
Jovita Rojas  
Miguel Said Bobadilla  
Delio Vera Navarro

**Tutor:** Prof. Lic. José Manuel Reyes Tello.

**Coordinadores:**

Humberto Machuca, Fiscal Adjunto  
Maria Soledad Machuca, Fiscal Adjunta

**Edición:** Dora Cristaldo Raskin.

**Armado:** Gigi Laterza.

**Primera edición:** 500 ejemplares.

**Impresión:** Ricor Grafic S.A.

Asunción, Paraguay.

Diciembre 2005.

## ÍNDICE GENERAL

Presentación .....	5
Introducción .....	9
La investigación científica .....	11
Jurisdicción de la niñez y la adolescencia. Del Juicio de Restitución (art. 94 CN y A). <b>Gustavo Abrahan Auadre Canela</b> .....	13
El incumplimiento del deber legal alimentario en el derecho penal paraguayo. <b>José Agustín Fernández Rodríguez</b> .....	33
Derechos de la mujer. <b>Martha Elizabeth Garcete Sosa</b> .....	59
Responsabilidad penal del adolescente en la legislación nacional y comparada. <b>Mirtha González de Caballero</b> .....	79
La tentativa. Breve análisis de sus formas en el derecho penal paraguayo. <b>Jorge Mario Lebedich Sichik</b> .....	101

Delineamientos para un futuro Manual Operativo que regule el trabajo de equipo en el ámbito investigativo, entre el Ministerio Público y la Policía Nacional. <b>María Soledad Machuca Vidal</b> .....	125
Contratos de viaje y turismo. <b>Valentina Núñez González</b> .....	153
Violencia doméstica. <b>Jovita Rojas</b> .....	177
La prueba ilícita en el proceso penal paraguayo. <b>Miguel Said Bobadilla</b> .....	225
Justicia supranacional en el MERCOSUR. <b>Delio Vera Navarro</b> .....	247
Breve reseña de los autores .....	261
<b>Anexo</b> Apuntes claves. Metodología de la investigación .....	269

## PRESENTACIÓN

La Cooperación Técnica Alemana, GTZ, a través de su proyecto “Apoyo a la Reforma Judicial Penal”, conjuntamente con el Ministerio Público, se comprometieron a dirigir sus esfuerzos a lograr que los operadores de justicia apliquen el sistema penal en base a criterios unificados y a desarrollar mayor competencia en los mismos. Una de sus principales líneas de acción es la de “concertación”, que apunta al fortalecimiento de acciones coordinadas entre los actores involucrados, cuyo rol de intermediación se realiza bajo el mandato del Ministerio Público.

En una primera etapa de análisis y consenso en la que participaron todos los operadores del nuevo sistema penal (Corte Suprema de Justicia, Ministerio Público, Defensoría Pública, Policía Nacional, Ministerio de Justicia, Universidades y Colegio de Abogados) se han detectado tanto falencias respecto a la implementación de la reforma penal como falta de participación y conocimiento de la sociedad civil; y una preocupación de la justicia relacionada a la deficiencia del área de formación de los futuros juristas, o sea del sistema universitario.

Considerando que el sistema educativo y las universidades en particular, son una pieza fundamental no solamente para lograr superar estas falencias sino también para la construcción de una sociedad democrática, se definió una primera estrategia a través de un proyecto de “Formación de Estudiantes Universitarios en la Investigación Científica”, con el objetivo a corto plazo de formar y capacitar a jóvenes estudiantes como también obtener datos y cifras vinculados al orden jurídico-penal con los cuales no se cuenta en el país. A

largo plazo, el impacto esperado es que desde el proyecto se impulsen propuestas que provoquen y promuevan nuevas reflexiones (o nuevas orientaciones) en el ámbito de la política criminal, de manera a constituirse en una herramienta importante y válida para acompañar a los actores de la justicia en su tarea dedicada a la sociedad y al ciudadano.

El ofrecimiento de esta oportunidad fue tomado por los jóvenes estudiantes de derecho de diferentes universidades del país, y motivó el inicio de un valioso esfuerzo intelectual en el campo de la investigación con una orientación científica. El apoyo técnico incluyó clases de metodología y asistencia individual a cada uno de los participantes a través de un calificado equipo de tutores.

Al cierre del proyecto, deseamos mostrar los frutos y resultados a través de esta colección abierta que incluye una serie de publicaciones que responden a los trabajos particulares de algunos de los alumnos. No obstante, es necesario destacar que la mayoría de alumnos también lograron el nivel esperado en cuanto a calidad de investigación, aunque sus trabajos están en proceso de ajustes finales y podrían ser publicados en el futuro próximo. Creemos que las investigaciones tienen un valor especial al haberse enfocado en temas poco conocidos en el ámbito penal.

Por otra parte, se debe mencionar que debido al reconocimiento por parte de actores del sistema penal sobre el proyecto, se realizó a través de esa experiencia una capacitación sobre metodología de la investigación científica de 40 horas académicas, dirigido en forma conjunta a jueces y fiscales, teniendo en cuenta las necesidades de los profesionales para la redacción de sentencias, acusaciones u otros documentos.

Así también, se incluye en la colección, investigaciones, artículos y redacciones de los profesionales y actores del sistema penal, con el objetivo de compartir estos insumos con la esperanza de que en un tiempo no tan lejano, no solamente se cuente con un capital de personas interesadas y capacitadas en la realización de investigaciones científicas sino también con la voluntad política tanto para utilizar y aprovechar estos insumos para la definición de las políticas criminales en el ámbito penal como para despertar el interés de todos para seguir adelante con este proceso ya iniciado.

Queremos agradecer la valiosa contribución de los tutores, coordinadores y alumnos del proyecto piloto de investigación estudiantil y del especialista en Metodología de la Investigación, el profesor José Manuel Reyes. También deseamos mencionar a la Asociación de Magistrados del Paraguay por su colaboración en la capacitación en forma conjunta y por permitir -con este paso- una mayor comunicación entre los miembros de la Corte Suprema de Justicia y del Ministerio Público y el inicio de las discusiones teóricas necesarias para la implementación del sistema.

Finalmente, no resta sino agradecer a todas las personas e instituciones que hicieron posible llevar adelante el Proyecto.

Asunción, Diciembre de 2005.

Dr. Rubén Candia Amarilla  
Fiscal General del Estado

Horst Steigler  
Director Residente de GTZ





## INTRODUCCIÓN

A través de la Cooperación Técnica Alemana y dentro el marco del Proyecto “Apoyo a la Reforma Judicial”, se ve la necesidad de apoyar un espacio de acción conjunta entre jueces y fiscales con el objetivo de desarrollar estrategias para la coordinación y concertación entre los diferentes actores del sistema penal.

Ante la inexistencia de una intervención coordinada entre ambas partes y teniendo en cuenta que son poco frecuentes los espacios de intercambio entre los mismos, se consideró importante y necesario ofrecer a miembros de las dos instituciones (Corte Suprema de Justicia y Ministerio Público) un “Curso de metodología de la investigación”, como una práctica para lograr el mencionado objetivo.

El curso de dos meses, obtuvo logros importantes que no sólo se refieren al conocimiento o la profundización de las herramientas de metodología -tan importantes para el trabajo diario- sino también investigaciones individuales que dan cuentas de una alta capacidad y capacitación de nuestros operadores.

Asimismo, también se ha cumplido nuestra expectativa primaria de impacto al lograr crear un rico espacio de intercambio y discusión de temas vinculados tanto a la parte normativa como al marco de una política criminal.

Para nosotros es un honor presentar este tomo número ocho de la Serie “Investigaciones Jurídico-Penales” que incluye la compilación de monografías de un total de diez jueces y fiscales.

Esperamos que nuestra oferta y disposición para seguir en este camino, con acciones conjuntas de esta calidad, motive a los demás para continuar impulsando discusiones e intercambios en varios niveles, teniendo en cuenta que en un estado de derecho democrático, cada opinión debe ser tomada en cuenta y su principal valor radica en la seriedad y la calidad de su sustento científico.

Andrea Heisel  
Asesora Principal  
Proyecto GTZ

Humberto Insfrán  
Director Centro de Entrenamiento  
Ministerio Público

Delio Vera  
Presidente  
Asociación de Magistrados

María Soledad Machuca  
Fiscal Adjunta

## LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

Investigación se deriva etimológicamente de los términos latinos *in* (en, hacia) y *vestigium* (huella, pista). De ahí que su significado original es “hacia la pista” o “seguir la pista”, buscar o averiguar algo siguiendo algún rastro.

De acuerdo con esta noción etimológica, investigar es, genéricamente, toda actividad humana orientada a descubrir algo desconocido. Tiene su origen, en la curiosidad innata del hombre, que le impulsa a averiguar cómo es y por qué es así el mundo que le rodea; así como en la indigencia natural de sus instintos en comparación con los animales, que le obliga a investigar para obtener información, resolviendo de este modo sus necesidades.

Según esto, toda investigación, incluso la científica, es averiguación de algo no conocido o búsqueda de solución a algún problema. Los distintos tipos de investigación no se pueden distinguir, pues, por la razón de ser de la actividad investigadora, la solución de problemas, sino que su diferenciación tiene que hallarse en su objeto y procedimiento o forma de actuación.

Tal procedimiento es, en el caso de la investigación científica, un método, el científico, muy complejo, dilatado, planificado y técnico, como se verá después.

La investigación científica, que consiste en la puesta en práctica de este método o en la actuación basándose en él, se distingue, por tanto, de las demás formas de investigación por el carácter muy cualificado y elaborado de su método.

Al igual que existe una íntima unidad entre la ciencia y la investigación científica, así también la existe entre la investigación y el método de investigación científico. La investigación científica es según se ha indicado, la actividad que produce la ciencia y como tal, su fuente. El método de investigación científico es el procedimiento o forma de actuación empleado o seguido en la investigación científica.

Dado que la ciencia y sus aplicaciones técnicas ocupan en el mundo actual una posición cada vez más absorbente como fuente de información y base de la actuación del hombre, puede deducirse fácilmente la importancia excepcional de la investigación científica para la humanidad en su conjunto y, en particular, para todos aquellos países que no quieren quedarse rezagados en la marcha de la civilización. Vivimos en un mundo dominado crecientemente por la ciencia y la técnica. La investigación científica es el motor que sostiene e impulsa a ambas. Es discutible que este mundo sea el mejor de los posibles, así como que su evolución se oriente en la práctica de modo que se eviten siempre grandes inconvenientes humanos y ambientales.

Esta teoría general se ha especificado en el curso desarrollando en una primera clase, las partes principales de la metodología de la investigación: Axiología de Base (Marco Teórico), el problema a investigar, justificación del mismo, su importancia; hipótesis de trabajo, objetivos de investigación, variables y sus características, fuentes de conocimiento disponibles, unidades de observación, análisis de datos, etc.

Posteriormente se desarrollaron exhaustivamente cada uno de los anteriores conceptos con una didáctica esencialmente empírica para llegar a conclusiones que aúnen los conceptos teóricos con su puesta en práctica.

Cada clase finalizó con aclaraciones sobre el castellano actual y su aplicación jurídica.

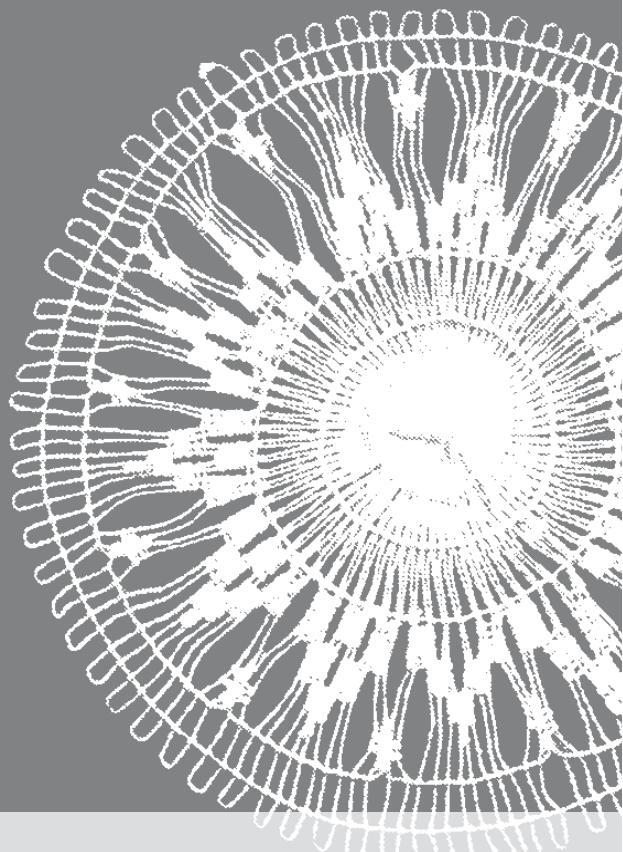
El curso se completó con la entrega de una monografía por parte de cada alumno, el control de la asistencia fue riguroso y la misma registró una presencia constante de la mayoría de los alumnos.

Prof. Lic. José Manuel Reyes

SERIE: INVESTIGACIONES JURÍDICO-PENALES

# JURISDICCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DEL JUICIO DE RESTITUCIÓN (ART. 94 CN Y A)

GUSTAVO ABRAHAN AUADRE CANELA





## ÍNDICE

Introducción .....	17
Del juicio de Restitución (art. 94 C.N. y A.) .....	19
1. Antecedente .....	19
La patria potestad .....	19
a) Titularidad y ejercicio de la patria potestad .....	19
b) El “Pater Familias” .....	20
c) La patria potestad en la Convención de los Derechos del Niño y de la Niña .....	21
d) La patria potestad como conjunto de derechos y deberes .....	21
2. Desarrollo .....	22
a) Del objeto del Juicio de Restitución .....	23
b) Del presupuesto fáctico del Juicio de Restitución .....	24
c) Desglose o análisis del Art. 94 C.N. y A. ....	24
Primer Párrafo .....	24



Segundo Párrafo .....	25
Tercer Párrafo .....	26
d) Síntesis del Juicio de Restitución .....	27
e) El Interés Superior del Niño y el Juicio de Restitución .....	28
3. Consideraciones Finales .....	30

## INTRODUCCIÓN

Por ley N° 1680 /01 fue concebido el Código de la Niñez y la Adolescencia. El mismo era el complemento necesario y actual de la ley N° 57/90 “Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, que a su vez, se complementan con los arts. 53 y 54 de la Constitución Nacional de 1992, que, además, en su art. 137 establece en el orden de prelación enunciado los instrumentos que integran y componen el derecho positivo nacional, en el caso, relativos a la protección al niño. La máxima extraída de los instrumentos citados sin dudas constituye que: **LOS DERECHOS DEL NIÑO, EN CASO DE CONFLICTO, TIENEN CARÁCTER PREVALECIENTE** (art. 54 *in-fine* C.N.).



## DEL JUICIO DE RESTITUCIÓN (ART. 94 C.N. Y A.)

### 1. ANTECEDENTE

#### La Patria Potestad

En el **Capítulo III** (*De la Convivencia y del Relacionamento*) **Título I** (*De la Patria Potestad*), **Libro III** (*De las Instituciones de Familia*), encontramos establecido en el **art. 94** el juicio sumarísimo identificado como **RESTITUCIÓN**. Por la misma situación e íntima relación que se establece a partir del Título I, considero necesario abordar primeramente, en forma breve y directa, las disposiciones generales de la **PATRIA POTESTAD**. Entendida como necesario antecedente.

**a) Titularidad y Ejercicio de la Patria Potestad:** La Patria Potestad no puede ser objeto de transacción; es irrenunciable e intransferible.

Cuando los padres conviven, el ejercicio de la Patria Potestad corresponde a ambos progenitores. En caso de separación, al progenitor a quien el Juez otorgó la convivencia, sin perjuicio del derecho del progenitor no-conviviente de relacionarse y de participar en la formación integral de sus hijos y la decisión que para ciertos actos deben brindar ambos progenitores, convivan o no. Ejemplo: para transferir los bienes de los hijos -además de la autorización judicial-, para salir del país, para contraer matrimonio (cuando no se requiera autorización judicial), incluso para la elección de la institución educativa a la que asistirán los hijos o para determinaciones de importancia relativas a su salud.

En el caso de hijos extramatrimoniales y reconocidos por ambos progenitores, se aplica la misma solución, es decir, cuando los padres conviven la patria potestad es ejercida por ambos, en caso contrario, por aquel que convive con el menor.

El Código de la Niñez no establece una distinción entre la **titularidad** y el **ejercicio** de la patria potestad, situación que en la práctica genera confusiones. Esto es porque en la realidad la titularidad y el ejercicio es compartido por ambos progenitores cuando éstos conviven (*si la ley no los distingue, no lo haremos nosotros*), sin embargo, en el caso de los padres separados, la titularidad es compartida, pero no el ejercicio, lo que no significa que el progenitor no-conviviente sea apartado en forma absoluta de la vida de sus hijos, pudiendo ejercer el control y la vigilancia sobre la forma en que se desenvuelve la educación y de reclamar la intervención judicial cuando considere que algún acto fuera nocivo para el menor. En todos los casos, si uno de los padres no diere su consentimiento para algún acto o se encuentre imposibilitado de prestarlo, resolverá el Juez según lo que convenga al interés del menor.

Los padres tienen una función social irrenunciable desde la procreación: incorporar al hijo o hija en el seno de la familia y de convertirlo en una persona útil a la sociedad, a través de la convivencia armoniosa, como brindarle material y emocionalmente lo necesario para su desarrollo.

Cuando los progenitores no cumplen con sus obligaciones parentales, realizan u omitan realizar actos y con ello causen graves daños a sus a sus hijos, se aplican las restricciones a la titularidad y ejercicio de la patria potestad, según las características que reviste esa conducta parental, y siempre que se encuadren en los supuestos establecidos para el efecto en la ley, y aún cuando esas previsiones legales tienen un carácter sancionador, lo que se pretende es la protección y el resguardo de la integridad física y emocional del menor.

**b) El “pater familias”:** La figura de la patria potestad tiene sus orígenes en el Derecho Romano, del cual proviene casi todo nuestro ordenamiento jurídico. En esos tiempos, el “*pater familias*” o jefe de familia ejercía todos los derechos sobre los hijos, es decir, podía disponer de la vida y de los bienes de los mismos. Podía el “*pater*” vender a sus hijos, ejercer contra ellos los más

severos castigos e incluso aplicarles la pena de muerte, además de privarles de su patrimonio, ya que administraban sus bienes y ejercían directo control sobre ellos.

Este instituto fue reformado y perfeccionado con el tiempo, hasta convertirse más que en un derecho, en una *función* revestida de *derechos y deberes* que tienen los padres hacia sus hijos, en un *sistema de protección integral* dispuesto por el Estado, en el cual, a través de los organismos creados para el efecto, vigila el cumplimiento de las obligaciones y protege al niño, la niña y el adolescente, imponiendo sanciones, incluso de carácter penal, para los padres que no cumplieren las obligaciones impuestas por la ley.

**c) La Patria Potestad en la Convención de los Derechos del Niño y de la Niña:** Este instrumento en su art. 3 párrafo 2, dispone que *“Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”*

Siguiendo la línea en su art. 9.1 establece: Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Finalmente, consagra en su art. 9.3: Los Estados partes respetaran el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

**d) La patria potestad como conjunto de derechos y deberes:** Hoy está definitivamente triunfante la idea de que la patria potestad implica no sólo derechos sino deberes y más aún, lo que importa primordialmente es **la**

**protección de los menores.** La legislación moderna ha puesto énfasis en los deberes más que en los derechos, de ahí que el Estado se constituye en contralor cada vez mayor sobre la forma en que se ejerce la autoridad parental.

Sin embargo, en esta evolución se corre el riesgo de ir demasiado lejos. Pues no son pocos quienes advierten que en el interés de proteger a los menores, hay una tendencia a acentuar demasiado la intervención del Estado en la vida íntima de la familia. Se afirma con rigor que la potestad paterna es una función social, y sin duda lo es, pero no debemos caer en un error y creer que el concepto de la institución se agote en los deberes que se impone a los padres o en la función social contenida en el cumplimiento de esos deberes. Implica también derechos, que los hombres tienen en calidad de tales, y que son, por tanto, verdaderos derechos naturales. Tal, por ejemplo, es el de educar a los hijos, de plasmar su espíritu, de formarlos de acuerdo con sus ideales morales, religiosos o políticos, o sencillamente el derecho de un padre a vivir y convivir con su o sus hijo/s.

Concluimos pues, en que resulta necesario ejercer algún control del Estado sobre la forma en que los padres ejercen la patria potestad, pero limitado a los casos en que la conducta de ellos exige -o deba exigir- la imposición de ciertas medidas para proteger a los menores y preservar el orden público, y ello corresponde se cumpla a través de la Judicatura Especializada del Fuero de la Niñez y la Adolescencia.

## 2. DESARROLLO

Establecidos los conceptos generales de la **Patria Potestad** conforme su delimitación, y conviniendo que no se encuentra distingo entre la titularidad y el ejercicio de la misma (excepto en el caso de los padres separados, donde existe titularidad compartida, pero no resulta así en el ejercicio), corresponde adentrarnos en lo que es objeto de la exposición que se relaciona con la **RESTITUCIÓN**, y los caracteres especialísimos de la misma.

*“Artículo 94. DE LA RESTITUCIÓN. En caso de que uno de los padres arrebate el hijo al otro, aquél puede pedir al Juez la restitución del mismo por medio del juicio de trámite sumarísimo establecido en este artículo, bajo declaración jurada de los hechos alegados.*

*El Juzgado convocará a los padres a una audiencia, a llevarse a cabo en un plazo máximo de tres días, ordenando la presentación del niño o adolescente bajo apercibimiento de resolver la restitución del mismo al hogar donde convivía.*

*Las partes concurrirán a la audiencia acompañado de sus testigos y demás instrumentos de prueba y el Juez resolverá sin más trámite, siendo la resolución recaída apelable sin efecto suspensivo.”*

### **a) Del objeto del Juicio de Restitución:**

**“El juicio de restitución tiene un carácter especial y sumarísimo en el C.N. y A., y su objeto es que el niño sea restituido inmediatamente al lugar de su residencia habitual. En otras palabras, mantener el *status quo* del niño cuando este es arrebatado sin derecho por el otro progenitor”**. Esta es la interpretación jurisprudencial más fiel y aceptada en el Fuero Especializado de la Niñez, relacionada al art. 94, y la misma fue concebida en el Acuerdo y Sentencia N° 138 de fecha 04/X/02, emanado del Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia de la Capital, en su conformación primitiva integrado en ese entonces por los Dres. Silvio Rodríguez, Arnaldo Samuel Aguirre y la Dra. Alicia Pucheta de Correa.

La expresión **“residencia habitual”** que se utiliza, refiere a una situación de hecho que supone **estabilidad y permanencia**, y alude a lo que algunos tratadistas denominaron: **el centro de gravedad de la vida del menor**.

Definido el objeto del juicio de restitución, destacando que resulta coadyuvante a este entendimiento el fallo jurisprudencial ya referenciado, podemos afirmar, en consecuencia, que la Figura de la Restitución se encuentra instituida con el propósito de proteger el Desarrollo Armónico e Integral del Niño cuando este puede verse deteriorado por el quebrantamiento brusco o intempestivo de su *status quo*. Así lo han entendido nuestro Tribunales.

En el mismo sentido y permitiéndome citar a la distinguida colega María Rosa González de Fernández, Jueza de la Niñez y la Adolescencia del Tercer Turno, por la claridad de sus expresiones, puesto que resulta necesario e importante la definición de los conceptos, y como la mencionada Magistrada lo expone en sus sentencias:



*“...a fin de no desvirtuar la acción de restitución, pues fácilmente podríamos confundir el fin -o alcance- de la misma, cual es el **mantenimiento del status quo**, evitando de esa manera caer en el peligroso error de transformarlo en un juicio de Régimen de Convivencia con Procedimiento Sumarísimo...”*

## **b) Del presupuesto fáctico del Juicio de Restitución**

La institución de la restitución deviene procedente cuando se cumple el **presupuesto fáctico** previsto en el art. 94 del C.N. y A. Por lo que colegimos que la finalidad del proceso no es otra que demostrar simplemente dos cosas: La **Primera**: que antes el o los niños vivían con uno de los progenitores. Y la **Segunda**: que luego ocurrió un hecho, configurado o representado como el arrebato, es decir, una “variación violenta” de un estado a otro.

**El arrebato**: La interpretación comúnmente aceptada determina a entender que el “arrebato” no precisamente debe darse *con violencia*. Es importante aclarar que una “**Variación Violenta**” no es lo mismo que una “**Variación con Violencia**”, porque en el primero de los casos sólo significa que el *Status Quo* del niño ha cambiado intempestivamente, sin significar con ello de manera alguna ni necesaria, o concomitante, la existencia o el uso de la fuerza. Muy diferente se nos representa la segunda hipótesis, porque ya significaría que el cambio se dio infundiendo temor por la utilización de la fuerza o amenaza de utilizarla (coacción).

Asumimos, entonces, que para la configuración del presupuesto fáctico de la RESTITUCIÓN no es necesario que haya existido el uso de la fuerza, sólo es necesario demostrar que por su propia voluntad un progenitor ha logrado variar, sin un proceso previo de adaptación y sin consentimiento del otro, el *Status Quo* del niño.

## **c) Desglose o análisis del artículo 94 CN y A.**

### **Primer párrafo:**

La iniciación del procedimiento requiere y necesita de una **acción judicial** que la preceda, cuya admisión depende de la configuración de las circunstancias que permiten el encuadramiento del caso en el ámbito de su

aplicación material -el arrebato-, cuestión que debe resolverse con el debido contradictorio ante la autoridad judicial requerida.

La procedencia del trámite de restitución se encuentra supeditada a que se haya producido un traslado o retención ilícita de un menor. También es requisito para su aplicación que el menor haya tenido residencia habitual o fija, inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita.

El Acuerdo y Sentencia N° 113 de fecha 20/VIII/02 del Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia, ya nominado, por la opinión del DR. SILVIO RODRÍGUEZ, con la adhesión de los otros Miembros, se ocupó de analizar y exponer respecto de la **Naturaleza y objetivo del Juicio de Restitución**.

En cuanto a su *naturaleza* se establece que se trata de un juicio sumarísimo en el que **lo único** que el Juez debe resolver es: si hace o no lugar a la restitución solicitada, quedando cualquier otra cuestión sujeta al procedimiento que debe regir en los asuntos que hacen referencia al régimen de relacionamiento y a través del procedimiento general, proceso en el cual el juez puede dictar las medidas cautelares de protección que tengan que ver con la situación del niño (arts. 95, 167, 174 del C.N. y A.). En cuanto al *objeto*, este consiste en restablecer inmediatamente el *status* del niño originado en una decisión judicial o en un estado de hecho consentido por los progenitores.

Determinando luego el Dr. RODRÍGUEZ que: por esta razón, es que se exige que la demanda sea entablada **bajo declaración jurada** de los hechos alegados.

### **Segundo párrafo:**

El segundo apartado del art. 94 del C.N. y A., establece la **convocación a los padres a una audiencia**, fijándose el plazo máximo de realización para misma en tres días. Contiene también la advertencia -concebida como un apercibimiento- de **resolver la restitución al hogar donde convivía si no es presentado el niño o adolescente**. Esta intimación procura la vigencia de un trámite de aplicación rápida y eficaz, que tenga efectos disuasivo sobre las

acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño. Esto es lo que convierte a la **audiencia central del procedimiento** en un instrumento idóneo para restablecer en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos.

Es fundamental la rapidez que se imprima al trámite, a fin de evitar que el transcurso del tiempo premie al autor de una conducta indebida, consolidando la integración del menor a un nuevo medio.

El examen particular de la *sección específica*, como queda visto, y considerada ésta desde el punto de vista eminentemente técnico, me permite concluir que según los lineamientos adoptados, la protección perseguida se asimila a una acción de carácter posesorio, cuyo objetivo no es organizar el ejercicio de la autoridad parental, sino lograr el reencauce, ante una vía de hecho configurada por el desaparecimiento impuesto a quien ostentaba en forma personal o compartida la guarda de un menor, obviamente contra su voluntad.

### **Tercer párrafo:**

El tercer y último párrafo del art. 94 del C.N. y A., establece que a la audiencia convocada para las partes **se debe hacer comparecer a los testigos y contarse igualmente con los demás instrumentos de prueba** que se pretendan hacer valer en juicio. Resolviendo el juez sin más trámites.

Queda claro y patente que por sobre cualquier cuestión lo que se persigue y se busca en todo momento es la **economía del procedimiento**. Se procura con ello un regreso inmediato del niño al hogar donde convivía, si correspondiere, y se tiende a darle un cierto carácter de automaticidad a la medida.

Pero tal mecanismo no debe conducir a que se confiera al menor un tratamiento asimilable al de una cosa disputada entre copropietarios. De tal modo que, al tomarse una decisión, no es posible obviar que la naturaleza humana del objeto de la discordia imprime al modelo posesorio de la restitución un cierto número de alteraciones significativas que deben ser necesariamente sopesadas.

#### d) Síntesis del Juicio de Restitución:

En tal sentido el órgano judicial no puede ser sujeto inanimado, muy por el contrario, su función lejos de ser meramente reproductiva de la letra de la ley, debe orientarse a una interpretación creativa de la norma, con finalidad tendiente a asegurar el valor *justicia*.

La redacción íntegra del art. 94 contempla la **obligación rigurosa con que se debe ponderar el material fáctico** de la causa a efectos de no frustrar la efectividad pretendida. Debiéndose con la misma rigurosidad evaluar si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita coloca o puede colocar al menor en “**peligro psíquico**”, lo cual según los entendidos en los problemas que atraviesan los menores, se representa como un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres.

El procedimiento, pues, tiene por finalidad **garantizar la inmediata restitución** del menor a su residencia habitual con el propósito de **restablecer la situación anterior** que fue turbada. Sobre la persistencia de estos elementos se sustenta el trámite sumarisimo previsto por el artículo 94 del C.N. y A., de modo que si alguno de ellos no subsiste o es modificado, toda la estructura procedimental desaparece, carente de andamiaje.

La institución analizada no se determina a establecer parámetros meramente formales para resolver acerca de la suerte de un menor en las circunstancias que su contenido regula. Como no puede ser de otra manera, procede considerar, evaluar y ponderar los efectos que las medidas puedan arrojar sobre el menor sometido a la experiencia. La admisión de un pedido de restitución reconoce excepciones, como es cuando se demuestre por una de las partes que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de que cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

En el mismo camino, se observa que la letra y el espíritu que anima a la Convención de los Derechos del Niño y de la Niña, plasma y consagra como valor central, el principio según el cual **el niño es sujeto y no objeto de derecho** y que **sus intereses son de importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia**.

En la jerarquía de valores que se sustentan desde la misma Constitución Nacional, el primer lugar lo ocupa el **interés superior del niño**, que es incluso preeminente frente a los intereses personales y muy dignos de protección del guardador desasido por las vías de hecho.

### **e) El Interés Superior del Niño y el Juicio de Restitución:**

El artículo 93 del C.N. y A., en su última parte, otorga derecho preferente de convivencia a la madre. Consecuentemente la letra de ley presume la idoneidad de la misma y quien pretenda demostrar lo contrario, debe invocar y probar su apreciación, ello a fin de formar la convicción necesaria y suficiente para que el juez se aparte de la disposición legal citada. La axiología de base, que en este caso se constituye en la norma citada, se representa como la solución teórica a la hipótesis de una controversia entre el padre y la madre respecto de la tenencia del hijo.

La presunción legal se basa en que durante los primeros años -en nuestro caso cinco- resultan fundamentales los cuidados que la madre puede brindarle al hijo, considerado en su aspecto integral: físico, psíquico y espiritual, de tal manera a que el infante alcance un óptimo desarrollo indispensable para su vida futura como persona adulta, y a su vez, en el día de mañana, quizás como progenitor.

Las siguientes consideraciones jurisprudenciales del Tribunal Especializado, extractadas del Acuerdo y Sentencia N° 138/2002, ya antes señalado, nos ilustran también **en que medida** el Interés Superior del Niño resulta protegido en el juicio sumarísimo de la Restitución:

*“...En el juicio de restitución no se discute si cual de los padres está en condiciones de ejercer la guarda o la custodia del niño, cuestión que debe dilucidarse en otro tipo de juicios (art. 95 y 167 y siguientes del C.N. y A.)... ...Lo único que tiene que resolverse es si se dan las condiciones de fondo y forma para otorgar la restitución y, por tanto, resulta absolutamente improcedente disponer medidas cautelares como el de otorgar la guarda de la criatura a la madre y establecer un régimen de convivencia, además de otras disposiciones que nada tiene que ver con el juicio de restitución, tal como el Juzgado erróneamente lo entendió...”*

En la misma línea de razonamiento, encontramos la expresión contenida en el Acuerdo y Sentencia N° 184 del 13/XII/02, del mismo Tribunal donde observamos la siguiente orientación:

*“...En los juicio de restitución... ...no se discute el fondo de la cuestión, es decir, los problemas de relacionamiento que puedan existir entre los progenitores y sus hijos. En efecto, lo único que puede discutirse en este juicio sumarásimo es el de verificar si el niño, o la niña en este caso, fue arrebatada del lugar donde por decisión judicial o por un acuerdo de hecho estaba viviendo, sin la anuencia del progenitor conviviente...”*.

Este tópico, necesariamente relaciona o trae a colación lo prescripto en el art. 167 del C.N. y A. -Procedimiento General-, el cual en su tercer párrafo reza: **“El Juez, para resolver las cuestiones, escuchará previamente la opinión del niño o adolescente en función de su edad y grado de madurez...”**, señalando que habrá de observarse la opinión del niño, objetivando que las expresiones deben ser valoradas debiendo tenerse en cuenta su grado de madurez, entre otros factores, como ser: todos los elementos de convicción desplegados en el proceso, el status quo, el grado de determinación de las expresiones del mismo, el dictamen psicológico si lo hubiere, etc.. Es decir, debe ser tomado en cuenta como un elemento de juicio, mas no podemos tomarlo en sentido vinculante, pues en ese caso, lo estaríamos sacando de su rol de sujeto en el proceso y lo pondríamos como Juzgador, es decir, lo investiríamos de *IMPERIUM*, desdibujando la esencia del niño.

Todo lo señalado: legislación concebida como base axiológica para resolución de controversias entre el padre y la madre, donde se introduce la opinión del niño y el Interés Superior del mismo; la jurisprudencia unidireccional del Tribunal Especializado; tanto como la norma que inicia el procedimiento general, **orientan a entender que también en el Juicio de Restitución se tutela el Interés Superior del Niño en uno de sus aspectos más importantes: LA CONVIVENCIA**. No admitiendo ciertamente el análisis del motivo de la controversia entre los padres, como tampoco la discusión o conveniencia del régimen de relacionamiento, **pero sí tutelando los efectos pretendidos en la acción nominada**, que sin duda se determina a restituir los lazos que unen al niño y al progenitor, o incluso familiar conviviente. Máxime

por tratarse de **un asunto que le concierne directamente**, como igualmente se tutela en la Convención sobre los Derechos del Niño.

No existen causas taxativas que autoricen a denegar el pedido de restitución. El art. 54 de la Constitución Nacional sirve y actúa como pauta orientadora para interpretar que **los intereses del menor son de una importancia primordial, y con carácter prevaleciente en caso de conflicto**. A la luz de lo mencionado fuerza concluir que aun cuando el interés del guardador desposeído debe prevalecer sobre el del autor de la vía de hecho, ello se desdibuja y cede ante el interés superior del niño.

### 3. CONSIDERACIONES FINALES

La restitución de menores, como puede observarse, se trata más de una actividad que de un concepto jurídico, se presenta como una cuestión práctica, inmediata, que debe estar despojada de todo artilugio con respecto a la cual se dan o no ciertas condiciones.

La restitución se funda en el estatus jurídico del protector -guarda, custodia, tenencia u otro equivalente- pero no se trata con este instituto de hacer valer su efecto connatural -la protección en sentido global- porque en la restitución no esta en juego la institución de la protección toda, sino uno de sus atributos: **el de ejercer y conservar la guarda o su similar**. Se trata de una figura autónoma por sus objetos, y especifica por sus características procesales.

Siendo la familia el eje fundamental de la Sociedad, como tal, debe ser protegida en su unidad y funcionamiento, cumpliendo el Estado un rol importante para el efecto, otorgando a los padres una función dentro de ella, garantizando el derecho que tiene el niño de vivir y desarrollarse en su familia, aún cuando ésta carezca de recursos económicos.

En un tema tan caro a la Sociedad desde el momento mismo que se plantea el problema, aparece el aspecto teleológico: el menor y su desarrollo a través de su estabilidad locativa. Es por ello que a la hora de establecer la jurisdicción, se opta por la especializada, que reúne los requisitos de ser la más idónea y la que brinda mayor certeza de protección al menor.

Concluimos por tanto, que respecto del Juicio de Restitución establecido en el Código de la Niñez y la Adolescencia, el cual nos lleva a transitar definitivamente por la doctrina de la protección integral, adecuándose como norma operativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, se propugna igualmente el cuidado del interés superior de éste, tenido y considerado efectivamente como orientador de base para las decisiones de aquellas cuestiones que se relacionen a la estabilidad de un tipo, como de un lugar determinados de convivencia.

Para finalizar, entiendo que solamente corresponde agregar: **que en el Juicio de Restitución plasmado en el art. 94 de C.N. y A. se deben respetar los vínculos familiares del niño, tanto como su educación, su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Atendiéndose además su opinión, como un asunto que le involucra en forma directa, debiéndose buscar igualmente el equilibrio que le asegure proseguir, en las mejores condiciones posibles, su condición de persona en proceso de desarrollo.**

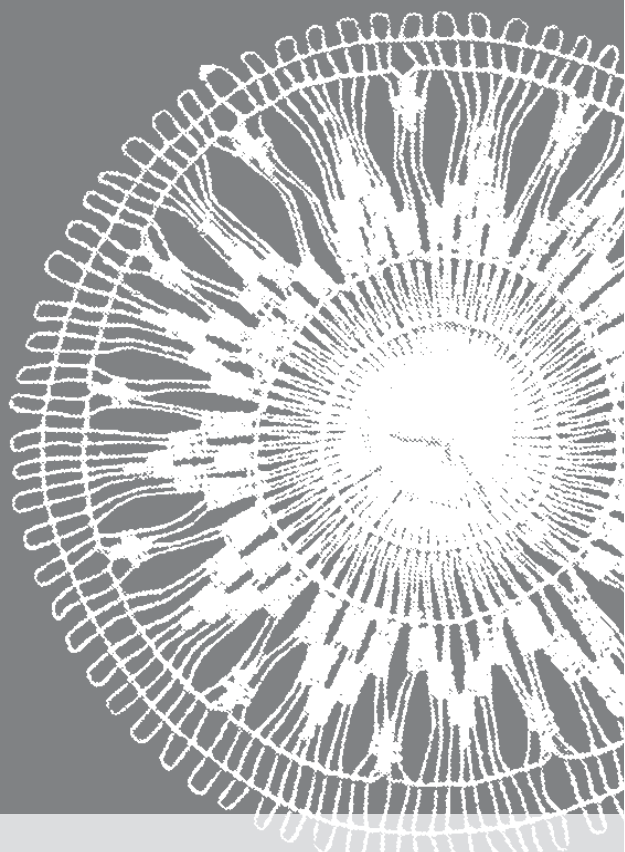




SERIE: INVESTIGACIONES JURÍDICO-PENALES

**EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER  
LEGAL ALIMENTARIO EN EL  
DERECHO PENAL PARAGUAYO**

JOSÉ AGUSTÍN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ





## ÍNDICE

Introducción .....	37
1. Breve reseña histórica.....	39
2. Alimentos. Concepto. ....	41
2.1. Características del derecho alimentario. ....	42
3. Régimen constitucional y legal de la prestación alimentaria y del incumplimiento del deber legal alimentario. ....	45
4. El incumplimiento del deber legal alimentario en el derecho penal paraguayo. Ubicación dentro del Código Penal. ...	47
5. Bien jurídico tutelado según nuestra ley penal. ....	48
6. Elementos objetivos del tipo legal: .....	49
a. Sujeto activo: Obligados según el Código Civil. ....	49
b. Sujeto pasivo. ....	49
c. ¿Acción u omisión ante este tipo de delitos? .....	50
7. Tipicidad subjetiva: Dolo y culpa. ....	51

8. Elementos objetivos según el Art. 225 inc. 1° del Código Penal: El empeoramiento de las condiciones de vida del alimentado. ....	51
9. Elementos objetivos según el Art. 225 inc. 2° del Código Penal: Convenio judicialmente aprobado ¿cómo se demuestra su incumplimiento? .....	51
10. Jurisdicción natural en materia de alimentos. ....	52
11. Breves comparaciones con las legislaciones alemana, española, argentina y costarricense. ....	53
12. Conclusión y redondeo del tema. ....	57
Bibliografía. ....	58

## INTRODUCCIÓN

El incumplimiento del deber legal alimentario es una figura jurídica novel. El Derecho Penal Paraguayo no lo contemplaba y recién con la entrada en vigencia del nuevo Código Penal Paraguayo, sancionado por Ley N° 1.160 del 26 de noviembre de 1997, se instituye esta figura de carácter penal, incorporándose así a nuestro sistema penal.

Indudablemente, la motivación fundamental de la penalización de esta conducta constituye la insatisfacción producida por el incumplimiento de las resoluciones o convenios judiciales en sus jurisdicciones naturales, a lo que se suma el hecho de la multiplicación en proporción geométrica de estos juicios como consecuencia de la situación económica por la que atraviesa nuestro país, que afecta fundamentalmente a la población que sólo cuenta con medianos o escasos recursos.

En el presente trabajo analizamos la novel figura, iniciando con una breve reseña histórica, partiendo ineludiblemente del concepto de alimentos y señalando sus características. Seguidamente, se efectúa un análisis de las disposiciones legales que comprenden dicha obligación, ahondando en los preceptos atinentes al incumplimiento del deber legal alimentario, especialmente en su aspecto punitivo, examinando cada uno de los elementos del hecho punible. También se efectúan algunas consideraciones en torno a la jurisdicción natural de la materia, culminando con breves menciones de destacadas legislaciones internacionales.

Desde luego resulta imposible abordar este tema en su totalidad, sin embargo, las ideas fundamentales se hallan esbozadas en este trabajo.



## 1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA.

El derecho alimentario ha sido instituido desde la antigüedad, derivado del parentesco y del matrimonio.

En el Derecho Griego, el padre estaba obligado a sostener y proporcionar educación a la prole. Entre los ascendientes existían obligaciones recíprocas de darse alimentos, a los descendientes correspondía darlos en prueba de reconocimiento y su deber solamente cesaba cuando el hijo no había recibido una educación conveniente, Cuando el padre propiciaba su prostitución o en los casos de que el nacido obligado fuera del producto de relaciones incestuosas.

El crédito alimentario tenía como fuente principal el parentesco, pero también se derivaba de la Institución del Matrimonio, pues en dichos contratos se hacían alusiones respecto de la obligación que el marido tenía para la mujer de proporcionarle alimento.

En el Derecho Romano, siendo como lo es el manantial de donde surge la generalidad de las Instituciones jurídicas, es indispensable conocer los antecedentes del crédito alimenticio.

En efecto, para los romanos tenía su fundamento en el parentesco y en el patronato, aunque tal derecho y obligación no se encontraba reglamentada expresamente, pues en la Ley de la Doce Tablas no se hacía comentario alguno sobre el particular ni en el Jus Quiritario.

El paterfamilias poseía el Jus Exponendi, mediante el cuál podía disponer de la vida de las personas que integraban su familia, tenía amplias facultades



sobre sus descendientes como para venderlos o darlos en prenda por deudas de carácter civil, etc., éstas facultades que el paterfamilias fue perdiendo como resultado de las intervenciones de Cónsules, cuando los hijos eran abandonados o se encontraban en la miseria, mientras sus padres disfrutaban de cuantiosa fortuna o viceversa.

Se tiene conocimiento que éste crédito por alimentos fue establecido en Roma por orden del Pretor a quién se le hacía intervenir en ésta materia, pues conforme a la Ley Natural para su validez los sancionaba.

Efectivamente, con anterioridad el Emperador Justiniano no se había tratado concretamente sobre la obligación y el crédito alimenticio, pues según Eugenio Petit solo fue bajo dicho Emperador y después de sus novelas 118 y 127 cuando surgió el derecho de familia; estableciéndose la obligación de proporcionarse alimentos entre ascendientes y descendientes y con relación a estos últimos se les concedía tal derecho, incluso a los hijos ilegítimos, siempre y cuando no fueran espurios o incestuosos.

En el Derecho Alemán, fraccionando localmente en sus orígenes y en estados o clases debido a que las tribus de bárbaros respetaban los ordenamientos jurídicos de los pueblos que conquistaban, se fue creando el problema de la personalidad de la Ley, y aunque más tarde se adoptó el principio de territorialidad, no era suficiente para reglamentar el comercio y el tráfico menos las tendencias generales de la época, que exigía un libre desenvolvimiento de la personalidad cuyo motivo hizo apremiante la necesidad de un derecho para toda Alemania.

Este Derecho como en el Romano reconocía la obligación alimentaria de carácter familiar derivada del parentesco y del matrimonio; pero además reglamentaba algunas situaciones jurídicas que excedían del Derecho Familiar, como la donación por alimentos; cuya fuente era la voluntad unilateral del donante, ésta señalaba expresamente que estaba sujeto a normas de carácter público por lo que se consideraba irrenunciable, establecía además la reciprocidad de la obligación entre los cónyuges, descendientes, ascendientes y entre el adoptante y el adoptado, así como otras reglamentaciones que más tarde se consagraron en el Código del Imperio Alemán de 1896.

El Derecho Canónico, regulaba las relaciones de la familia dentro de los miembros de la iglesia y de los clérigos, así como los bienes pertenecientes a la iglesia.

La obligación respecto a los alimentos se derivaba del matrimonio y del parentesco fundamentalmente, pero también la establecía por el parentesco espiritual que contrae el padrino y el ahijado al momento de entrar éste último por el sacramento del bautismo al seno de la iglesia católica.

Existían formas de obligaciones alimentarias extrafamiliares, como: la de alimentar a los pobres y miserables con el importe de las rentas que recibían las iglesias, proporcionar ayuda a los clérigos pobres y menores con pensiones que les eran señaladas, aunque ésta costumbre fue contraria a los fines que la Institución perseguía puesto que algunos clérigos ricos y poderosos también quisieron pensiones de tal manera que se llevaban consigo la totalidad de las rentas.

Otra forma de obligación extrafamiliar consistía en la que la iglesia tenía respecto de los patronos, estando únicamente obligada en éstos casos las fundadas hacia sus fundadores, siempre y cuando hubiesen llegado al grado de indigencia.

El Derecho de pedir alimentos y la obligación de prestarlos, en el ámbito familiar, han pasado al derecho moderno con los mismos fundamentos del derecho antiguo, substituyendo las invocaciones de orden religioso por razones de carácter jurídico consagradas en la Ley y aceptadas dentro del sistema general de ideas que inspiran el ordenamiento legal.

## **2. ALIMENTOS. CONCEPTOS.**

Los alimentos, en su acepción genérica, se constituyen en todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación y asistencia médica de todo ser humano.

Al hablar del ser humano, necesariamente debemos tener en cuenta que el mismo forma parte de una familia, y no todos los seres humanos tienen la

suficiente capacidad para proporcionarse alimentos por sí mismos, por lo que quienes inmediatamente conviven con él y pueden proporcionarle alimentos, deben prestárselos (papá y mamá, hermanos mayores, abuelos, tíos).

Los alimentos se requieren según la posición social de la familia, así, el nivel de vida que ostenta el alimentado, se constituye en un factor determinante para cuantificar y cualificar los alimentos que le deben ser proporcionados.

PERSONA ————— FAMILIA ————— SOCIEDAD

Por ello, al hablar de los alimentos en su aspecto jurídico, lo definimos como el derecho emergente del parentesco a recibir de quien está habilitado, todo lo necesario para su subsistencia, cuya obligatoriedad está definida por la ley.

### 2.1. Características del Derecho Alimentario.

Del análisis realizado sobre el derecho de percibir alimentos, es factible concretar la naturaleza jurídica de ésta institución, cuyas principales características surgen de la Constitución y de la ley, y son:

**a) Derecho personal:** Los alimentos, como ya se ha dicho tiene la finalidad de asegurar la existencia de una persona a la cual el crédito está circunscrito y si la ley establece la obligación para un deudor alimentista de ministrarlos a su acreedor en virtud del parentesco que los une, debe de considerárseles de naturaleza personal. Sobre esto, Manreza afirma refiriéndose a la obligación, que ésta es de naturaleza personal porque la ley la atribuye a personas determinadas en relación a las circunstancias de las mismas y a los lazos jurídicos que los liga con el titular del derecho. No obstante en lo que se refiere a las obligaciones, sus ideas son aplicadas al derecho de percibir alimentos, puesto que ambos gozan de la característica de reciprocidad.

**b) Derecho intransmisible:** El crédito alimenticio ésta provisto de una afectación especialísima, no tiene razón de ser, en tanto no recaiga sobre aquella persona cuya existencia deba asegurarse. Si su carácter eminentemente personal está derivado del derecho del alimentado, lógicamente es

intransmisible, porque los alimentos están relacionados con las necesidades individuales y propias del acreedor alimentista, por tanto sería injusto transmitir tal derecho porque el deudor no tendría obligación alguna para con la persona sustituta.

**c) Derecho irrenunciable:** Al acreedor le está prohibido renunciar al crédito alimenticio, porque sería atentar contra sí mismo, independientemente de que el Estado esté interesado en que los miembros de la familia se conserven y desarrollen en la forma más conveniente con el objeto de que cumplan las finalidades que tienen encomendadas, las que no podrían desempeñar ante la imposibilidad de satisfacer por sí mismos sus necesidades más elementales al renunciar por alguna causa al derecho de percibir alimentos.

**d) Derecho inembargable:** Pues si prescindimos de que la petición alimenticia es un derecho que tiene la persona para percibir alimentos cuando se encuentra en un estado de necesidad y si el disfrutar de esa pensión que se le ha asignado implica un medio para su subsistencia, el privársele de la misma mediante el embargo sería como condenarla a perecer por inanición. Dado que la deuda alimentaria tiene como fin satisfacer necesidades vitales, toda ministración sobre el particular debe de considerarse primero que cualquier derecho o reclamación, por tanto, las declaraciones que por alimentos se hagan, deben ser preferentes a toda deuda, pues de lo contrario sería sacrificar el derecho a la vida en aras de un interés secundario; es por ello que la norma jurídica protege ante todo derecho el de la pensión alimenticia.

**e) Derecho no susceptible de compensación ni transacción:** Se le ha dado tal carácter al crédito alimenticio por las razones que con anterioridad se han enumerado, concretando únicamente que la característica de que no es compensable es una protección mas que el legislador ha querido conferir a éste derecho para que el deudor alimentista no pueda oponer un crédito que el alimentado le adeude, por que en tal forma eludiría el cumplimiento de la obligación y no se cumpliría el fin para el que fue creada la institución de los alimentos. Para algunos tratadistas el derecho a percibir alimentos no es compensable por que el crédito que pudiera tener un obligado contra el acreedor alimentista de ninguna manera puede extinguirlo, pues exige una satisfacción sobre todas las cosas, ya que por lo contrario iría de por medio la vida de la persona.

**f) Derecho recíproco:** De los párrafos que anteceden se llega al conocimiento de que el acreedor alimentista está obligado también respecto de su deudor a otorgarle cuando éste caiga en estado de necesidad, una pensión alimenticia, todo ello en razón del parentesco o del matrimonio.

**g) Derecho divisible y mancomunado:** Éste existe cuando hay pluralidad de deudores, entre ellos se reparte la deuda mancomunadamente; por tanto, si uno o más carecen de solvencia económica deberán cumplir los que tengan capacidad.

Existen dos formas:

- Se puede pagar en diversas exhibiciones.
- Se puede pagar por varias personas.

**h) Derecho subsidiario:** Solamente puede exigirse de manera sucesiva y a falta de uno, entraran otros. Los primeros en cumplirla serán los padres, y así sucesivamente.

**i) Derecho proporcional:** La pensión alimenticia se va a regir de acuerdo a las necesidades del que va a recibir alimentos.

**j) Derecho indeterminado y variable:** No se puede determinar exactamente el gasto para la alimentación. La pensión alimenticia varía según las circunstancias que presente. En materia de alimentos NO HAY COSA JUZGADA, una sentencia se puede juzgar cuantas veces se requiera.

**k) Derecho imprescriptible:** Se libra uno de las obligaciones por el simple transcurrir del tiempo, adquiriéndose derechos. No importa el tiempo para pagar alimentos.

**l) Derecho asegurable:** El estado, a través de los órganos jurisdiccionales, procura garantizar el pago de alimentos mediante una pensión alimenticia provisional debiéndose decretar mediante dos formas:

1. Derecho: Mediante documentos que acreditan a esta para exigir alimentos.

2. Posibilidad del deudor: Debiendo demostrar el extremo económico para fijar la pensión alimenticia. El Juez deberá girar un oficio para el cumplimiento de la pensión alimenticia (para la pensión provisional).

### **3. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA PRESTACIÓN ALIMENTARIA Y DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO.**

La Constitución Nacional consagra a la familia como base y fundamento de la sociedad, estableciendo entre sus artículos 49 al 60, diversos derechos y obligaciones que como institución jurídica le corresponden, garantizándosele igualmente la plena protección del Estado.

En ese sentido, el Art. 53 de la C.N. consagra la prestación alimentaria debida por los padres a los hijos que estén en edad de ser alimentados, y de éstos mayores de edad a aquéllos que se hallen en estado de necesidad. La mencionada norma legal refiere: “...**DE LOS HIJOS**. *Los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Serán penados por la ley en caso de incumplimiento de sus deberes de asistencia alimentaria. Los hijos mayores de edad están obligados a prestar asistencia a sus padres en caso de necesidad...*”.

La prestación de alimentos está concebida entonces constitucionalmente como un instituto jurídico para dar solidez al instituto FAMILIA del cual es parte.

La Constitución Nacional establece expresamente que el incumplimiento del deber legal alimentario debe ser sancionado, así lo dispone en la disposición anotada y ella constituye asimismo una excepción a la no privación de libertad por deudas. En efecto, el Art. 13 de dicha norma dispone: “...**DE LA NO PRIVACIÓN DE LIBERTAD POR DEUDAS**. *No se admite la privación de libertad por deuda, salvo mandato de autoridad judicial competente dictado por incumplimiento de deberes alimentarios o como sustitución de multas o fianzas judiciales...*”. Le otorga entonces una efectiva protección a aquellos que padecen

de las consecuencias de la insolidaridad del obligado a las prestaciones alimenticias, que pueden ser padres o parientes según lo establecen la propia Constitución y la ley.

A su vez, el Código de la Niñez y la Adolescencia hace referencia a dicha obligación en los términos de sus artículos 97 y 98: “...**DE LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR ASISTENCIA ALIMENTICIA.** El padre y la madre del niño o adolescente, están obligados a proporcionarle alimentos suficientes y adecuados a su edad. La asistencia alimenticia incluye lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, asistencia médica y recreación del niño o adolescente...” “...**DE LA PRESTACIÓN OBLIGATORIA DE ASISTENCIA ALIMENTICIA A CARGO DE PARIENTES.** En caso de ausencia, incapacidad o falta de recursos económicos de los padres, deben prestar asistencia alimentaria las personas mencionadas en el artículo 4º de esta Ley y, subsidiariamente, el Estado...”.

El Art. 4º al que se refiere la normativa transcrita en el párrafo precedente, señala: “...**DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.** Los padres biológicos y adoptivos, o quienes tengan niños o adolescentes bajo su guarda o custodia, y las demás personas mencionadas en el artículo 258 del Código Civil, tienen la obligación de garantizar al niño o adolescente su desarrollo armónico e integral, y a protegerlo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso y la explotación. Cuando esta obligación no fuere cumplida, el Estado está obligado a cumplirla subsidiariamente...”.

El citado Art. 258 del Código Civil refiere: “...Están obligados recíprocamente a la prestación de alimentos, en el orden que sigue: a) los cónyuges; b) los padres y los hijos; c) los hermanos; d) los abuelos, y en su defecto, los ascendientes más próximos; y e) los suegros, el yerno y la nuera...”.

Entonces, se halla plenamente acreditada la legalidad del deber de proporcionar alimentos, en virtud de las normativas legales antes mencionadas.

#### **4. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO EN EL DERECHO PENAL PARAGUAYO. UBICACIÓN DENTRO DEL CÓDIGO PENAL.**

Esta figura aparece con el nuevo Código Penal Paraguayo. Ningún Código Penal anterior lo contemplaba, originándose su punición en el Derecho Penal Paraguayo a partir de la vigencia de la Ley penal actual. En la exposición de motivos del Código Penal no se hace ninguna mención principal de dicha figura, simplemente se la agrupa dentro de los hechos punibles contra la convivencia de las personas, previéndose inclusive en un principio su ubicación en el Art. 230 del Anteproyecto de ley.

El Código Penal Paraguayo le da la denominación o título de “INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL ALIMENTARIO” al delito en cuestión. Debe enfatizarse asimismo que a los efectos legales, debe clasificarse este hecho punible como delito, en razón de que la expectativa de pena máxima es de 5 años de pena privativa de libertad, adaptándose a la clasificación establecida en el Art. 13 del Código Penal que establece una distinción entre crímenes y delitos.

El delito de Incumplimiento del deber legal alimentario, se encuentra ubicado en el Libro II (Parte Especial) Título IV (Hechos punibles contra la convivencia de las personas) Capítulo I (Hechos punibles contra el estado civil, el matrimonio y la familia) Artículo 225: “...1° *El que incumpliera un deber legal alimentario y con ello produjera el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular, o lo hubiera producido de no haber cumplido otro con dicha prestación, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.*

*2° El que incumpliera un deber alimentario establecido en un convenio judicialmente aprobado o en una resolución judicial, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa...”.*

**INCUMPLIMIENTO:** Por que no se trata de efectuar una acción, sino de sustraerse a efectuarla.

**DEBER LEGAL ALIMENTARIO:** Porque el deber de proporcionar alimentos, en la forma y por las circunstancias que la ameriten, proviene de la Ley.



## PENAS

De hasta 2 (dos) años o multa, si se produce el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular.

De hasta 5 (cinco) años o multa, si media convenio judicialmente aprobado o resolución judicial.

## SUSPENSIÓN A PRUEBA DE LA EJECUCIÓN DE LA CONDENA.

### REGLAS DE CONDUCTA. (Art. 46 inc. 2º num. 5)

El Código Penal también contempla el cumplimiento de los deberes de manutención como una regla de conducta a ser aplicable, en caso de que proceda la suspensión condicional de la condena impuesta a quien no ha cumplido con dicho deber legal.

## **5. BIEN JURÍDICO TUTELADO SEGÚN NUESTRA LEY PENAL.**

El bien tutelado en el caso del delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar no es la persona física del sujeto pasivo, sino la institución de la familia a la que éste pertenece, en el entendimiento de que el derecho a recibir alimentos debe ser celosamente tutelado por la ley.

Por lo tanto, se considera a la familia como un bien jurídico de carácter supraindividual, de interés relevante a nivel social y por tanto, tutelado por nuestra ley penal en ese sentido. Las diversas acepciones de la familia son las siguientes:

Concepto amplio: Conjunto de personas con las cuales existe algún tipo de vínculo, ya sea de índole biológica o jurídica. Conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje.

Concepto restringido: Es la agrupación formada por el padre, la madre, y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad.

Concepto intermedio: Es el grupo social integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ellas.

Respecto al bien jurídico protegido, citamos las expresiones del jurista argentino Justo Laje Anaya, quien no ilustra con los siguientes argumentos: *“...lo que se quiere proteger, es la familia... El objeto de las infracciones reunidas o agrupadas bajo la expresión “incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”, pretende sólo un determinado y único aspecto, tal cual es la subsistencia material de quienes componen y estructuran un núcleo familiar... no sólo los padres e hijos forman una familia, sino que, aun sin mediar parentesco, es posible que una familia pueda hallarse constituida por los tutores y pupilos, por los curadores e incapaces, e incluso por el guardador y guardado...”*<sup>1</sup>.

## 6. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO LEGAL.

### a) Sujeto activo: Obligados según el Código Civil.

Para ilustrarnos mejor sobre las personas que están obligadas a prestar alimentos, traemos a colación el Art. 258 del Código Civil que reza: *“...Están obligados recíprocamente a la prestación de alimentos, en el orden que sigue: a) los cónyuges; b) los padres y los hijos; c) los hermanos; d) los abuelos, y en su defecto, los ascendientes más próximos; y e) los suegros, el yerno y la nuera...”*.

Entonces, el derecho a reclamar alimentos no se limita a los hijos menores de edad respecto de sus padres, sino también se extiende a éstos cuando lo necesiten de sus hijos mayores de edad, ampliando dicha obligación en forma recíproca entre cónyuges (aún cuando estén separados), hermanos y otros grados de parentesco.

**b) Sujeto pasivo:** Evidentemente, quien reviste la calidad de víctima ante este tipo de delitos, es la persona que tiene necesidad de recibir esos alimentos,

---

<sup>1</sup> LAJE ANAYA. Justo. Delitos contra la familia, Córdoba: Advocatus, 1997.

lo que se traduce en un estado de indigencia, insolvencia o imposibilidad que le impide la satisfacción de los requerimientos alimentarios por sí mismo. Se trata de una cuestión de hecho sujeta a la apreciación judicial.

En los casos de los hijos menores de edad, la calidad de sujeto pasivo no requiere de un estado de imposibilidad de procurarse alimentos por sí mismo, pues justamente la ley impone a los padres la obligación de alimentar a sus hijos menores de edad, como un deber acentuado en su sentido moral, es decir, por la naturaleza intrínseca del ser humano, por su calidad humana.

En el caso de los parientes, aunque el que solicita alimentos careciese de medios económicos, si está en condiciones de obtenerlos con su trabajo, no procederá fijar una cuota alimentaria. No interesa a la ley el motivo determinante que ha conducido al pariente que solicita los alimentos a su estado de indigencia, aún cuando se tratase de su prodigalidad anterior, gastos excesivos u otras circunstancias de mala administración. Sin embargo no puede convalidarse el ejercicio abusivo de este derecho.

### **c) ¿Acción u omisión ante este tipo de delitos?**

La comisión de este delito no se verifica mediante una acción, por lo que es de los llamados “delitos de comisión por omisión” en que el autor comete el delito, omitiendo cumplir con la obligación de prestar alimentos. El delito se configura sin necesidad de que haya mediado juicio de alimentos.

El afamado jurista Carlos Fontan Balestra, analiza las peculiaridades del tipo legal estudiado, refiriendo lo siguiente: “...*Modalidades de la acción. Por las modalidades de la acción, el delito presenta las siguientes características: a.) Se trata de una simple o pura omisión, porque su tipicidad resulta del incumplimiento de la norma que impone un deber de hacer. Por eso, no se comete delito si no existe el deber jurídico que obliga a la prestación, sea que nazca de la ley civil, como en los casos de padres, hijos y cónyuges, sea que resulte impuesto por la propia ley penal. b.) Es un delito de los denominados permanentes o continuos, porque la expresión verbal sustraerse a prestar (incumplir), que constituye el núcleo del tipo, permite que la acción se prolongue en el tiempo manteniendo sin variantes una situación típicamente antijurídica y culpable. c.) Es, por último, un delito de peligro abstracto, puesto que*

*la acción consiste en un puro omitir y no es preciso que se produzca un resultado concreto, que consistiría en el caso en crear un real estado de necesidad en la víctima...’’<sup>2</sup>.*

## **7. TIPICIDAD SUBJETIVA: DOLO Y CULPA.**

Si bien la mayoría de las fuentes doctrinales y jurisprudenciales descartan la posibilidad de la omisión culposa de la obligación de prestar alimentos, no se dar por inexistente dicha circunstancia. Consideramos plenamente viable la omisión culposa de dicho deber por actos u omisiones igualmente culposas, es decir, mediando imprudencia del obligado.

## **8. ELEMENTOS OBJETIVOS SEGÚN EL ART. 225 INC. 1º DEL CÓDIGO PENAL: EL EMPEORAMIENTO DE LAS CONDICIONES BÁSICAS DE VIDA DEL ALIMENTADO.**

Este inciso requiere necesariamente la realización de un resultado específico, el “empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular”. Ello constituye el desmejoramiento del sujeto pasivo, ya sea en su salud, en su condición física o psíquica, o en todo aquello indispensable para su sustento.

## **9. ELEMENTOS OBJETIVOS SEGÚN EL ART. 225 INC. 2º DEL CÓDIGO PENAL: CONVENIO JUDICIALMENTE APROBADO O RESOLUCIÓN JUDICIAL ¿CÓMO SE DEMUESTRA SU INCUMPLIMIENTO?**

Para garantizar la materialización del fallo judicial que impone la prestación alimentaria, la jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia emplea

---

<sup>2</sup> FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal Parte Especial, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1989.

un mecanismo que ha sido aceptado por la comunidad jurídica, el cual consiste en la habilitación de una cuenta corriente bancaria a nombre del juicio alimentario y a la orden del alimentado, donde se debe depositar las cuotas equivalentes al monto que fija el Juzgado en concepto de prestación de alimentos.

También la jurisprudencia ha aceptado que dichas cuotas deben ser abonadas “por mes adelantado y desde el inicio del juicio”, teniendo justamente en cuenta que el motivo del reclamo judicial constituye la falta de prestación por parte del obligado, por lo que se computa dicha prestación desde la fecha en que el demandante instauró la acción legal correspondiente.

Lo claro y categórico de una interpretación de la norma citada es que se requiere la existencia previa de una resolución judicial que puede devenir de un juicio ya sea de homologación de acuerdos sobre alimentos, lo cual implica un convenio de partes, o del juicio técnicamente denominado ASISTENCIA ALIMENTARIA. Lógicamente esto implica una notificación expresa al sujeto pasivo, es decir que esta sentencia debe quedar firme, no obstante, aún sin quedar firme, el monto establecido en Primera Instancia se mantiene incólume hasta tanto haya una resolución distinta del Superior.

El incumplimiento debe acreditarse en el juicio principal, mediante un informe correspondiente de la entidad en donde debe producirse el depósito respectivo.

## **10. JURISDICCIÓN NATURAL EN MATERIA DE ALIMENTOS.**

Al referirnos a la jurisdicción especializada de la Niñez y la Adolescencia y a la jurisdicción Civil como regentes madres de toda cuestión alimentaria, no pretendemos eludir una verdad innegable, cual es que la persecución del incumplimiento del deber legal alimentario compete exclusivamente al campo penal, por la punibilidad que representa la comisión de dicha omisión.

La mayoría de los casos, dicha manutención debe ser cumplida por disposición judicial recaída en el Fuero de la Niñez y la Adolescencia o en el

Fuero Civil, que dispone un pago en concepto de prestación alimentaria. Cabe reiterar que dicha figura se halla contemplada en el Código de la Niñez y la Adolescencia como una obligación esencial de los padres para con sus hijos menores de edad, estableciendo los mecanismos legales correspondientes para reclamar dicha prestación.

Así las cosas, siendo el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia la jurisdicción natural en materia de prestación alimentaria, corresponde a dicha jurisdicción la materialización de la misma, pues ella se halla facultada para imponer, disminuir o aumentar prestaciones pecuniarias en concepto de asistencia alimenticia, además, también todo lo concerniente a la ejecución de sentencias alimentarias a través del procedimiento respectivo, no siendo competencia del Juzgado de Ejecución Penal la fijación de montos, disminuciones o aumentos de suma monetarias en concepto de asistencia alimenticia. Similar postura debe mantenerse respecto a la jurisdicción civil.

En cuanto a la comparecencia ante la jurisdicción penal de la resolución judicial que ha resuelto imponer la prestación alimentaria, se debe exclusivamente a que la misma constituye un elemento objetivo del tipo legal, debiendo los órganos jurisdiccionales de este fuero, abstenerse de emitir juicios respecto a la ejecución de la citada resolución judicial. De lo contrario, se estaría elucubrando un caos jurídico ante la superposición de dos jurisdicciones en el mismo asunto jurídico.

## **11. BREVES COMPARACIONES CON LAS LEGISLACIONES ALEMANA, ESPAÑOLA, ARGENTINA Y COSTARRICENSE.**

A continuación se expondrán breves consideraciones respecto al hecho punible objeto de estudio, teniendo en cuenta sendas legislaciones internacionales que se refieren al tema.

**ALEMANIA:** Primeramente citamos la disposición contenida en el Código Penal Alemán, pilar de nuestro ordenamiento penal vigente.

Art. 170 b del Código Penal Alemán: **PERJUICIO DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS.**

I. El que se sustraiga de una obligación de alimentos legal, de modo que las necesidades del acreditado para recibir los alimentos peligren, o peligrasen sin la ayuda de otros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

II. El que esté obligado al mantenimiento de una embarazada y, de una forma reprochable, le escatime los alimentos produciendo con ello la interrupción del embarazo, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

VERBOS RECTORES: Sustraerse, escatimar.

Dicha legislación particulariza la situación de la mujer embarazada, quien como producto de la limitación de alimentos que le brinda el obligado, queda expuesta a la pérdida de la persona por nacer que lleva en el vientre.

**ESPAÑA: EL IMPAGO DE PRESTACIONES ACORDADAS JUDICIALMENTE.**

Art. 227.

1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.

2. Con la misma será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida en forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.

VERBO RECTOR: Dejar de pagar.

La legislación española prevé únicamente la hipótesis del incumplimiento sobre la base de la existencia de una resolución, *a contrario sensu* de la legislación

paraguaya, que establece la configuración del hecho punible aún sin mediar resolución judicial al respecto. (Art. 225 inc. 1° C.P.)

**ARGENTINA:** En materia alimentaria, el derecho positivo argentino cuenta con una ley especial, la Ley N° 13.944 que dispone en lo pertinente:

#### INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR

Art. 1°. Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de quinientos a dos mil pesos a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menos de dieciocho años, o de más si estuviere impedido.

Art. 2°. En las mismas penas del artículo anterior incurrirán en caso de sustraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia, aun sin mediar sentencia civil:

- a) el hijo, con respecto a los padres impedidos;
- b) el adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido; y el adoptado con respecto al adoptante impedido;
- c) el tutor, guardador o curador, con respecto al menor de dieciocho años o de más si estuviera impedido, o al incapaz, que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela;
- d) el cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa.

VERBO RECTOR: Sustraerse.

Debe destacarse la mención de las personas impedidas física o mentalmente, ya que ante esta circunstancia, la prestación alimentaria debe subsistir aunque se haya sobrepasado el límite de edad establecido.

**COSTA RICA:** Por su parte, el Código Penal de Costa Rica tipifica el delito en estudio bajo la siguiente construcción jurídica:



## **Art. 185: INCUMPLIMIENTO DEL DEBER ALIMENTARIO.**

Se impondrá prisión de un mes a dos años o una multa igual a la mitad del salario mínimo establecido por la Ley N° 7.337 del 5 de mayo de 1993, al padre, adoptante, tutor o guardador de un menor de dieciocho años o de una persona que no pueda valerse por sí misma, que deliberadamente, mediando o no sentencia civil, omita prestar los medios indispensables de subsistencia a los que está obligado. El juez podrá aumentar esa pena hasta en el doble, considerando las condiciones personales del autor, sus posibilidades económicas, los efectos y gravedad de la acción. La misma pena se les impondrá a los obligados a brindar alimentos. La responsabilidad del autor no queda excluida por el hecho de que otras personas hayan proveído medios de subsistencia. Igual pena se impondrá al hijo respecto de los padres desvalidos y al cónyuge respecto del otro cónyuge, separado o no, o divorciado cuando esté obligado, y al hermano respecto del hermano incapaz. (Así reformado por el artículo 69 de la Ley sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad N° 7.600 de 2 de mayo de 1996)

### **Incumplimiento agravado.**

El máximo de la pena prescrita en el artículo anterior se elevará un tercio cuando el autor, para eludir el cumplimiento de la obligación alimentaria, traspasare sus bienes a terceras personas, renunciare a su trabajo o empleare cualquier otro medio fraudulento.

**VERBOS RECTORES:** Omitir, traspasar, renunciar o emplear para eludir el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Esta disposición legal es amplia, considerando todos los aspectos legales concernientes a la medición penal.

En síntesis, del cotejo de nuestra legislación con las arrimadas de otros países, claramente se puede percibir que las mismas son más precisas, tal vez por su antigua puesta en vigencia, pero lo cierto y lo concreto es que ello obliga a un nuevo análisis de nuestras disposiciones legales en torno al tema.

## 12. CONCLUSIÓN Y REDONDEO DEL TEMA.

El incumplimiento del deber legal alimentario está teniendo un desarrollo desordenado en su aplicación, por lo que en este trabajo abordamos la fuente, porque ello nos dirige hacia la aplicación e integración correcta de la Ley, sobre la base de la comprensión cabal de la figura.

Existe actualmente un proceso de reforma penal y en ello debe contemplarse esta figura estableciéndose precisiones en su redacción y recogiendo principalmente previsiones más certeras y que no den lugar a incorrectas interpretaciones, tomando como base las legislaciones citadas precedentemente, como por ejemplo la española y la argentina, en las cuales la sanción penal tienen como base una sentencia judicial previa que impone prestación alimentaria.

Considero entonces que el inciso 1º del Art. 225 debe ser reestructurado y en un trabajo mucho más extenso abordaremos la casuística de la jurisprudencia en torno al tema y un proyecto de redacción.

## BIBLIOGRAFÍA.

LAJE ANAYA, Justo. Delitos contra la familia, Córdoba: Advocatus, 1997.

FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal Parte Especial, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1989.

BUOMPADRE, Jorge. Derecho Penal Parte Especial Tomo I, Avellaneda: Verlap S.A., 2003.

LUZÓN CUESTA, José María. Compendio de Derecho Penal Parte Especial, Madrid: Dykinson, 2004.

CORCOY VIDASOLO, Mirentxu y otros. Sistema de casos paráticos. Derecho Penal Parte Especial, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996.

RUBIANES, Jorge. Código Penal y su interpretación jurisprudencial Tomo 2.

EIRANOVA ENCINA, Emilio. Código Penal Alemán y Código Procesal Penal Alemán, Madrid y Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000.

CASAÑAS LEVI, José Fernando. Manual de Derecho Penal Parte General, Asunción: Intercontinental Editora, 2001.

Código Penal de la República del Paraguay.

Código de la Niñez y la Adolescencia.

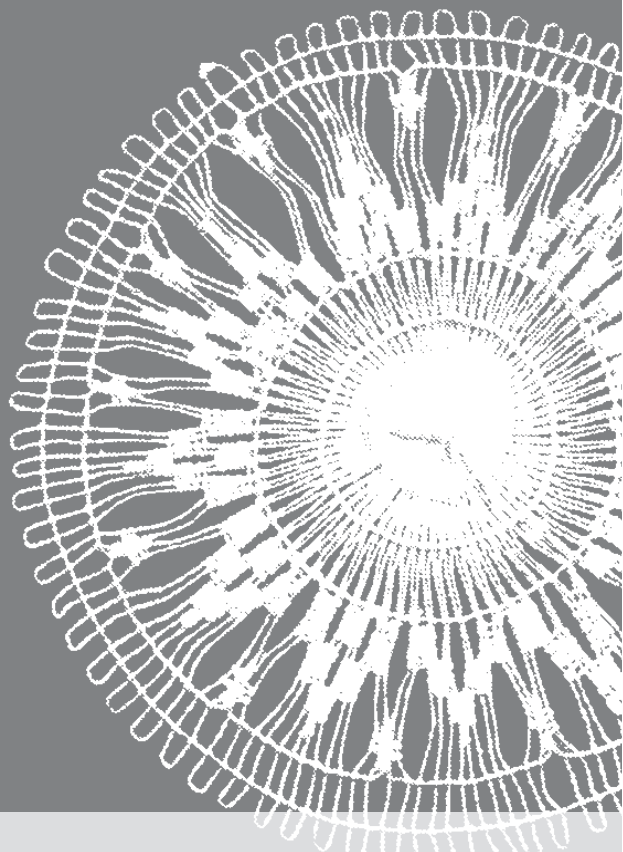
Código Civil Paraguayo.

Constitución Nacional de la República del Paraguay.

SERIE: INVESTIGACIONES JURÍDICO-PENALES

# DERECHOS DE LA MUJER

MARTHA ELIZABETH GARCETE SOSA





## ÍNDICE

Introducción .....	63
1. Desarrollo .....	65
2. Conclusiones y recomendaciones .....	75
Bibliografía .....	77



## INTRODUCCIÓN

La desigualdad entre mujeres y hombres y la opresión de género se han apoyado en mitos e ideologías dogmáticas que afirman que la diversidad entre hombres y mujeres encierra en sí misma la desigualdad, y que ésta última es natural, histórica y en consecuencia irremediable. Los movimientos sociales han insistido en la equidad, en que se reconozca que la desigualdad ha sido construida y no es natural, y en la necesidad de realizar acciones concretas para lograr la paridad entre hombres y mujeres.

Ser diferentes no significa ser inevitablemente desiguales. Por eso la diversidad y paridad son principios de ética política pos-moderna, plasmada en caminos y recursos que desde hace dos siglos se afanan en hacer realidad la equidad genérica. Solo sobre esa base democrática la humanidad se torna abarcadora, inclusiva y justa.

En la actualidad, después de la Cumbre Social y de la Conferencia Mundial sobre la Mujer, es posible comprobar científicamente la infelicidad de muchas mujeres que cumplen con roles y funciones de la manera mas adecuada, que lo tienen todo y viven sin embargo, deprimidas, irritadas e insatisfechas. Esta situación se agrava en las mujeres que poseen poco o nada y cuyas vidas están marcadas por el sometimiento, la carencia, el peligro y el daño, como por los deseos de cambio.

De acuerdo con un informe sobre Desarrollo Humano “de los 43 países que cuentan con datos (24 industrializados y 19 en desarrollo), ninguno de ellos ha mejorado el valor de su Índice de Desarrollo Humano, en lo que al



tema se refiere. La mayoría de los países tratan a sus mujeres peor que a sus hombres, lo cual es desatinado tras tantos años de lucha. Pero algunos países tienen un desempeño menos eficiente que otros, de modo que la diferencia se ahonda.

Si Amnistía Internacional y la ONU reconocen que ningún país trata a sus mujeres igual que a los hombres y que, a pesar de pactos internacionales tan importantes como los citados, la situación de las mujeres en el mundo se caracteriza mayoritariamente por la opresión, la explotación y el sufrimiento, significa que la influencia cultural de la ideología de la igualdad y de las acciones prácticas y positivas han sido insuficientes para remontar la desigualdad entre mujeres y hombres en la vida cotidiana y en las instituciones. Las políticas elaboradas y aplicadas con enfoques de género progresistas o feministas, tanto a nivel nacional como internacional, se abren paso con dificultad frente a políticas intencionalmente patriarcales que se oponen al avance e igualdad entre mujeres y hombres en el mundo.

No hay gobierno paritario en ningún país: el cogobierno entre mujeres y hombres no ha sido alcanzado en ningún sitio. Las iglesias y los partidos políticos, por ejemplo, son instituciones masculinas patriarcales.

El presente trabajo constituye un análisis de la situación fáctica y jurídica de la mujer en la actualidad, tanto a nivel nacional como internacional, con la elaboración de propuestas para el logro del respeto efectivo de la normativa nacional e internacional vigente en la materia, con el consecuente cumplimiento de los postulados de igualdad y justicia para todos los habitantes de la república, requisito indispensable para una vida digna.

## 1. DESARROLLO

Promover el conocimiento de los propios derechos de la mujer es de fundamental importancia, en la certeza de que conocer sus derechos y obligaciones es, para todo ser humano, requisito indispensable para vivir en sociedad.

En el caso particular de las mujeres, discriminadas social, económica y legalmente durante largos periodos de la historia, el acceso fácil a las leyes que hoy le garantizan igualdad de oportunidad y protejan a la familia, puede contribuir eficazmente al cumplimiento, en la práctica, de las disposiciones establecidas en los diferentes instrumentos jurídicos vigentes.

Desde que somos niños sabemos lo que no está permitido hacer: robar, matar, mentir. Manejamos principios y valores como el respeto a los demás; tenemos un sentido de la justicia y percibimos claramente que la sociedad nos exige que nos comportemos de cierta manera para ser aceptados.

Esas normas, que contienen principios y valores que sirven para establecer nuestras relaciones con los demás, conforman el derecho.

El derecho nos obliga a tener una conducta con respecto a las personas y también obliga a las otras personas a tener una conducta con respecto a nosotros. Por eso, cada norma es, a la vez, un derecho y una obligación.

El derecho es exigible y obligatorio, apela a nuestra propia conciencia y a la sociedad para que mantengamos una determinada conducta, pero también cuenta con un sistema para sancionarnos.

El sistema jurídico está establecido en la Constitución Nacional, y los tratados internacionales. Además, para diferentes áreas de interés, hay leyes que tratan específicamente cada posible situación.

Difundir el conocimiento de los derechos de la mujer y la familia en la mayor parte de los estratos sociales, procurando de esta forma un mayor y mejor cumplimiento de sus normas por parte de las autoridades competentes, para lograr así no sólo un claro mejoramiento de la calidad de vida de la mujer paraguaya, sino también de la familia y de la sociedad, de la que es un indiscutible sostén.

La Ley 1600/2000 contra la Violencia Doméstica constituyó un avance en el marco normativo imprescindible para garantizar los derechos humanos de las mujeres. Con esta ley el Estado paraguayo se puso al día en algunos de sus compromisos internacionales asumidos en 1995, con la ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Convención De Belén do Pará), concretamente en la obligación de legislar para proteger a las mujeres de la violencia de género.

El 8 de marzo del 2001, Día Internacional de la Mujer, el Poder Legislativo sancionó el Protocolo de la CEDAW (Ley 1683), que a tenor de los artículos 137 y 141 de la Constitución Nacional, pasa así a formar parte del ordenamiento jurídico paraguayo con rango cuasi-constitucional.

Este instrumento jurídico recoge dos tipos de mecanismos que, sin duda, habrán de contribuir notablemente en la protección de los derechos humanos de las mujeres: un procedimiento de presentación de denuncias individuales y un procedimiento de investigaciones que podrá llevar a cabo el Comité.

La violencia contra la mujer tiene sus raíces en la discriminación, “constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre”.

Aunque el Estado paraguayo está obligado, según el art. 8 de la Convención de Belén do Pará a “apoyar en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para, entre otras cosas garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente

sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios”, sigue siendo muy difícil conocer la magnitud del problema de la violencia de género en Paraguay porque la información al respecto sigue siendo insuficiente.

Por lo que respecta a las medidas de protección y tutela de los derechos de las mujeres víctimas de violencia, siguen siendo del todo insuficientes, sin que existan en Paraguay albergues donde puedan acudir las mujeres maltratadas.

Las víctimas de violencia doméstica provienen de todos los sectores, culturas, grupos de altos o bajos ingresos económicos, edades o religión. Según la Secretaría de la Mujer, en los últimos tiempos han aumentado considerablemente las denuncias de casos de violencia intrafamiliar contra mujeres.

Atendiendo únicamente a los hechos registrados por la prensa, en Paraguay continuamente mueren mujeres a manos de hombres relacionados sentimentalmente con ellas. Muy pocas víctimas se atreven a denunciar los hechos y prácticamente ninguna lo hace cuando la violencia sufrida es sexual, en parte porque ni ellas perciben estas agresiones como violación, en parte porque socialmente continúa siendo inconcebible que en una relación de pareja pueda llevarse a cabo ese delito.

Traspassando el umbral de lo doméstico, parece que la situación de las mujeres no mejora sustancialmente en cuanto a las garantías de poder vivir libres de la violencia de género.

La violencia física, psicológica y sexual sigue siendo un peligro que acecha a las mujeres en los centros educativos, lugares de trabajo y servicios de salud. Por otro lado, funcionarios y autoridades del Estado en ocasiones utilizan las prerrogativas de su función pública para discriminar y agredir a las mujeres.

El Estado paraguayo no dispone de programas ni políticas para la efectiva prevención y erradicación del abuso sexual infantil. En lo referente a la explotación sexual infantil (comercialización de niñas, niños y adolescentes

con fines sexuales), de las tres clases identificadas por las organizaciones no gubernamentales que trabajan en ese campo: la callejera, la causal y la realizada por personas adultas que regentan locales, únicamente respecto de ésta última interviene el Estado, y siempre sobre la base de denuncias.

La administración de justicia en Paraguay continúa en mayor proporción en manos de los varones. Actualmente, tras todo un logro, existe una mujer en la Corte Suprema de Justicia, la Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa, de los nueve miembros que la integran. El Consejo de la Magistratura, órgano a cuyo cargo se encuentra la selección de ternas para ocupar cargos de Magistratura judicial no cuenta con ninguna mujer, entre los ocho miembros que lo integran.

Según el Informe anual de la Comisión de Equidad, Género y Desarrollo Social de la Cámara de Senadores, la situación laboral de la mujer ha cambiado en cuanto a su intensidad y composición, pero persisten discriminaciones relacionadas con su género y con el no reconocimiento de los diversos papeles que desarrolla en la sociedad.

La doble jornada de las mujeres, es decir el trabajo dentro y fuera de la casa, no es valorado en toda su dimensión.

Por otro lado, las mujeres continúan percibiendo un salario desigual con respecto a los hombres. Cualquiera sea el nivel de instrucción que se evalúe, el promedio salarial de los hombres es mayor, situación que se mantiene tanto en función de la zona de residencia, como en los diferentes sectores económicos. Al analizar las ocupaciones que generan menos ingresos, se advierte que hay más mujeres que hombres en las mismas. Esto puede atribuirse en forma parcial a la mayor presencia femenina en el trabajo doméstico remunerado, que es una de las tres ocupaciones peor pagadas, junto con las de obreras privadas y el familiar remunerado.

Precisamente, el sector del trabajo doméstico es uno de los más desprotegidos y en el que menos se ha avanzado. Aún existe discriminación, que afecta principalmente a las mujeres, que son mayoría en este sector.

El mismo sistema educativo paraguayo sigue reproduciendo estereotipos sexuales de mujeres y hombres que fomentan la desigualdad entre los sexos.

La misma investigación de UNICEF advierte que “en el proceso de construcción de identidad de género, la escuela parece no ofrecer modelos alternativos al tradicional”. A pesar de los avances que desde una perspectiva de género se han conseguido en contenidos curriculares y textos escolares tras la Reforma Educativa, el sistema educativo paraguayo sigue reproduciendo estereotipos sexuales que fomentan la desigualdad entre los sexos, y que tendríamos que poner en relación con cuestiones tales como el número de mujeres que ocupan puestos profesionales y técnicos en el país, o con la discriminación salarial que sufren.

Con relación a nuestro tema, el Preámbulo de nuestra Constitución nacional vigente desde 1992 reconoce la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista y ratificando la soberanía e independencia nacionales.

La normativa constitucional se agrupa en dos partes. La primera se refiere a las Declaraciones fundamentales y a los derechos, deberes y garantías, y la segunda, al ordenamiento político de la República, que comprende los siguientes temas: De la Nación y el Estado, De la estructura y organización del Estado, Del Estado de Excepción, De la Reforma y Enmienda de la Constitución, De las disposiciones finales y transitorias.

De esta forma se observa que la primera parte tiene un contenido dogmático y la segunda un contenido orgánico.

En la parte dogmática se consagran expresamente los Derechos de la Mujer u de la familia, que han sido inspirados por acuerdos y progresos alcanzados a nivel internacional.

Así tenemos que nuestra ley fundamental consagra en su parte dogmática:

**“Art. 4: Del derecho a la vida.** El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y reputación...”

**“Art. 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”.

**Art. 47: De las garantías de la igualdad.** El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1- la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen;

2- la igualdad ante las leyes;

3- la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin mas requisitos que la idoneidad, y,

4- la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura”.

**Art. 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”.

**Art. 50: 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”.

**Art. 60: “De la protección contra la violencia.** El Estado promoverá políticas que tengan por objeto evitar la violencia en el ámbito familiar y otras causas que atenten contra su solidaridad”.

**Art. 86: “Del derecho al trabajo.** Todos los habitantes de la República tienen el 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”.

**Art. 88: “De la no discriminación.** No se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión, condición social y preferencias políticas o sindicales...”

**Art. 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”.

**Art. 92: “De la retribución del trabajo.** El trabajador tiene derecho 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 y móvil, 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”.

**Art. 115: “De las bases de la reforma agraria y del desarrollo rural.** La reforma agraria y el desarrollo rural se efectuarán de acuerdo con las siguientes bases: ...9- el apoyo a la mujer campesina, en especial a quien sea cabeza de familia; 10- la participación de la mujer campesina, en igualdad con el hombre, en los planes de la reforma agraria...”

**Art. 117: “De los derechos políticos.** Los ciudadanos, sin distinción de sexo, tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes, en la forma que determinen esta Constitución y las leyes. Se promoverá el acceso de la mujer a las funciones públicas”.

Entre los instrumentos legales internacionales que hacen al tema se encuentran: **La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)**. Proclama la igualdad de todos los seres humanos en su reconocimiento como personas, ante la ley, y la protección de la misma contra toda discriminación. Establece el derecho de todos a participar del gobierno de su país y el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.



*La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).* Es un Tratado a nivel regional (países americanos) que consagra la igualdad de todos los seres humanos en los mismos términos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

*La Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (1948).* También de alcance regional, trata sobre el derecho al voto y el derecho a ser elegida para un cargo nacional; expresa que estos derechos no deberán negarse o restringirse por razones de sexo.

*La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952).* Expresa que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”. Compromete a los Estados a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos.

*La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (1969).* Consagra el goce de los siguientes derechos y oportunidades para todos los ciudadanos: participación en los asuntos públicos, derecho a votar y a ser elegidos y acceso en condiciones de igualdad a la función pública.

*La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (1979).* Condena todas las formas de discriminación, pues considera que representan un “obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad”. En consecuencia, obliga a los Estados firmantes a:

- Consagrar en sus Constituciones nacionales y en sus legislaciones el principio de igualdad entre hombres y mujeres y asegurar su vigencia, sancionar la discriminación y garantizar por conducto de los Tribunales la ejecución de estas leyes.
- Derogar y modificar leyes (especialmente las disposiciones penales), reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.

- Modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, basados en la idea de superioridad o inferioridad de sexo.
- Considerar la maternidad como función social y la responsabilidad compartida de hombres y mujeres en la educación y el desarrollo de los hijos.
- No considerar discriminatorias las medidas que favorezcan a las mujeres que tengan por objeto acelerar la igualdad entre los géneros.
- Impulsar políticas de desarrollo, defender los recursos destinados a este sector y velar por la inclusión de todos los habitantes de esta sociedad, incorporando el criterio de equidad para evaluar la distribución de beneficios, la integración de la difusión de los valores de la democracia y los del sistema republicano de gobierno, en especial el de la representatividad, sobre todo, al tratarse de minorías.

*Conferencia Mundial de México (1975).* Plan de Acción Mundial para la consecución de los Objetivos del Año Internacional de la Mujer. En 1972 la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el año 1975 como año internacional de la mujer, para que durante el mismo se intensificaran las medidas encaminadas a promover la igualdad entre hombres y mujeres, asegurar la integración plena de las mujeres en los esfuerzos a favor del desarrollo, e incrementar la contribución de la mujer en el fortalecimiento de la paz mundial. El Plan de acción mundial para la consecución de los objetivos del Año Internacional de la Mujer, aprobado en la Conferencia Mundial celebrada en México, fue apoyado por la Asamblea General, proclamando el periodo 1976-1985 como decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, que se realizaría en Copenhague para examinar y evaluar los progresos realizados durante la primera mitad del Decenio.

*Conferencia Mundial de Copenhague (1980).* Programa de Acción para la Segunda Mitad del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, con el sub-tema: Empleo, salud y educación. Se realiza un examen pormenorizado de los obstáculos y se consensúan medidas para el avance de la mujer en su lucha por acceder a mayores espacios públicos. Se subraya, especialmente, la importancia de la participación de la mujer en el proceso de desarrollo, como agente u como beneficiaria, y se insta a adoptar

medidas para realizar transformaciones sociales y económicas profundas, con el propósito de eliminar los desequilibrios estructurales que acentúan y perpetúan las desventajas de la mujer en la sociedad.

*Conferencia Mundial de Nairobi (1985).* Se denominó Conferencia Mundial para el examen y la Evaluación de los logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer. Igualdad, Desarrollo y Paz. Se celebró en Nairobi, Kenya, del 15 al 26 de julio de 1985. Esta Conferencia impulsó las estrategias futuras para promover el avance de la mujer durante el periodo 1985-2000. Estas estrategias están basadas en los principios de igualdad que inspiraron los anteriores tratados y pactos internacionales. Las mismas reafirman la preocupación internacional por la situación de la mujer, aportan criterios estratégicos como marco para que la comunidad internacional promueva medidas para el progreso de ella y elimine la discriminación basada en el sexo. El fortalecimiento de las actividades encaminadas a integrar a la mujer en el proceso de desarrollo es uno de los principales mandatos de esta asamblea.

*Conferencia Mundial de Beijing (1996).* Se realizó del 4 al 15 de septiembre y, paralelamente, como parte del mismo proceso, se llevó a cabo el Foro Mundial de Organizaciones no Gubernamentales en Huairou, ciudad situada a 60 kilómetros de Beijing.

Lo acontecido en Beijing fue la culminación de un intenso proceso preparatorio a nivel nacional, regional y mundial.

En Paraguay se realizó un seminario para definir las Prioridades Nacionales; además, se integró una comisión tripartita, integrada por la Secretaría de la Mujer, la Coordinación de Mujeres del Paraguay y el Sistema de Naciones Unidas en Paraguay, responsable de la ejecución del proyecto resultante de la Conferencia Mundial.

El propósito de Beijing fue elaborar un programa mundial de igualdad, orientado a proteger los derechos humanos de la mujer, con independencia de sus características individuales de raza, etnia, edad, condición social, estado civil, religión y cultura.

*El Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer.* Año 1999, ratificado por el Paraguay por Ley 1683/01, contiene también importantes normas similares a las anteriores, tendientes a la erradicación de la discriminación contra la Mujer.

Una ley nacional de gran trascendencia para la mujer en el Paraguay es la Ley 1600/2000, que constituye un logro importante dentro del andamiaje jurídico paraguayo, pues deslegitima la violencia doméstica desde el poder formal. Promulgada el 6 de octubre de 2000, esta ley establece principalmente normas o medidas de protección urgentes para la mujer u otras personas que están expuestas a lesiones o maltratos diversos por parte del cónyuge, concubino u otro integrante del grupo familiar, las que serán ordenadas por el Juez de Paz del lugar del hecho.

Prescribe un procedimiento sumarisísimo u facilita las actuaciones judiciales, las que serán gratuitas, a partir de una denuncia sin formalidad especial que podrá incluso presentarse no solo ante el referido Juez sino también ante la Policía Nacional o algún Centro de Salud, instituciones que deben atender u auxiliar a las víctimas de violencia doméstica.

Además de ese rápido y eficaz procedimiento, esta Ley confiere a la Secretaría de la Mujer de la Presidencia de la República la tarea de realizar el seguimiento en la aplicación de esta normativa, divulgarla y promocionarla, asumiendo un importante rol en la defensa de cualquier persona que sufra violencia dentro del ámbito familiar, y muy especialmente de la mujer.

## **2. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

La Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y numerosas leyes en materia de derechos humanos proveen un marco para la igualdad y la no discriminación de mujeres y hombres. Sin embargo, y a pesar de los avances normativos que el país ha experimentado en los últimos años, persisten discriminaciones, que hasta la fecha siguen sin sanción legal.

Se hace necesaria la adopción de medidas concretas tendientes a hacer operativas las normas legales vigentes por medio de una adecuada reglamentación y una efectiva aplicación de las mismas.

También se requieren entre otras las siguientes medidas: Formulación de normas específicas que penalicen la discriminación por razones de género.

Cumplimiento de las obligaciones y compromisos internacionales, especialmente los relativos a la violencia contra la mujer.

Recopilación y análisis de la información pertinente y dotación de albergues transitorios para las mujeres que sufren violencia doméstica.

Seguimiento y evaluación de la aplicación Ley 1600/2000 por parte de la Secretaría de la Mujer de la Presidencia de la República, tal como prescribe el Art. 9 de la misma.

Asegurar el acceso al empleo en igualdad de condiciones y al pago de igual salario por igual trabajo.

Garantizar el acceso a servicios sanitarios integrales que atiendan las necesidades de las mujeres en salud sexual y reproductiva, sin ningún tipo de discriminación.

Sancionar la difusión de programas o anuncios publicitarios cuyos contenidos refuerzan estereotipos sexistas y fomentan la violencia de género.

Realizar campañas de concienciación de la población sobre la necesidad de erradicar todo tipo de discriminación de género.

Se requiere de una nueva cultura de género basada en la igualdad, la solidaridad y los valores éticos; una en la cual cada uno de nosotros aporte su grano de arena en la construcción de una sociedad mejor, solamente así podrá lograrse el bienestar general de sus integrantes.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Constitución Nacional del Paraguay. Año 1992.

Derechos Humanos en Paraguay. Año 2001. Coordinadora de Derechos Humanos en Paraguay.

Instrumentos legales que garantizan los derechos de la mujer y la familia en Paraguay. PROMUR/GES.

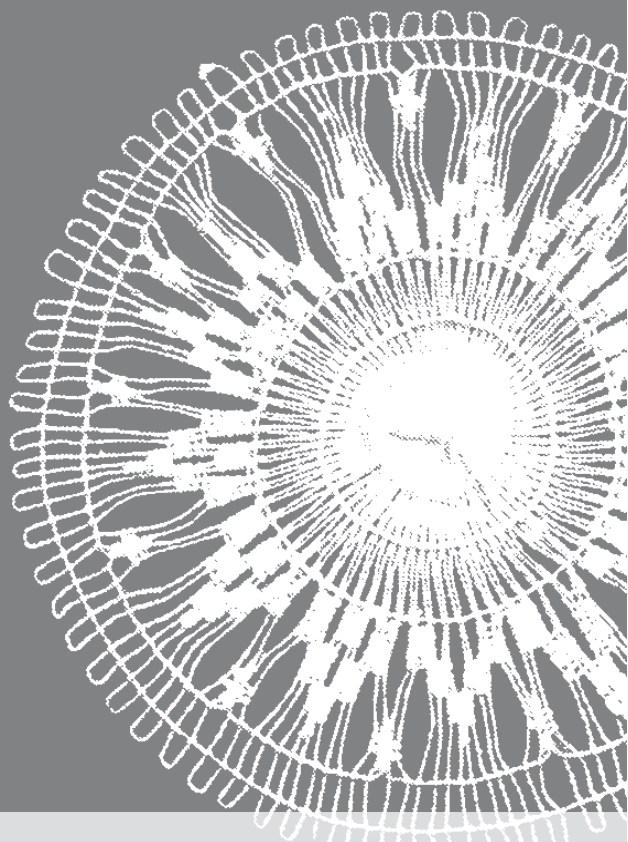
Instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos. Comisión de la Unión Europea.



SERIE: INVESTIGACIONES JURÍDICO-PENALES

**RESPONSABILIDAD PENAL DEL  
ADOLESCENTE EN LA LEGISLACIÓN  
NACIONAL Y COMPARADA**

MIRTHA GONZÁLEZ DE CABALLERO







## ÍNDICE

Introducción .....	17
1. Responsabilidad penal del adolescente. Análisis desde la perspectiva de la convención internacional de los Derechos del Niño en la legislación nacional y comparada. ....	85
2. Reformas legislativas adecuadas a la Convención .....	91
2.1. El Salvador .....	91
2.2. Honduras .....	92
2.3. Costa Rica .....	93
2.4. Nicaragua .....	94
2.5. Paraguay .....	95
3. Modificaciones que resaltar en las legislaciones comparadas. ....	96
3.1. Fijación de la edad para ser sujeto de la justicia penal de adolescentes. ....	96

3.2. Establecimiento de una amplia gama de sanciones entre las cuales las que implican privación de libertad. ....	97
3.3. Las garantías del debido proceso. ....	97
4. Conclusión. ....	98
Bibliografía.....	99

*“Vosotros sois el arco desde el que vuestros hijos,  
como flechas vivientes, son impulsados hacia lo lejos.  
El arquero es quien ve el blanco en la senda del infinito  
y os doblega con Su Poder para que Su flecha vaya veloz y lejana.”*  
EL PROFETA, Khalil Gibran

## INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente monografía es investigar como se establece la Responsabilidad Penal del Adolescente en la legislación nacional y comparada. Para ello se examinará la edad de imputabilidad y el sistema de sanciones, en las nuevas legislaciones penales juveniles posteriores a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en América Latina.

La finalidad apunta a obtener un panorama global de la justicia penal juvenil en la región. Se trata de una perspectiva que tiende a sustituir procedimientos inquisitivos, con sus características de ser escritas y con una prolongada etapa secreta de instrucción sumarial, por procedimientos acusatorios, orales públicos, con un afianzamiento de las garantías e introduciendo mecanismos para derivar algunos conflictos a vías de resolución no penales, introduciendo sanciones no privativas de libertad para delitos a los que hasta ahora solo se respondía con pena de prisión.

Las nuevas legislaciones, incluida la nuestra (Ley N° 1680/01), establecen un sistema de responsabilidad acorde con los principios derivados de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de los instrumentos internacionales específicos que la complementan: Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Justicia Juvenil, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para los menores privados de libertad y las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil.

Podríamos sintetizar la gran transformación que se produce en materia penal juvenil diciendo que se sustituye el tradicional “Derecho tutelar de menores” por un *Sistema de Responsabilidad*.

Actualmente, en Centroamérica todos los países han aprobado nuevas legislaciones con reformas substanciales cumpliendo con el compromiso asumido al ratificar la Convención, como ser: El Salvador (1994), Costa Rica (1996), Honduras (1995), Nicaragua (1998). El Salvador y Costa Rica, legislaron la materia penal juvenil en leyes específicas. El Paraguay, la ratificó en el año 1990, promulgándose el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia, en el año 2001, incorporándose en el Libro V, todo lo atinente a la Responsabilidad Penal del Adolescente. Básicamente en estos países se limitará el estudio del presente trabajo.

*“La historia de la infancia es una pesadilla de la que hace poco hemos empezado a despertarnos”.*

INNOCENT DIGEST,2 Niños y Violencia, UNICEF.

## **1. RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE. ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA.**

A modo de establecer una comparación entre la legislación nacional y la legislación comparada, haremos un análisis de los puntos esenciales de la justicia penal juvenil, con énfasis en lo referente a la edad en que se adquiere responsabilidad penal y las sanciones penales.

En materia de justicia penal juvenil la renovación de los sistemas comienza a producirse, de manera terminante, a partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

Una palabra clave para entender la receta contenida en la Convención, es **responsabilidad**.

La desvalorización de la que ha sido objeto históricamente el tema de los “menores” ha permitido por años que el mundo adulto no se hiciera cargo de ellos, irresponsablemente. La Convención propone en cambio que cada uno asuma la responsabilidad que le corresponde, en función de su edad, de su inserción social, de su lugar en el mundo. Principalmente y en relación con el mundo adulto, plantea las responsabilidades de la familia, de la comunidad y del Estado para hacer efectivos los derechos de niños y jóvenes. En relación con los adolescentes, plantea la responsabilidad por sus propios actos en un sistema especial: los menores de dieciocho años no son adultos, por lo tanto debe estar prohibido su ingreso al sistema penal general.

Ahora bien, ¿como construir un sistema de responsabilidad penal especial para personas menores de edad que no frustre el postulado de protección especial, proclamada en la Convención?

Los menores de dieciocho años son titulares de todos los derechos y garantías de los que es titular un mayor, más derechos y garantías específicas por la edad. De esa condición de sujeto de derechos se deriva la condición de sujeto de responsabilidad especial. La idea de responsabilidad en los adolescentes es central desde la perspectiva de su integración social, porque difícilmente alguien pueda constituirse como ciudadano pleno si no logra vincularse de alguna manera con sus actos y comprender el significado disvalioso que los delitos que comete tienen para la comunidad en la que vive.

Esa responsabilidad debe expresarse en un sistema de sanciones específicas, ampliamente diversificadas, centradas en la reparación del daño y en instalar al adolescente infractor al margen de la marginalidad. La privación de libertad en centros especializados para adolescentes, de estar prevista, solo puede aplicarse, por tiempo determinado y el más breve posible, luego de un juicio previo, requerido por la Constitución, a aquellos declarados responsables de delitos gravísimos, siempre que se demuestre que otra sanción es completamente inadecuada en el caso.

La legislación en la materia, en la que se tome en serio la cuestión de la protección especial, que históricamente solo sirvió para desconocer derechos a los considerados especiales, debe tener presente las diferentes edades que el grupo adolescente, implica. Sea que se fije el piso a los doce, a los trece o a los catorce años, el tiempo es una dimensión subjetiva si las hay y tiene una connotación particular en cada etapa de la vida. De manera que la ley debe estar atenta, cuando regula privar de libertad por un tiempo determinado a una persona menor de catorce o una de diecisiete años y fijar diferentes duraciones máximas para esta sanción. Del mismo modo, debe ser cuidadosa en este punto y autorizar que clase de delitos, por remisión al tipo penal y no al monto de la pena en abstracto ni al vago concepto de gravedad, autorizarían la aplicación de este tipo de sanción especial privativa de la libertad personal en centro especializado en cada franja etaria.

Un espacio propicio para la discusión en torno de la responsabilidad de todos los involucrados, en una situación problemática subsumible en un tipo penal, es el proceso. Una ley adecuada debe prever un procedimiento específico, flexible para admitir instancias de solución real del conflicto causado por el adolescente- tales como mediación o conciliación- pero no para desconocerle garantías fundamentales, tal como ocurría y ocurre con los procedimientos tutelares. El proceso puede y debe convertirse también en una oportunidad pedagógica porque el respeto de todas las garantías procesales tiene directo impacto en la subjetividad del adolescente involucrado en el conflicto así como en la comunidad a la que pertenece, por imperio del principio de publicidad.

La imputabilidad, derivada de la responsabilidad, tal como es modernamente entendida, representa una garantía para todas las personas, sean niños o adultos, que pone limite por aplicación de varios principios como culpabilidad por el acto, proporcionalidad, etc., a la reacción estatal coactiva representada por la pena. La imputabilidad como limite es una garantía de los sistemas penales de los Estados Democráticos de Derecho. Evidentemente, por razones fenomenológicas y normativas, los mas pequeños quedarán eximidos del sistema especial de responsabilidad y sanción, por lo que serán para el derecho inimputables *juris et de jure*. Los destinatarios del sistema, los jóvenes o adolescentes, serán tratados por el Estado como capaces de comprender y de querer, y de poder actuar conforme esa comprensión, en otras palabras, como personas. Será entonces así la inimputabilidad como incapacidad una defensa más, y no el estigma histórico que ha representado para los menores de edad, con la consecuencia directa de violación de derechos fundamentales.

En un sistema de responsabilidad penal juvenil, se parte del hecho de que los menores de 18 años y mayores de 14, tal como lo establece la Convención Internacional de los Derechos del Niño, no por merecer un tratamiento diverso del de los adultos dejan ser penalmente responsables. Sin embargo, atento a la necesidad de conciliar la severidad con la justicia, este sistema propone una gama diferenciada de respuestas según el tipo de delito, desde la mas leve – la amonestación – hasta la mas rigurosa – la privación de libertad – como medida excepcional, ultimo recurso y por el



menor tiempo posible. En este contexto y sin desconocer los enormes problemas de falta de información detallada confiable, es sabido que el grueso de los delitos cometidos por los adolescentes no constituyen delitos que prima facie justificarían la privación de libertad. Reparar el daño causado y prestar servicios a la comunidad, deberán organizarse como programas masivos de atención y rehabilitación del grupo de los infractores de la ley. Nunca más podrá utilizarse bajo dicho sistema la privación de libertad, ni como castigo anticipado, ni como forma reforzada de política social.

No es entonces la incapacidad de la infancia lo que justifica una respuesta penal diferenciada-excluyendo a todos los menores de 18 años del derecho penal de adultos y a los menores de 14 años de la responsabilidad penal en general, sino justamente el carácter progresivo de su autonomía tal como lo establece la Convención de los Derechos del Niño y el hecho de que un Estado civilizado debe dar respuestas racionalmente proporcionales a este tipo de situaciones.

Las medidas de los antiguos códigos de menores llamadas protectoras, objetivamente no eran otra cosa que penas disfrazadas sin los criterios de la proporcionalidad, ni mucho menos de la legalidad. Penas indeterminadas y medidas de seguridad sin los presupuestos de la certeza de la autoría, por hechos generalmente atípicos, resultaban rutina en el interés superior del menor.

Una evaluación general de los resultados de las leyes de menores muestra, que los mecanismos tutelares fueron incapaces de poner atajo a los desbordes del sistema punitivo, siendo objeto de severas críticas que afectaron su legitimidad jurídica por considerárselos contrarios a los principios constitucionales y sociales, porque con su funcionamiento contribuyeron a aumentar la marginalidad y el control penal encubierto de un sector de la infancia: “los menores en situación irregular”.

La Convención, toma un camino diferente. Este instrumento internacional reconoce que el sistema de garantías creado por el sistema penal, cuyos dispositivos mas importantes constituyen derechos fundamentales contenidos en las Constituciones e instrumentos internacionales de derechos humanos, es el mejor mecanismo para lograr controlar y limitar el poder punitivo del

Estado y que bajo ninguna consideración relativa al bien del niño, puede privarse a la infancia/ adolescencia de este conjunto de protecciones.

En consecuencia, para la Convención, el niño es titular de todas las garantías propias de los adultos, además de las complementarias relativas a los niños/adolescentes, para limitar la pretensión punitiva del Estado. Este reconocimiento se hace expresamente, reproduciendo los artículos 37 y 40 que estas garantías.

Se consagra así el Derecho Penal Juvenil, con las garantías propias del Derecho Penal, que encuentra sólidas bases doctrinarias y legislativas en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los adolescentes deben ser responsables penalmente, a partir de cierta edad, porque son sujetos de derecho. No se les pueden aplicar las mismas consecuencias que a los adultos, pues no tienen el mismo grado de madurez, pero pueden recibir sanciones alternativas o incluso de privación de libertad en casos muy graves. Pero siempre luego de un proceso que respete las garantías que derivan de la condición de sujeto. Lo inconcebible a esta altura de la civilización es que se considere a los adolescentes como objetos, a los que hay que “tutelar preventivamente” de lo que se dice que hacen o sufren, a través de decisiones que solo tiene sustento en el capricho o la arbitrariedad de un funcionario estatal.

En cualquier caso, por acción u omisión el debate sobre la responsabilidad penal de los adolescentes, posee indudablemente un carácter contaminante negativo sobre el conjunto de las políticas sociales para la infancia. La historia y la experiencia abundan en ejemplos que muestran que la falta de respuestas adecuadas en este campo acaba comprometiendo negativamente el resto de las políticas sociales.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño devuelve a las personas menores de edad iniciativa, autonomía y responsabilidad. Si no lo hace explícitamente, por lo menos así ha sido leída en América Latina donde, la mayor parte de los países, con mayores o menores aciertos, están implementando un programa con las características sucintamente descriptas,

que no puede plantearse sin una precisa redefinición de las políticas públicas que hagan efectivos todos los derechos de todos los niños y adolescentes.

En suma podemos decir que el Sistema de Responsabilidad de la Justicia Penal Juvenil adoptado por la Convención, tiene las siguientes características:

- Reconoce que los niños, las niñas y los adolescentes son sujetos de Derecho en etapa de desarrollo (Autonomía Progresiva), lo que significa admitir que van adquiriendo paulatinamente responsabilidades de tipo jurídico y que por lo tanto a partir de determinada edad (la adolescencia) se hacen responsables frente al sistema penal de distinta manera que los adultos, mediante una normativa específica.

- Trata de evitar el procesamiento o el enjuiciamiento de los adolescentes, y prevé opciones para no iniciarlo, suspenderlo o finalizarlo anticipadamente.

- Establece una gama de sanciones, entre las cuales la privativa de libertad adquiere el carácter de excepcional reservada para los delitos más graves y siempre que no sea posible aplicar una sanción diferente.

- Establece las garantías del debido proceso sustancial y formal de los adultos, más las garantías específicas para los adolescentes.

- Crea una nueva justicia especializada.

Las citas extractadas a continuación hacen justamente hincapié a la palabra *responsabilidad* que implica capacidad y se traduce en sujeto de derechos, paradigma de la Doctrina de la Protección Integral, reconocida y consagrada a partir de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, lo cual motivó la reforma legislativa de América Latina, a partir de su ratificación.

“La aplicación de un régimen penal para los adolescentes ha permitido, junto al reconocimiento de su **capacidad para responder** ante la justicia, la transformación de un sistema punitivo, arbitrario y negador de derechos, a uno de derecho penal democrático en el que tienen plena vigencia las garantías penales y procesales básicas de un Estado de Derecho para todos los individuos, incluidas las personas menores de edad”.

(Esmeralda Arosemena de Troitiño –Magistrada de la Corte Suprema de Justicia de Panamá).

“Una buena escuela no condena a los díscolos a la ignorancia. Apela a la ciencia educativa para recuperarlos para el conocimiento transformador. De manera análoga, una sociedad justa no condena a sus adolescentes en conflicto con la ley, a serlo para siempre. Por el contrario, procura recuperar su noción de **responsabilidad** y de respeto al derecho de los demás. Este es el sentido del sistema de responsabilidad penal juvenil contenido en los artículos 37 y 40 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.”(*Jorge Rivera, Representante de UNICEF en Argentina*).

## 2. REFORMAS LEGISLATIVAS ADECUADAS A LA CONVENCIÓN.

En Centroamérica y en otros países de América Latina se han realizado grandes avances de los procesos legislativos en materia penal juvenil, principalmente en El Salvador, Honduras, Costa Rica y Nicaragua, así como ha ocurrido también en el Paraguay.

### 2.1. EL SALVADOR

Representa la primera reforma que se limitó al tema de las personas menores de dieciocho años, imputadas de una infracción penal dirigida a adecuar el derecho interno del país a la Convención. La Ley del Menor Infractor entró en vigencia el 1° de octubre de 1994. En ella se crea un régimen jurídico especial para las personas menores de edad que cometen delitos o faltas.

**a. Sujetos de la legislación especial – Edad de responsabilidad:** Son sujetos de esa legislación especial **las personas mayores de 12 años y menores de 18. Establece diferenciación entre los 12 y los 16 años para efecto de la aplicación de la sanción de privación de libertad.**

**b. Sistema de sanciones:** Establece una gama de sanciones penales (art.8), medidas entre las cuales la privativa de libertad, llamada internamiento

adquiere el carácter de excepcional. En principio ninguna medida puede tener una duración mayor cinco años (art.17 primer párrafo) estableciendo un mecanismo para la fijación de la misma cuando se trata de delitos cometidos por adolescentes mayores de dieciséis años en cuyo caso, el Juez puede ordenar el internamiento hasta por un término cuyo mínimo y máximo serán la mitad de los establecido como pena de privación de libertad en la legislación penal respecto de cada delito pero que en ningún casos podrá exceder de siete años.

## 2.2. HONDURAS

La materia está regulada el Código de la Niñez y la Adolescencia vigente desde el 5 de setiembre de 1996 en el Título denominado DE LOS NIÑOS INFRACTORES DE LA LEY. En él se indica que los niños no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria o común y sólo podrá deducírseles la responsabilidad prevista en ese cuerpo normativo por las acciones y omisiones ilícitas que realicen.

**a. Sujetos de la legislación especial – Edad de responsabilidad:** Son sujetos de esa legislación especial los **mayores de doce años de edad y menores de dieciocho**. Los menores de 12 no delinquen y en caso de que cometan un infracción solo se les brindará la protección especial que su caso requiera.

**b. Sistema de sanciones:** Establece una gama de sanciones penales (art.188), entre las cuales la privativa de libertad adquiere el carácter de excepcional y debe ser impuesta cuando: se trate de delitos que hayan producido daño a la vida de una persona o consistan en amenazas o graves violencias contra otras personas; la acción u omisión haya implicado reincidencia o habitualidad en la comisión de infracciones; el niño haya rechazado expresa, reiterada e injustificadamente el cumplimiento de otras medidas o sanciones impuestas por la autoridad competente; o exista peligro de fuga u obstrucción de la investigación. **La medida de internamiento no podrá exceder de ocho años y sus efectos deberán ser evaluados cada seis meses.**

### 2.3. COSTA RICA

Un nuevo modelo de responsabilidad para los adolescentes fue instaurado en Costa Rica a partir de la puesta en vigencia de la *LEY PENAL JUVENIL*, N° 7.576 del 1° de mayo de 1996.

**a. Sujetos de la legislación especial – Edad de responsabilidad penal:** Son sujetos de la ley penal juvenil todas las personas que tengan una edad comprendida entre los doce y dieciocho años de edad al momento de la comisión de un hecho tipificado en el Código Penal como delito o contravención en el Código Penal como delito o contravención en el Código Penal o leyes especiales (art. 1). **La ley diferencia, para varios efectos, la franja entre 12 y 15 ; 16 a 18 no cumplidos.**

**b. Sistema de sanciones:** Establece tres tipos de sanciones (art.121), que denomina:

- a) Ordenes de orientación y supervisión.
- b) Sanciones socio-educativas.
- c) Sanciones privativas de libertad.

La sanción de internamiento en centro especializado y las sanciones privativas de libertad, es de carácter excepcional reservada para los delitos más graves y siempre que no sea posible aplicar una sanción diferente (art.131). También puede aplicarse por el incumplimiento injustificado de las sanciones socio-educativas o las ordenes de orientación impuestas. Los delitos mas graves para la Ley Penal Juvenil son los dolosos sancionados para las personas mayores de edad en el Código Penal o en las leyes especiales con pena de prisión superior a seis años.

El periodo máximo de duración de la medida de internamiento será de quince años para los adolescentes entre 15 y 18 y de diez años para los adolescentes entre 12 y 15 años.

## 2.4. NICARAGUA

Nicaragua aprueba un Código Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia Ley N° 287 el 24 de marzo de 1998 y cuya vigencia fue prevista a partir de ciento ochenta días a partir de su publicación, la que se realizó el 1° de junio de ese año.

El Código dedica el Libro III SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA al tema de la justicia penal del adolescente.

**a. Sujetos de la legislación especial – Edad de responsabilidad penal:** Son sujetos de la ley penal juvenil todas las personas que tengan una edad comprendida entre los trece años y dieciocho no cumplidos al momento de la comisión de un hecho tipificado en el Código penal o leyes penales especiales como delito o falta. **Diferencia, para varios efectos, la franja entre trece y quince años de la de quince a dieciocho años (art.95).**

**b. Sistema de sanciones:** Establece tres tipos de sanciones (art.195).

- a. Medidas socio-educativas.
- b. Medidas de orientación y supervisión.
- c. Medidas privativas de libertad.

La medida de privación de libertad es de carácter excepcional (art.202) y sólo procede cuando el adolescente, cometa cualquiera de los siguientes delitos (art.203):

- Asesinato atroz.
- Asesinato.
- Homicidio doloso.
- Infanticidio.
- Parricidio.

- Lesiones graves.
- Violación.
- Abusos deshonestos.
- Rapto.
- Robo.
- Tráfico de drogas.
- Incendio y otros estragos.
- Envenenamiento o adulteración de agua potable, bebidas comestibles o sustancias medicinales.
- Cuando haya incumplido injustificadamente las medidas socio-educativas o las ordenes de orientación y supervisión impuestas. En este último caso la privación de libertad tendrá un máximo de tres meses.

La medida de privación de libertad no puede aplicarse a adolescentes menores de quince años (art. 95).

El juez puede ordenar la privación de libertad partiendo del mínimo establecido como pena de privación de libertad en la legislación penal respecto de cada delito, pero en ningún caso la medida puede exceder de seis años (art.202).

## **2.5. PARAGUAY**

El Código de la Niñez y la Adolescencia, fue promulgado por ley N° 1680/01, adecuando íntegramente a la luz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

El Código dedica el Libro V .DE LAS INFRACCIONES A LA LEY PENAL, al tema de la justicia penal del adolescente.



**a. Sujetos de la legislación especial – Edad de responsabilidad penal:**

A los efectos de la presente ley son sujetos de **responsabilidad penal los adolescentes comprendidos entre los 14 años de edad hasta los 17 años**, que hayan cometido una infracción que la legislación ordinaria castigue con una sanción penal. La condición de adolescente debe darse al momento de la realización del hecho y la aplicación del Código Penal y Procesal Penal, son de aplicación subsidiaria, toda vez que la especial no disponga algo distinto.

**b. Sistema de sanciones:**

a. Medidas de vigilancia, mejoramiento y de seguridad (art.198).

b. Medidas socio-educativas.(art.200).

c. Medidas de protección y apoyo (art.202).

d. Medidas correccionales (art.203).

e. Medidas privativas de libertad. (art.206).

La medida de privación de libertad es de carácter excepcional y tendrá una duración mínima de 6 meses y un máximo de 8 años.(art. 207).

### **3. MODIFICACIONES PARA RESALTAR EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y NACIONAL**

#### **3.1. Fijación de la edad para ser sujeto de la justicia penal de adolescentes.**

Las legislaciones abordadas han fijado la edad mínima para entrar en la justicia penal especial de los adolescentes a partir de los 12 años salvo el caso de **Nicaragua** que la fija en los 13 cumplidos y **Paraguay** a los 14 años de edad. Para ser sujeto del Derecho Penal de Adultos, todas a partir de los 18 años.

Diferencian dos franjas etáreas entre los 12 y los 18 años (de 12 a 15 y 16 a 18), para la aplicación de algunas disposiciones procesales y también para la fijación del término de internamiento. Salvo Honduras y Paraguay.

### **3.2. Establecimiento de una amplia gama de sanciones entre las cuales las que implican privación de libertad son de aplicación excepcional.**

En lo referente a la excepcionalidad de la privación como sanción las legislaciones difieren en el establecimiento de mecanismos que hagan realidad este principio.

En el caso del **Salvador, así como la del Paraguay**, la ley indica el carácter excepcional de la misma pero no contiene una disposición que limite su imposición para determinado tipo de delitos.

La legislación **hondureña** posibilita la aplicación de la sanción privativa de libertad cuando se trate de delitos contra la vida, o delitos que impliquen violencia grave contra las personas, así como el incumplimiento injustificado y reiterado de sanciones no privativas de libertad y por la reincidencia y habitualidad en la comisión de delitos.

**Costa Rica y Nicaragua** incorporaron disposiciones más específicas para limitar el uso de la privación de la libertad, en el caso de Costa Rica estableciendo que no procede este tipo de sanción en los delitos sancionados en el Código Penal con penas inferiores a los 6 años. y **en el caso de Nicaragua, haciendo un listado de delitos a los cuales corresponde la privación de libertad, lo que parece ser el mecanismo más seguro para garantizar la excepcionalidad de la aplicación de este tipo de sanción.**

Además, en la legislación Nicaragüense no procede la privación de libertad cuando se trata de personas menores de quince años.

### **3.3. Las garantías del debido proceso.**

Tanto la legislación nacional como la comparada, han incorporado los principios del debido proceso y establecen las garantías específicas del Derecho Penal especial para los adolescentes.

#### 4. CONCLUSIÓN:

En América Latina la doctrina se ha pronunciado a favor del diseño de sistemas que se han llamado de Responsabilidad Penal Juvenil (o adolescente) y que plasman tales elementos mínimos, apuntando a una comprensión del uso del instrumento penal como *ultima ratio* que se expresa en una postura político criminal cercana a la del derecho penal mínimo. Se trata no solo de sistemas garantistas, sino también de sistemas que contemplan múltiples alternativas a la privación de libertad, como a la sanción e incluso al enjuiciamiento.

Del análisis comparativo de la legislación vigente destacada precedentemente, lo más relevante resulta en primer lugar que todos han determinado la edad mínima de imputabilidad (12,13 14) abarcando dicha responsabilidad penal del adolescente hasta los 17 o 18 años incompleto, limitando así la intervención del Estado, para los adolescentes, quedando fuera de dicho ámbito, los niños, denominados inimputables.. En segundo lugar, que han consagrado el carácter excepcional de la medida privativa de libertad y que incluso algunos países enumeran taxativamente los hechos punibles que si permiten la aplicación de la misma. Esta especificidad a mi modo de ver resulta por demás plausible, porque no deja a la discrecionalidad del Juez la adopción de la medida más gravosa, sustentado en el debido proceso.

Sin embargo, haciendo el paralelismo con la nuestra, no ocurre lo mismo, ya el legislador le ha otorgado al Juez amplias facultades discrecionales para la adopción de la medida privativa de libertad, como consecuencia de un hecho punible cometido por un adolescente, en virtud a lo estatuido en el Art. 196 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Podemos afirmar entonces, de que el Sistema de Responsabilidad Penal de Adolescentes, se encuentra en formación, pues la aprobación de la ley, que es de por si un avance importante, requiere del acompañamiento de una estructura judicial sensible al cambio de orientación en materia de protección de la infancia. Los pasos que se han venido dando van en la dirección correcta, pues el proceso de implementación se ha desarrollado en forma gradual y sostenida. La óptima eficiencia del **Sistema de Responsabilidad Penal**

únicamente se logrará cuando no sólo los jueces y fiscales conozcan la ley y sepan aplicarla, sino cuando la sociedad acoja sus principios y madure una comprensión de la causa del fenómeno de la delincuencia en los adolescentes.

Asegurar una protección real de los derechos de todos los niños y conciliar el difícil equilibrio entre el derecho de la sociedad a su seguridad colectiva con el derecho de todos al respeto riguroso de sus libertades individuales, seguirá siendo un enorme desafío.

Abrigo la esperanza de que este ensayo, alcance su meta final, cual es la actualización del tema de la Justicia Penal Juvenil, en la legislación nacional como en la comparada, y que sirva de interés y motivación necesaria, para darle aplicación en la verdadera dimensión que ella persigue.

## **BIBLIOGRAFÍA**

CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Ley N° 57/90.

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Ley N° 1680/01.

LEGISLACIÓN DE MENORES EN EL SIGLO XXI. Escuela Judicial – Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999.

DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. CONAMAJ, ESCUELA JUDICIAL, UNICEF, COSTA RICA 2001.

GARCÍA Méndez, Emilio. INFANCIA Y DEMOCRACIA EN LA ARGENTINA. La cuestión de la responsabilidad penal de los adolescentes. Fundación SUR – Argentina.

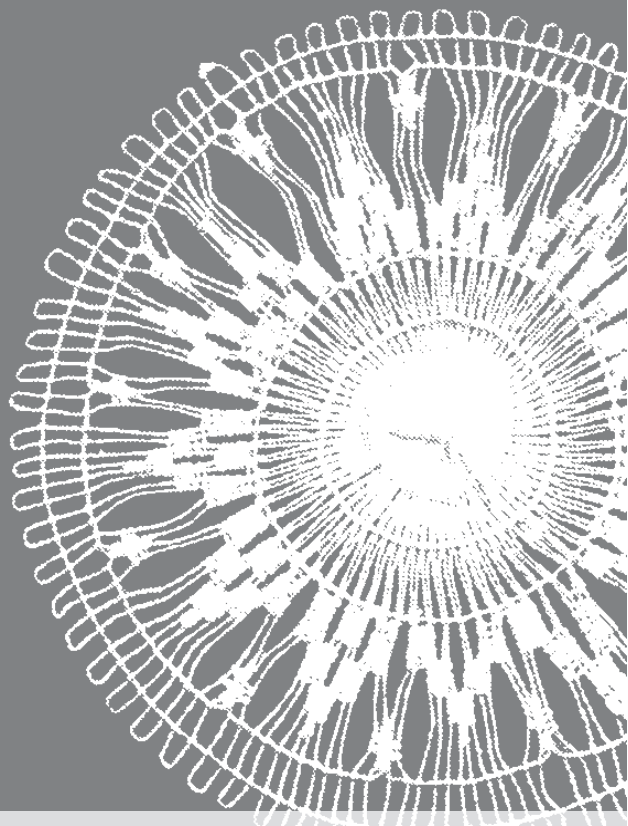
García Méndez, Emilio y Bellof, Mary. INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA, Santa Fe de Bogota, Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998.



SERIE: INVESTIGACIONES JURÍDICO-PENALES

# LA TENTATIVA. BREVE ANÁLISIS DE SUS FORMAS EN EL DERECHO PENAL PARAGUAYO

JORGE MARIO LEBEDICH SICHIK





## ÍNDICE

Introducción .....	105
<b>CAPÍTULO I</b>	
La penalidad de la tentativa .....	107
1. Teorías sobre el fundamento de su punibilidad .....	109
2. La penalidad de la tentativa en el Código Penal Paraguayo .....	111
<b>CAPÍTULO II</b>	
Las formas de la tentativa .....	115
1. La tentativa acabada e inacabada .....	117
2. La tentativa en el Código Penal Paraguayo .....	119
Conclusión .....	121
Bibliografía .....	123





## INTRODUCCIÓN

El derecho germano conocía sólo algunos casos especiales de tentativa: el acechar y el desvainar la espada. La Carolina ofrecía una definición general de la tentativa que fue dominante hasta entrado el siglo XIX, según la cual el fundamento de la pena era la voluntad criminal del autor. Para la doctrina antigua, el merecimiento de la pena de la tentativa se encuentra solo en la puesta en peligro del objeto de la acción protegido por el tipo (teoría objetiva); para la doctrina actualmente dominante, la razón de la pena de la tentativa es la voluntad contraria al derecho puesta en acción por parte del sujeto (teoría subjetiva) y para la teoría ecléctica, el fundamento de la punición de la tentativa, es la voluntad contraria a una norma de conducta, pero solo cuando la exteriorización de esa voluntad pueda perturbar profundamente la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico, así como el sentimiento de seguridad jurídica y con ello, menoscabar la paz jurídica.

La tentativa, durante el curso de su evolución, ha adquirido diversos matices y formas, a través del análisis por parte de estudiosos del derecho penal, hasta llegar a sus modalidades más conocidas, tentativa acabada e inacabada.

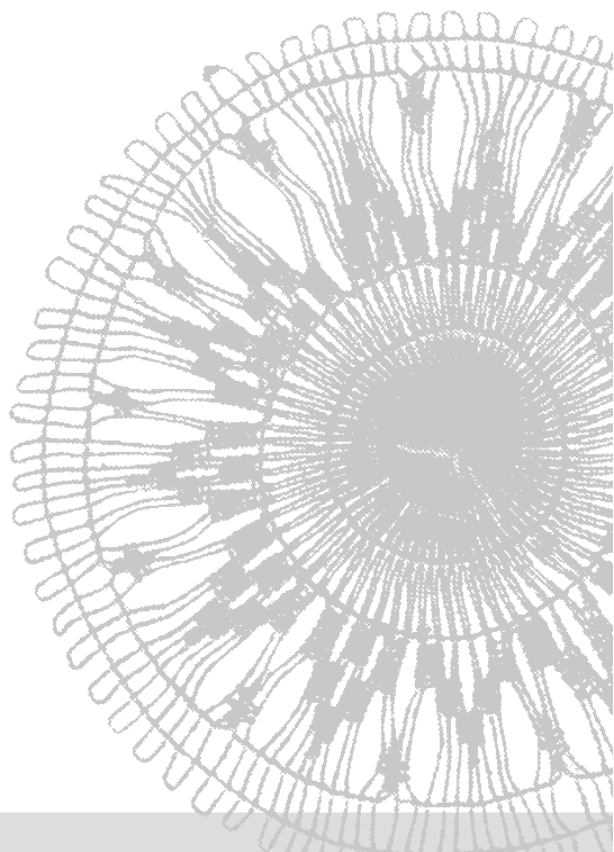
Partiendo de ésta premisa, el objetivo de la presente monografía, en su primer capítulo, consiste en analizar brevemente y establecer las diferencias entre las diversas teorías (objetiva, subjetiva y ecléctica), que se refieren a los fundamentos de la punibilidad de la tentativa y posterior a ello, determinar el marco penal para la tentativa, establecidos en el anterior y actual Código

Penal del Paraguay y tratar de señalar la teoría sobre el fundamento de su punibilidad, predominante en los mismos.

En el segundo capítulo, se realizará un breve estudio sobre las diferencias entre la tentativa acabada y la tentativa inacabada, conforme a la opinión de los ilustres autores Jescheck, Bacigalupo y Pessoa.

En la última parte del desarrollo del presente trabajo, siguiendo la opinión del Sr. Pessoa, acerca de las diferencias entre la tentativa acabada e inacabada, se tratará de establecer las diferentes modalidades de la tentativa, legisladas en el Derecho Penal Paraguayo.

CAPÍTULO I  
LA PENALIDAD DE LA TENTATIVA





## 1. TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE SU PUNIBILIDAD

Para el derecho penal alemán, conforme Welzel, la tentativa “es la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante la acción que constituye un principio de ejecución del delito”.<sup>1</sup>

Aclara además, que “en la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado. Si, por eso, para la consumación es suficiente el dolo eventual, entonces también es suficiente para la tentativa”<sup>2</sup>.

Los fundamentos acerca de la imposición de una pena por parte del estado, a éste tipo de conducta, han sido objeto de discusión y de división doctrinaria. Así, según Zaffaroni, Alagia y Slokar<sup>3</sup>, la división se realizó conforme a las perspectivas legitimantes del poder punitivo de los diferentes autores, las cuales, dieron por resultado que unos fundamenten su penalidad en razón de circunstancias objetivas y otros en la subjetividad del agente, aclarando la existencia de una tercera posición, que la justifica, a través del derecho penal subjetivo del estado.

Estas diferentes opiniones, han dado origen a las teorías que fundamentan la punición de la tentativa, las cuales se clasifican en *teoría objetiva, subjetiva y ecléctica*.

---

<sup>1</sup> WELZEL, Hans. Derecho penal alemán. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p.224.

<sup>2</sup> WELZEL, H. Idem. Ibidem.

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000; p. 777.

Para la *teoría objetiva*<sup>4</sup>, considerada como la doctrina mas antigua, sostenida por Feuerbach, Berner, Frank y otros autores, el fundamento de la punición de la tentativa, se halla solo en el hecho de poner en peligro el objeto de la acción protegido por el tipo, o sea, en el peligro próximo de la realización del resultado típico. Esta teoría tiene por base la naturaleza del dolo, que la considera igual en todas las etapas del hecho, o sea, en la preparación, ejecución y consumación. Considera que para establecer si un hecho constituye tentativa o actos preparatorios, se debe analizar el ámbito objetivo.

En otras palabras, para la teoría objetiva, la razón del castigo de la tentativa, se encuentra únicamente en el peligro próximo de la realización del resultado típico y no en la voluntad de realización de ese resultado por parte del autor.

Al considerar como fundamento de la punibilidad, este único elemento, de peligro de la realización de un resultado típico, consecuentemente, del punto de vista objetivista, la pena de la tentativa debe ser inferior a la del delito consumado, puesto que en este caso, el peligro del resultado, es menor.

Por otro lado, se encuentra la *teoría subjetiva*<sup>5</sup>, expuesta por Baumann, Weber, Dreher, entre otros, según la cual, el fundamento de la penalidad de la tentativa, es la voluntad contraria al derecho puesta en acción.

Para ésta teoría, actualmente dominante, el elemento decisivo no sería la efectiva puesta en peligro, por el hecho, del objeto protegido de la acción, como lo establece la teoría objetiva, sino mas bien, el injusto de la acción, materializado en el dolo del delito, o sea la voluntad del autor en realizar el hecho punible.

Partiendo de ésta premisa, la doctrina subjetivista equipara la punición de la tentativa, con la punición del hecho consumado, puesto que la voluntad contraria al derecho, en ambos casos es la misma.

---

<sup>4</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal. Parte General. Granada: Comares, 1993; p. 464.

<sup>5</sup> JESCHECK, H. H. Tratado de derecho penal. Parte General, p. 465.

Una tercera corriente, es la llamada *teoría ecléctica*<sup>6</sup>, la cual tiene su origen en la teoría subjetiva, incorporando ciertos elementos objetivos, también conocida como teoría subjetivo-objetiva.

Para ésta teoría, el fundamento de la punición de la tentativa, es la voluntad contraria a una norma de conducta, pero solo cuando la exteriorización de esa voluntad pueda perturbar profundamente la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico, así como el sentimiento de seguridad jurídica y con ello, menoscabar la paz jurídica (teoría de la impresión).

La teoría ecléctica, incorpora además, como elemento para que la tentativa merezca una pena, la peligrosidad del autor. Para ello, se debe tener en cuenta, si la puesta en peligro del objeto protegido de la acción se encuentra incluida en su voluntad de realizar el hecho (teoría del autor).

Como se puede apreciar, las teorías eclécticas son productos de la combinación de ciertos criterios objetivos y subjetivos en la delimitación de preparación y tentativa. En cuanto a la pena, establece la atenuación penal facultativa del juzgador y la posibilidad de renunciar a la pena en caso de tentativa marcadamente irracional.

## 2. LA PENALIDAD DE LA TENTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL PARAGUAYO

El Código Penal Paraguayo de 1910, actualmente derogado, en su artículo 3°, establecía los casos de *delitos frustrados y tentados*. El delito frustrado (inciso primero), podría configurarse como lo que hoy se conoce como tentativa acabada y el delito tentado (inciso segundo), como tentativa inacabada.

La mencionada disposición legal, establecía:

*“Los delitos son punibles no sólo el consumado, sino también el frustrado y el tentado.*

---

<sup>6</sup> JESCHECK, H. H. Idem. Ibidem.



***Delito frustrado:*** Hay delito frustrado, cuando el delincuente haya puesto de su parte todo lo necesario para que el delito se consuma y éste no se ha realizado por causas independientes a su voluntad.

***Delito tentado:*** Hay delito tentado o tentativa, cuando el agente, por medios idóneos, ha dado principio a la ejecución de un delito posible, por hechos exteriores que tienen una relación directa e inequívoca con la infracción, pero no ha practicado todos los actos necesarios para la consumación del delito, por causa o accidente, que no sea su propio y voluntario desistimiento”.

En cuanto a la pena en la tentativa, el artículo 4° eximía de la pena en el desistimiento voluntario; y el artículo 96° establecía como pena, la mitad de lo que correspondería al mismo delito consumado, y en caso de que éste mereciera penal capital, a la tentativa se impondría de 15 a 20 años de penitenciaría.

Como puede apreciarse, el anterior Código Penal Paraguayo, seguía la teoría objetiva de la fundamentación de la punibilidad de la tentativa, ya que no tenía en cuenta el aspecto intelectual del sujeto, o sea, la voluntad de realización de ese resultado por parte del autor, únicamente consideraba el peligro próximo de la realización del resultado típico. Además, establecía una atenuación en la pena a ser aplicada.

El actual Código Penal Paraguayo de 1997, trata el tema de la tentativa en los artículos 26, 27 y 28, contenidos en el Capítulo II del Título II, los cuales describen los actos que constituyen tentativa, la punibilidad y el desistimiento y arrepentimiento respectivamente.

Así, el artículo 26, establece: “Actos que la constituyen: Hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que, tomada en cuenta su representación del hecho, son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal”.

A diferencia del Código Penal derogado, la definición legal del artículo del actual Código Penal, transcripto precedentemente, revela la opinión que sigue la teoría combinada *subjetiva-objetiva*, puesto que requiere la representación o voluntad del autor (aspecto subjetivo) y la agresión hacia el

objeto o bien jurídico protegido (aspecto objetivo).

En cuanto a la punibilidad, el artículo 27 prescribe:

*“1° La tentativa de los crímenes es punible; la tentativa de los delitos lo es sólo en los casos expresamente previstos en la ley.*

*2° A la tentativa son aplicables los marcos penales previstos para los hechos punibles consumados.*

*3° Cuando el autor todavía no haya realizado todos los actos que, según su representación del hecho, sean necesarios para lograr su consumación, la pena será atenuada con arreglo al artículo 67”<sup>7</sup>.*

Con relación al desistimiento y arrepentimiento en la tentativa, el artículo 28, dispone:

*“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 contribución no haya tenido efecto alguno en la consumación, quedará eximido de pena quien haya tratado voluntaria y seriamente de impedirla.”*

Como se puede observar, el artículo 27, en su inciso 2°, establece el marco penal para la tentativa (que debe entenderse como tentativa acabada), que es el mismo establecido para los hechos punibles consumados y el inciso 3°,

---

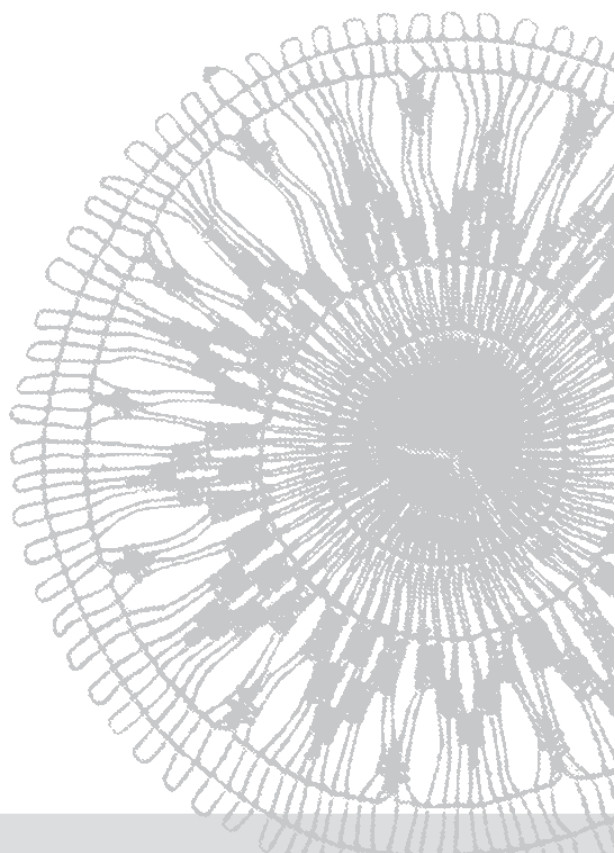
<sup>7</sup> Art. 67: Marcos penales en caso de circunstancias atenuantes especiales: 1° Cuando por remisión expresa a éste artículo la ley ordene o permita atenuar la pena, se aplicarán las siguientes reglas: 1. La condena a una pena principal no podrá exceder las tres cuartas (3/4) partes de su límite legal máximo; 2. el mínimo de una pena privativa de libertad se reducirá: a) a dos (2) años en caso de ser de cinco (5) o diez (10) años; b) a un (1) año, en caso de ser de dos (2) o tres (3) años; y c) al límite legal mínimo, en los demás casos. 2° Cuando por remisión a este artículo la ley permita atenuar la pena según el prudente criterio del juez, éste podrá hacerlo hasta su límite legal mínimo o sustituirla por una pena de multa.

dispone la obligación de la disminución de la pena (que se entiende para la tentativa inacabada). Esto revela también, la inclinación hacia la teoría *subjetiva-objetiva* de fundamentación de la punibilidad de la tentativa.

Por otro lado, se debe establecer el alcance del inciso 1° del artículo 27, en lo que se refiere a la distinción entre crímenes y delitos, así el artículo 13 del actual Código Penal Paraguayo, establece: *“1°. Son crímenes los hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad mayor de cinco (5) años. 2°. Son delitos los hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad de hasta cinco (5) años, o multa. 3° Para esta clasificación de los hechos punibles será considerado solamente el marco penal del tipo base”*.

De ello resulta, que el Código Penal Paraguayo, por un criterio de política criminal, limita el campo de la punición de la tentativa, en principio para la tentativa de los ilícitos graves, que vendrían a ser los crímenes, la cual es la regla y como excepción, la punición de ciertos ilícitos menos graves, expresamente previstos por la ley, que vendrían a ser los delitos. Además de establecer, la eximición de la sanción de la tentativa, a aquel autor que desista de la realización del hecho punible (art. 28).

CAPÍTULO II  
LAS FORMAS DE LA TENTATIVA





## 1. LA TENTATIVA ACABADA E INACABADA

Para analizar los tipos de tentativa legislados en el Código Penal Paraguayo, primeramente resulta necesario establecer la distinción entre tentativa acabada e inacabada.

El autor alemán Jescheck, establece la siguiente diferencia entre las mismas:

*“Hay tentativa inacabada cuando el autor cree no haber realizado aún todo lo necesario para la consumación, y hay, por el contrario, tentativa acabada, cuando de acuerdo con su representación se han dado todos los pasos que parecen precisos para la consumación. Si el autor abrigara dudas acerca de si su acción es ya suficiente para producir el resultado, debe apreciarse tentativa acabada. Si al tiempo de la última acción ejecutiva ha contado al menos con la posibilidad de la producción del resultado, existe ya tentativa acabada. Ejemplos: Cuando el catéter aplicado a una mujer para provocar el aborto se sale antes de tiempo, hay tentativa inacabada si la embarazada no lo coloca de nuevo, pese a creer que sólo sería efectiva una más larga permanencia en su cuerpo; cuando el autor no deja de apretar el cuello de su víctima hasta contar con la posibilidad de que muera a consecuencia del estrangulamiento, existe tentativa acabada”.*<sup>8</sup>

Bacigalupo, establece la diferencia entre tentativa acabada e inacabada, teniendo en cuenta la forma como se produce el resultado de la acción, así manifiesta:

---

<sup>8</sup> JESCHECK, H. H. Op. cit., p. 490.

*“Hay tentativa acabada cuando el autor, según su plan, haya realizado todos los actos necesarios para que se consume el delito faltando solamente a partir de ese momento la producción del resultado. Por el contrario, hay tentativa inacabada cuando según el plan del autor el resultado debe alcanzarse por varios hechos sucesivos y en el momento que se la considera, restan por cumplir actos necesarios para que se pueda producir el resultado”.<sup>9</sup>*

El Dr. Pessoa, establece una distinción entre ambas, teniendo en cuenta como se manifiesta el acto productor de la finalidad.

Existe tentativa acabada, cuando: *“el autor realiza toda la actividad productora de la finalidad por él seleccionada, pero por razones ajenas a su voluntad, el resultado no se produce”*.<sup>10</sup>

Al respecto, brinda el siguiente ejemplo de tentativa acabada de homicidio: *“cuando se efectuó el disparo para matar pero éste salió desviado o habiéndose alcanzado el cuerpo de la víctima, no se obtuvo el fin perseguido, o se hicieron todos los disparos sin éxito, o se suministraron todas las dosis de veneno que se había pensado, y no muere la víctima”*.<sup>11</sup>

En la tentativa acabada existe la actividad productora de la finalidad, pero no se consigue el resultado.

Por otro lado, manifiesta que existe tentativa inacabada, cuando: *“el autor, por razones ajenas a su voluntad, no puede concluir toda la actividad productora de la finalidad, que había seleccionado para obtener el resultado, el cual, lógicamente, no se obtiene precisamente por interrumpirse la actividad destinada a producirlo”*.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> BACIGALUPO, Enrique. Manual de derecho penal, Parte general. In: SURIZ, Gustavo y CLEMENTE, Martín. Derecho Penal. Problemas sobre el tipo de desistimiento en la tentativa. Rosario: Juris, 1994, p. 94.

<sup>10</sup> PESSOA, Nelson R. La tentativa. Distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, p. 87.

<sup>11</sup> PESSOA, N. R. Idem. Ibidem.

<sup>12</sup> PESSOA, N. R. Idem. Ibidem.

Esta forma de tentativa, la ejemplifica de la siguiente forma: *“en el caso anterior, de la persona que quiere matar con dosis diarias de veneno, las que se suministrarán durante una semana y es descubierta después de dar la segunda dosis”*.<sup>13</sup>

Como se ha plasmado mas arriba, existen diversas opiniones en cuanto a la diferencia entre la tentativa acabada y la tentativa inacabada, pero todas ellas, por lo menos las analizadas, coinciden en que la diferencia radical entre las mismas, depende de que el autor realice o no la totalidad del acto tentado y de los resultados obtenidos de dichos actos.

## 2. LA TENTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL PARAGUAYO

Como se ha manifestado precedentemente, los artículos 26, 27 y 28, del Título II, Capítulo II del Código Penal Paraguayo, se refiere a la tentativa y abarca una definición de la misma, así como las reglas sobre su punibilidad y sobre el desistimiento y el arrepentimiento.

El inciso 2do. del artículo 27 del mencionado cuerpo legal, establece el marco penal que correspondería al grado de tentativa en general. *“A la tentativa son aplicables los marcos penales previstos para los hechos punibles consumados”*, no especificando a cual de las dos formas de tentativa se refiere, a la acabada o la inacabada.

Siendo así, se infiere que el marco penal a ser aplicado en los casos de tentativa, es el previsto para los hechos punibles consumados, o sea, que el juzgador debe aplicar en la tentativa, la misma pena prevista para los hechos punibles en los que el resultado se ha producido.

Ahora bien, para comprender mejor las modalidades de la tentativa, establecidas en la nueva legislación penal paraguaya, es necesario analizar e interpretar los incisos 2° y 3° del artículo 27.

---

<sup>13</sup> PESSOA, N. R. Idem. Ibidem.



El inciso 2°, al establecer el marco penal para los casos de tentativa, equiparándolos con las penas previstas para los hechos punibles consumados, parecería referirse a la tentativa acabada.

Puede llegarse a dicha conclusión, puesto que prevé la misma pena para los hechos punibles consumados y para los hechos en los cuales el autor realiza toda la actividad para producir un resultado (hecho punible), sin que se llegue a ello, por razones ajenas a su voluntad, o sea tentativa acabada.

Siguiendo con el análisis del artículo 27, su inciso 3°, establece que: *“cuando el autor todavía no haya realizado todos los actos que, según su representación del hecho, sean necesarios para lograr su consumación, la pena será atenuada con arreglo al artículo 67”*.<sup>14</sup>

Esta disposición, parecería conceptuar la idea de la tentativa inacabada, pues establece una atenuación de la pena, para los casos en que el autor no puede concluir toda la actividad seleccionada para obtener el resultado (hecho punible), por razones ajenas a su voluntad, o sea tentativa inacabada.

Asimismo, para fortalecer la idea, sobre las modalidades de la tentativa, legisladas en el nuevo Código Penal Paraguayo, se debe analizar el artículo 28, el cual se refiere al desistimiento y arrepentimiento en la tentativa (inciso 1° referente a la participación individual y el inciso 2° a la participación colectiva)

Así, la primera parte del inciso 1°, establece la eximición de la pena para *“El que voluntariamente desista de la realización ya iniciada del tipo legal...”*, aquí se está ante un inicio de ejecución de un hecho punible, y si bien varía en cuanto a las razones por la cual el autor no pudo concluir con toda la actividad seleccionada, se trata de la descripción, en parte, de la tentativa inacabada.

Dicha disposición se refiere a la tentativa inacabada, puesto que seguidamente establece *“o, en caso de tentativa acabada, impida la producción del resultado, quedará eximido de pena”*, en ésta hipótesis, sin lugar a dudas, se refiere a la tentativa acabada.

---

<sup>14</sup> El artículo 67 del Código Penal Paraguayo, se refiere a los marcos penales en caso de circunstancias atenuantes especiales. El mismo ha sido transcrito en el Capítulo I de la presente monografía.

Se puede concluir, que ambas modalidades de la tentativa, ya sea acabada o inacabada, se encontraban y se encuentran en el derecho penal paraguayo.

En el Código Penal de 1910, actualmente derogado, se encontraban en su artículo 3°, en el que se establecía los casos de *delitos frustrados y tentados*. El delito frustrado (inciso primero), podría configurarse como lo que hoy se conoce como tentativa acabada y el delito tentado (inciso segundo), como tentativa inacabada.

En el actual Código Penal de 1997, se encuentran en el Título II, Capítulo II, artículos 26, 27 y 28, conforme se desprende del breve y simple análisis realizado de las mencionadas disposiciones legales.

## CONCLUSIÓN

El Código Penal Paraguayo de 1910, seguía la teoría objetiva de la fundamentación de la punibilidad de la tentativa, ya que no tenía en cuenta el aspecto intelectual del sujeto, o sea, la voluntad de realización de ese resultado por parte del autor, únicamente consideraba el peligro próximo de la realización del resultado típico. Además, establecía una atenuación en la pena a ser aplicada.

Legislaba lo referente a la tentativa, en su artículo 3°, que establecía los casos de delitos frustrados y tentados. El primero entendido como tentativa acabada y el segundo como tentativa inacabada.

El actual Código Penal Paraguayo de 1997, define la tentativa en su artículo 26, estableciendo: *“Actos que la constituyen: Hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que, tomada en cuanta su representación del hecho, son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal”*.

A diferencia del Código Penal derogado, la definición legal del artículo del actual Código Penal, transcripto precedentemente, revela la opinión que sigue la teoría combinada *subjetiva-objetiva*, puesto que requiere la representación o voluntad del autor (aspecto subjetivo) y la agresión hacia el objeto o bien jurídico protegido (aspecto objetivo).

En cuanto a las modalidades de la tentativa, establecidas en la nueva legislación penal paraguaya, fueron brevemente analizados los incisos 2° y 3° del artículo 27.

El inciso 2°, al establecer el marco penal para los casos de tentativa, equiparándolos con las penas previstas para los hechos punibles consumados, parecería referirse a la tentativa acabada.

Se obtiene dicha conclusión, puesto que prevé la misma pena para los hechos punibles consumados y para los hechos en los cuales el autor realiza toda la actividad para producir un resultado (hecho punible), sin que se llegue a ello, por razones ajenas a su voluntad, o sea tentativa acabada.

Posteriormente, el artículo 27 inciso 3°, establece que: *“cuando el autor todavía no haya realizado todos los actos que, según su representación del hecho, sean necesarios para lograr su consumación, la pena será atenuada con arreglo al artículo 67 (los marcos penales en caso de circunstancias atenuantes especiales).*

Esta disposición, parecería conceptualizar la idea de la tentativa inacabada, pues establece una atenuación de la pena, para los casos en que el autor no puede concluir toda la actividad seleccionada para obtener el resultado (hecho punible), por razones ajenas a su voluntad, o sea tentativa inacabada.

En conclusión, a mi criterio, tanto el anterior como el actual código Penal Paraguayo, legislan la tentativa, en sus dos modalidades más aceptadas, la acabada e inacabada, siguiendo el primero, la teoría objetiva de fundamentación de su punibilidad, mientras que el segundo, la teoría combinada subjetiva-objetiva.

## BIBLIOGRAFÍA

CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY – LEY N° 1160/97. Asunción: Emegraf, 1998. 257 p.

CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Asunción: Intercontinental, 1992. 166 p.

DERECHO PENAL. Rosario: Juris, 1994. 336 p.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, Parte General. 4 ed. Granada: Comares, 1993. 913 p.

PESSOA, Nelson R. La Tentativa – Distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos. 2 ed. act. Buenos Aires: Hammurabi, 1998. 169 p.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. 4 ed. castellana. Santiago: Jurídica de Chile, 1997. 343 p.

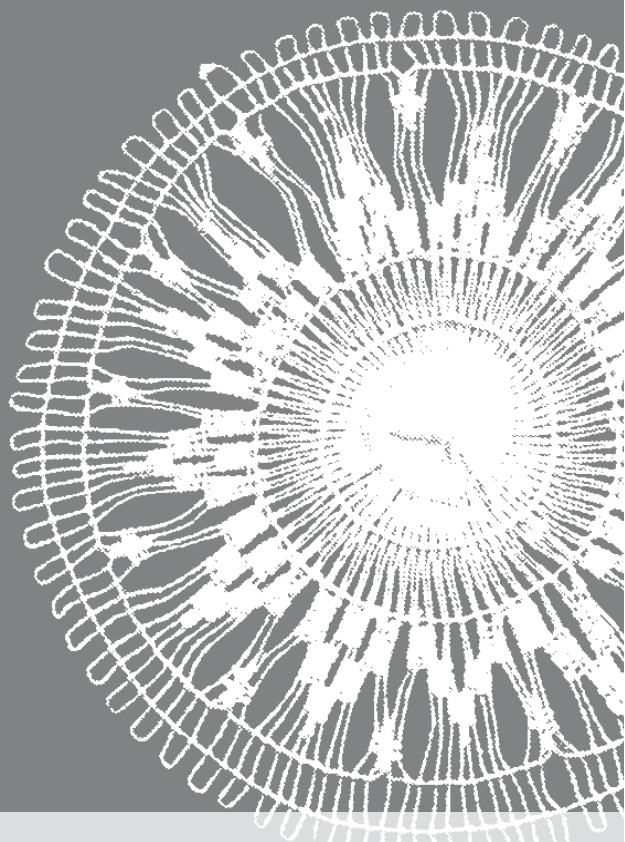
ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal – Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000. 1017 p.



SERIE: INVESTIGACIONES JURÍDICO-PENALES

**DELINEAMIENTOS PARA UN FUTURO MANUAL  
OPERATIVO QUE REGULE EL TRABAJO DE  
EQUIPO EN EL ÁMBITO INVESTIGATIVO, ENTRE  
EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA POLICÍA NACIONAL**

MARÍA SOLEDAD MACHUCA VIDAL





## INDICE

Introducción .....	129
<b>CAPÍTULO I</b>	
Las dos instituciones involucradas en las investigaciones de delito: Ministerio Público y Policía Nacional .....	133
1. Marco jurídico .....	135
2. Breves consideraciones .....	136
<b>CAPÍTULO II</b>	
Delineamientos para un Reglamento de trabajo conjunto del Ministerio Público y la Policía Nacional .....	139
1. Marco general .....	141
2. Intercambio de informaciones .....	142
3. Trabajo en equipo durante la investigación .....	143
4. Plan de acción o dibujo de ejecución Fiscal y Policía .....	146



5. Contactos en general .....	147
Conclusiones .....	148
Bibliografía .....	150

## INTRODUCCIÓN

El grado de democratización de un Estado o el grado de su desarrollo como Estado de Derecho puede medirse en el derecho procesal penal y, por ello, dentro de los factores que influyen en la medición es de enorme importancia la actividad policial durante el proceso penal.<sup>1</sup>

Si se considera que para el desarrollo de una nación son necesarias la fortaleza y efectividad de sus Instituciones democráticas, y en este último ámbito cobra especial relevancia la investigación de los delitos y la eficiente administración de justicia, contexto en el cual gran parte de Latinoamérica se encuentra empeñado en obtener logros con mayores o menores dificultades, se advierte lo prioritario que constituye robustecer este ámbito de actuación.

Los desafíos que impone la persecución penal, en el marco de las modernas legislaciones penales, exigen que la labor investigativa sea eficiente, de ahí que las instituciones involucradas en este proceso requieran de ciertas condiciones indispensables para alcanzar ese nivel cualitativo de eficiencia.

La reforma judicial penal en Paraguay supuso un importante cambio de paradigma tanto en el relacionamiento Policía – Fiscalía, como para la investigación en sí. Si en el sistema inquisitivo la policía tenía a su cargo todo el proceso de investigación, la Constitución del año 1992 definió un rol diferente para la institución del Ministerio Público según el cual la Fiscalía se

---

<sup>1</sup> MALARINO, Ezequiel, Pág. 580.

convierte en el director (único) de la investigación. La actividad investigativa que realiza el fiscal, constituye la actividad más importante y delicada dentro del proceso, pues de ella depende la realización del juicio.<sup>2</sup> En este contexto, el auxilio de la Policía Nacional es fundamental, pues constituye el brazo ejecutor del fiscal, al colaborar en la investigación siguiendo sus instrucciones.<sup>3</sup> Pero siempre con el criterio que la Policía Nacional sigue con una tarea auxiliar en el ámbito de investigaciones de delitos.

Hoy en día se identificó -entre otros- como clave del trabajo en los equipos interinstitucionales la necesidad de contar con un nivel de profesionalismo adecuado de los funcionarios policiales para las tareas de investigación. Por otro lado debido a la historia de la Policía la cual hasta hoy día no cuenta con una reforma funcional y estructural adecuada, la relación entre policías y fiscales, en muchas ocasiones, sigue desenvolviéndose en un ambiente de desconfianza que evita naturalmente la formación de equipos de trabajo que funcionen como tales. Sin embargo, también hay que señalar que el problema radica en que no existe realmente un modelo policial en América Latina, es decir, no hay una concepción estatal sobre la organización de la policía como auxiliar de los fiscales para la investigación del crimen.<sup>4</sup> Hasta hoy día no se ha definido conceptos o si los hay, sus contenidos no están ni bien perfilados ni bien definidos, de tal manera que la policía es absolutamente ineficaz en su trabajo.<sup>5</sup>

Para superar estas deficiencias y debido a la alta importancia del tema de “trabajo en equipo durante la investigación”, es necesario abordarlo a fin de definir principios como base del trabajo conjunto.

En este contexto y tomando en cuenta el rol del Ministerio Público como titular de la acción penal pública y responsable de dirigir la investigación criminal, su relacionamiento con la Policía Nacional, órgano encargado de

---

<sup>2</sup> LLANES, M. Carolina, Pág. 97.

<sup>3</sup> LLANES, M. Carolina, Pág. 98.

<sup>4</sup> GOMES COLOMER, Juan-Luis, Pág. 2.

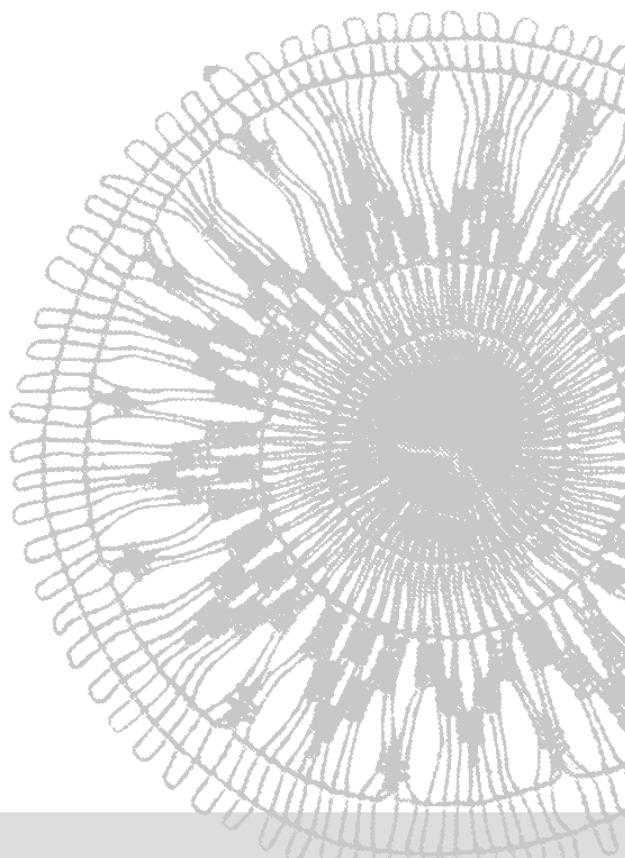
<sup>5</sup> GOMES COLOMER, Juan-Luis, Pág. 2.

operativizar la investigación, se hace necesario contar con una reglamentación que permita garantizar la efectividad de los procedimientos, mediante un trabajo de equipo, ágil, coordinado, científico, disciplinado, objetivo e imparcial.

Partiendo de esta realidad la presente monografía pretende dar el primer paso en miras a lograr un mejoramiento en el relacionamiento fiscal-policial, a la vez de ser una propuesta a ser discutida y que sirva como base de una regulación normativa entre ambas instituciones.



**CAPÍTULO I**  
**LAS DOS INSTITUCIONES INVOLUCRADAS EN LA INVESTIGACIÓN**  
**DE DELITO: MINISTERIO PÚBLICO Y POLICÍA NACIONAL**





Por mandato legal el Ministerio Público y la Policía Nacional son las instituciones directamente involucradas en las investigaciones de los hechos punibles tipificados en el Código Penal y las demás leyes de contenido penal, que integran el derecho positivo paraguayo.

## 1. MARCO JURÍDICO

En el año 1992 la República del Paraguay adopta una nueva Carta Magna que introduce cambios sustanciales en la vida del País, tanto a nivel político, económico como jurídico. Esto impulsa la reforma de la administración de justicia, que debía consustanciarse con los nuevos roles asignados al Poder Judicial y a otros órganos vinculados forzosamente al ámbito de la investigación penal.

En Julio de 1998 se sanciona un nuevo Código Penal y al año siguiente, Julio de 1999, el Código Procesal Penal, que entro en vigencia en Marzo del 2000. En consonancia con esto el Ministerio Publico aprueba su primera Ley Orgánica en noviembre del año 2.000.

El Ministerio Público representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales del Estado, gozando de autonomía funcional y administrativa en el cumplimiento de sus deberes y atribuciones. Lo ejercen el Fiscal General del Estado y los Agentes Fiscales, en la forma determinada por la ley.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Art. 266 de la Constitución Nacional.



El Código Procesal Penal del Paraguay<sup>7</sup> establece en su artículo 52 *“Corresponde al Ministerio Público, por medio de los Agentes Fiscales, funcionarios designados y de sus órganos auxiliares, **dirigir** la investigación de los hechos punibles y promover la acción penal pública. Con este propósito realizara todos los actos necesarios para preparar la acusación y participar en el procedimiento, conforme a las disposiciones previstas en este código y en su ley orgánica”*.

Por su parte la Ley Orgánica del Ministerio Público, No. 1562/2000, establece que el Ministerio Público es un órgano con autonomía funcional y administrativa, que representa a la sociedad ante los órganos jurisdiccionales para velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales, promover la acción penal pública en defensa del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y de los derechos de los pueblos indígenas, y **ejercer** la acción penal en los casos en que para iniciarla o perseguirla no fuese necesaria instancia de parte.<sup>8</sup>

La Ley Orgánica Policial No. 222/1993, en su Art. 6 numeral 4, dispone –entre otras– *“Serán funciones, obligaciones y atribuciones la Policía Nacional:... **Investigar bajo dirección judicial** los delitos cometidos en cualquier punto del territorio nacional, en las aguas publicas o en el espacio aéreo”*.<sup>9</sup>

## 2. BREVES CONSIDERACIONES CONCEPTUALES

En la investigación de delitos, el Ministerio Público se constituye en el Director de la misma. El Fiscal asume la dirección funcional de la investigación, entendiéndose por tal, la dirección legal y estratégica de la misma, con miras a sustentar la acusación en el juicio. En su condición de Director debe velar por la legalidad de las actuaciones y operaciones investigativas de los policías asignados al caso; debe proteger los derechos y garantías constitucionales de los involucrados en el hecho ilícito cometido y se encarga de que la

---

<sup>7</sup> Art. 52 Código Procesal Penal.

<sup>8</sup> Art. 1 de la Ley de Orgánica del Ministerio Público.

<sup>9</sup> La Ley Orgánica Policial N 222/93, es anterior a la sanción de los Código Penal y Procesal Penal.

investigación sea conducida en forma eficiente y de acuerdo a las metodologías de investigación criminal modernas, a procedimientos establecidos en los manuales operativos, reglamentos vigentes en la entidad policial y las leyes del ordenamiento jurídico positivo.

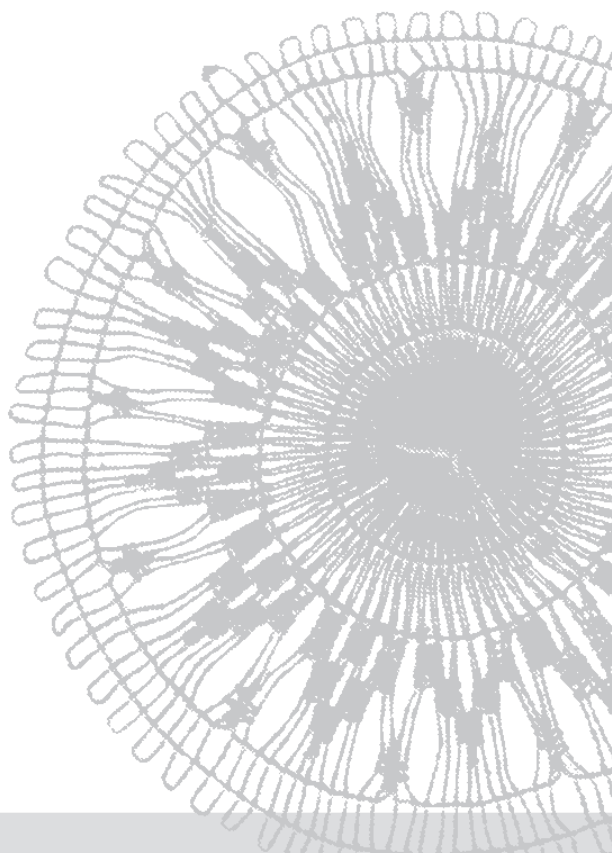
Debe remarcarse que la facultad de dirección conferida por ley al Ministerio Público, se ejerce disponiendo las actuaciones que correspondan, verificando, controlando, coordinando y orientando con conocimiento de causa, buen tino, sentido común y criterio jurídico una coherente y oportuna investigación criminal.

Conforme a las orientaciones y tendencias de los nuevos códigos de procedimientos penales, la dirección funcional del Ministerio Público en materia investigativa tiene los siguientes alcances:

- El cumplimiento obligatorio por parte de los funcionarios policiales de todas las órdenes relativas a la investigación del hecho punible emitidas por la Fiscalía o los jueces. (Al respecto cabe una precisión, la autoridad administrativa policial no podrá revocar o modificar la orden emitida ni retardar su cumplimiento);
- A requerimiento fiscal la asignación directa y obligatoria de funcionarios policiales para la investigación del hecho delictivo. Asignados los funcionarios, la autoridad administrativa policial no podrá apartarlos de la investigación, ni encomendarles otras funciones que les impidan el ejercicio de su comisión especial, sin autorización fiscal;
- La separación de la investigación del funcionario policial asignado, en los casos de incumplimiento de una orden fiscal o judicial, cuando actue negligentemente o no sea eficiente en el desempeño de sus funciones;
- Cuando corresponda el Fiscal, a través de su superior jerárquico (Fiscal General o Fiscal Adjunto, según corresponda), podrá solicitar a la autoridad policial competente la aplicación de sanciones disciplinarias para los funcionarios separados de la investigación.



**CAPÍTULO II**  
**DELINEAMIENTOS PARA UN REGLAMENTO DE TRABAJO**  
**DE LOS FUNCIONARIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO**  
**Y LA POLICÍA NACIONAL DURANTE LA INVESTIGACIÓN**





La investigación que corresponde al fiscal, que sin la policía es “una cabeza sin manos”<sup>10</sup>, se realiza a través de la Policía Nacional y para que el trabajo del equipo de investigación sea eficaz y eficiente requiere un trabajo en equipo, intensivo y coordinado.

La idea de un Reglamento es establecer condiciones mínimas que orienten la tarea investigativa hacia un mismo objetivo cual es, el esclarecimiento del hecho delictivo, optimizando los recursos humanos y económicos. Esta normativa debe contemplar mecanismos de interacción y resolución de problemas, sobre la base de programas o procesos efectivos de gestión de la investigación científica del delito y el desarrollo de habilidades y destrezas de control de la gestión criminalística realizada por los grupos de trabajo de Fiscales y Policías.

También debe apuntar a aquellos hechos que por su implicancia, requieren realmente del despliegue de esfuerzos investigativos, dejando de lado aquellos que pueden tener otras salidas menos gravosas y que se hallen previstas en la legislación. Esto requiere una efectiva comprensión por parte de ambas instituciones sobre el objetivo y la importancia de su tarea.

## **1. MARCO GENERAL**

El trabajo en equipo con miembros de ambas instituciones -Ministerio Público como Policía Nacional- tiene como objetivo asegurar el máximo de

---

<sup>10</sup> ROXIN, Claus. Derecho procesal penal, Pág. 57.

efectividad en la gestión. Este objetivo se lograría a través de los siguientes acuerdos:<sup>11</sup>

## 2. INTERCAMBIO DE INFORMACIONES

La participación de la fiscalía en las informaciones policiales, a partir de la “*noticia criminis*” y durante la investigación penal, así como la comunicación inmediata al M.P. sobre casos de una mayor importancia al Ministerio Público, recién permite a la fiscalía asumir su responsabilidad según la ley (la construcción jurídica, la orientación y el desarrollo de la investigación).

El desenvolvimiento de la investigación requiere que la policía participe también de la información fiscal y que tenga conocimiento de los criterios para la toma de decisiones fiscales.

De ahí la importancia de que el Fiscal en el marco de toda actuación dispuesta, deba mantenerse siempre en comunicación cordial con el funcionario policial responsable de la investigación, a quien debe prestar asesoramiento y orientación jurídica en todas y cada una de las etapas del proceso investigativo.

Fiscalía y Policía tienen en cada nivel jerárquico un sistema para el intercambio de informaciones. Se requiere que, tanto en la capital como en el resto de las ciudades del interior se conozcan de manera inmediata los acuerdos y decisiones; a su vez, es necesario que a nivel regional exista un canal de entrega o transmisión de información, de tal forma que los acuerdos de las máximas autoridades lleguen a nivel operacional, y también que las dificultades de quienes se encuentran operando sean transmitidas a través de los conductos creados hasta las instancias superiores.

---

<sup>11</sup> Las siguientes propuestas se orientan a reglamentos existentes en varios países en Alemania, p.e. entre la Fiscalía y la Policía en Schleswig-Holstein a través de un reglamento conjunto del Ministro de Justicia y el Ministro del Interior del 14 septiembre 1995 V320/3262 – 7ª SH-/IV 412-15.07/19.14.2- en Gl.-Nur: 4500.3. Fundstelle: Amtsbl. Schl.-H. S.715.

Para ello es necesario:

- Identificar los niveles gerenciales para incluirlos en el grupo destinatario de informaciones de carácter general, como noticias de prensa o informes diarios en el contexto de asuntos penales, otras informaciones sobre asuntos vinculados como p.e. informes sobre la seguridad nacional, etc.
- Otras actividades como p.e. intercambio de protocolos sobre reuniones de trabajo o reuniones laborales, instructivos de carácter general; estos últimos constituyen la mejor forma de clarificar las estrategias operacionales, es decir, qué y cómo deben proceder concretamente tanto los Fiscales como Policías, es a través de la elaboración de instructivos donde se den claras instrucciones sobre que hacer especialmente frente a las principales dificultades.
- En casos con mayor importancia la policía informa ENSEGUIDA a la fiscalía a través de teléfono o fax. Entiendase por casos de mayor importancia en su mayoría: casos complejos o delitos de mayor gravedad; casos con connotación social y otros casos que por motivos políticos o que por la personalidad o cargo de uno o varios sospechosos, sean de mayor impacto.

### **3. TRABAJO EN EQUIPO DURANTE LA INVESTIGACIÓN**

Tanto el Fiscal como el Policía deben trabajar en equipo, ya que ambos no solo tienen el objetivo común de esclarecer los hechos punibles denunciados, combatir la delincuencia y proteger los derechos de la sociedad, sino también, son responsables de sus propios actos ante la ley. Pretender cada uno llevar adelante diligencias propias de policía o realizar individualmente la investigación sin la orientación jurídica y estrategia fiscal, conducirá inefablemente a una descoordinación que afectará a la investigación con los daños consecuentes.

Aspectos positivos del trabajo en equipo se advierte del intercambio de opiniones, dificultades e intereses, promoviendo además vías de resolución de conflictos actuales. Ello posibilita un mecanismo de interacción y comunicación abierta y franca entre Fiscales y Policías. De igual forma se logra definir ciertas estrategias que mejoran o al menos dinamizan los nexos



operacionales entre ambas Instituciones, bajo el alero de la investigación, el conocimiento científico y una adecuada relación humana.

Resulta esencial la mancomunidad integradora de la sinergia aportada por ambos organismos, situación que posibilita la implementación estratégica de acciones que promuevan al acercamiento y el trabajo en equipo.

También existen otras razones que imponen el trabajo en coordinación; p.e., el principio de “proporcionalidad”<sup>12</sup> pide una limitación de la utilización de los fondos, esto significa que la limitación de los fondos obliga a un uso “económico” durante todo el proceso de la investigación. Por este motivo más que nada investigaciones con medidas inmediatas, investigaciones con grandes esfuerzos y en cooperación de muchos recursos humanos como financieros e investigaciones complejas y complicadas necesitan obligatoriamente un buen trabajo en equipo entre los responsables o encargados de la Fiscalía y de la Policía.

Otro punto a considerar es la necesidad de que decisiones con influencia para la investigación o conclusión del caso tienen que ser tomadas lo más pronto posible para evitar el dispendio de esfuerzos “innecesarios”. Por este motivo las investigaciones deben limitarse a lo realmente necesario para terminar la investigación sea con una acusación o la conclusión definitiva de la investigación en sí.<sup>13</sup>

Los siguientes puntos tienen como objetivo asegurar un concepto adecuado y económico de cualquier investigación:

a) Un pedido de investigación que la Fiscalía dirige a la policía debe ser tan concreto como sea posible y debe depender de las condiciones generales que se presentan, es decir, con la flexibilidad necesaria según las

---

<sup>12</sup> Pe. el involucramiento de varias unidades policiales en un caso de un hurto (simple) no esta en relación entre los resultados “esperados” y la inversión de dinero y tiempo estatales.

<sup>13</sup> De acuerdo al tipo penal o a la modalidad delictiva la investigación, debe focalizarse a coleccionar las pruebas específicas que permitan a la Fiscalía demostrar la existencia del hecho punible y la autoría o participación de los sospechosos o imputados, en el mismo. (nota de la autora).

<sup>14</sup> Ley orgánica del MP Art. 18 Agente fiscal encargado...a cargo de un caso formara el cuaderno de investigación....se comunicará con los oficiales policiales.

particularidades y características de cada caso. El fiscal encargado debe adjuntar a todos sus pedidos de investigación dirigidos a la Policía un documento<sup>14</sup>, el cual tiene que retornar a la Fiscalía. La Policía misma devuelve este documento inmediatamente después de llenarlo con el número del caso registrado en la Policía, el nombre del funcionario policial encargado y su número de teléfono. En los pedidos de colaboración para una investigación por parte de la Fiscalía, el fiscal adjunta su número de teléfono y otras informaciones para una comunicación fluida con él, esta información tiene que estar en cada acta de procedimiento policial.

b) Fiscalía y Policía no están solamente obligados por ley a investigar en contra de un sospechoso, sino también tienen que investigar las circunstancias a favor. La investigación fiscal en muchos casos es definida como el deber de dirigirse a descubrir la verdad histórica y en consecuencia tanto la policía como el fiscal deben investigar (todos) los hechos, así como identificar y poner a disposición del juez todos los elementos probatorios con objetividad, independientemente de que incriminen o favorezcan al imputado.<sup>15</sup> Pero en ninguna parte la ley habla de la obligación de investigar cualquier el hecho y todas las sospechas que se presenten<sup>16</sup>. Es más, puede darse el caso de prescindir de ciertas pruebas (p.e. la interrogación de un testigo), negarle el valor o la pertinencia de la prueba o el mérito de la prueba. Entonces puede darse la posibilidad que ya en un nivel de investigación todavía temprano, pronto se avizore que, la misma no pueda lograr establecer el nexo causal entre el motivo fundador de sospecha con el resultado; o bien que no se puede contar con las formalidades y pertinencia de la prueba para una acusación.

En estos casos la policía en acuerdo y comunicación con la Fiscalía interrumpe la investigación o los esfuerzos encaminados a ella y presenta el Acta ya a la Fiscalía para que el fiscal encargado tome la decisión respectiva

---

<sup>15</sup> LLANES, M.Carolina, Pág. 101.

<sup>16</sup> El Ministerio Público como organismo encargado de la persecución penal pública, goza de discrecionalidad técnica para determinar si se encuentra o no ante un hecho que pueda constituir ilícito penal y si no existe obstáculo penal, promover la acción o de lo contrario abstenerse de hacerlo.

<sup>17</sup> Significa que los criterios para terminar o parar la investigación en un estadio temprano depende de la gravedad del hecho y el interés público en la persecución del delito.

sobre como se seguirá con la investigación. El “cómo” y el “grado” del proceso de investigación dependen de la gravedad del hecho.<sup>17</sup>

c) En relación a investigaciones grandes o con una problemática jurídica, la Policía informa lo más pronto posible a la Fiscalía encargada del caso. En otros casos con un informe intermedio, con la descripción del asunto y una propuesta de acciones previstas o predefinidas o con el pedido dirigido al fiscal responsable que tome una decisión por parte del Ministerio Público, disponiendo el curso de la investigación y como el caso será tratado, investigado.

La comunicación tiene como objetivo prioritario el interés de lograr la rapidez de la investigación y de un procedimiento sumario, como también evitar demasiados recursos por parte del Estado. El fiscal tiene que compartir y transparentar sus motivos como también su decisión para evitar lo más pronto posible que no sigan investigaciones policiales innecesarias.

#### **4. PLAN DE ACCIÓN O DIBUJO DE EJECUCIÓN FISCAL Y POLICÍA**

El Fiscal y el Policía investigador, deben elaborar un plan de acción y/o dibujo de ejecución. La primera actuación conjunta entre el fiscal y el policía en forma previa a cualquier investigación, es decir en un trabajo de equipo, es la de planificar el inicio, desarrollo y la finalización de una investigación acerca del delito cometido y para ello deben en una hoja de trabajo crear tres columnas. La primera, servirá para enumerar o detallar por separado los elementos constitutivos del delito que se denuncia: la segunda o la del centro, para incluir en el transcurso de las investigaciones un detalle particularizado de todas y cada una de las pruebas y evidencias que se vayan colectando y, la tercera, para describir a las personas vinculadas a dicha prueba, llámese imputado, víctima, testigos, peritos investigadores.

Este plan de acción o dibujo de ejecución, como se tiene explicado, permite, por una parte, planificar la investigación y, por otra, evaluar, seleccionar y priorizar la prueba de acuerdo a su importancia, para posteriormente ser exhibida en ese orden en el juicio oral a los efectos de probar la acusación penal realizada por el Ministerio Público.

Finalmente, este plan o dibujo de ejecución, constituye una importante base de datos a la que pueden acceder el agente fiscal y el policía cuando requieran contar con una información permanentes, actualizada, detallada y sintética del caso que se investiga, porque de la lectura o repaso de dicho plan de acción se puede inmediatamente obtener a los autores y partícipes del hecho delictivo: todas y cada una de las pruebas colectadas su importancia y su vinculación con las partes del caso o proceso y; el o los delitos que se investigan o procesan en dicho caso.

## **5. CONTACTOS EN GENERAL**

La Policía y el Ministerio Público necesitan impulsar cambios que permitan una importante energía potencial que requerirá contar con espacios que posibiliten o impulsen tales situaciones. La creación de mecanismos de control y estrategias que les permitan establecer procesos de mejoras en la implementación de sus procesos investigativos, requiere especialmente de un fluido intercambio de información.

Es necesario establecer reuniones regulares en todos los niveles de decisión de fiscales como policías para asegurar cuales problemas y/o dificultades a nivel país o regionales, deban ser tratados y solucionados en forma conjunta. Por este motivo independientemente de los contactos e intercambios descritos en el punto 2.2., se realizan reuniones para discutir y concluir inquietudes actuales, que se refieren al trabajo conjunto.

Nivel: Fiscalía General – Comandancia (por lo menos una vez por año con participación de los Fiscales Adjuntos, Comisarios Generales). Estas reuniones también deben incluir a órganos especializados como INTERPOL, SENAD, DINAR, etc.

Nivel regional: Fiscales Adjuntos, Fiscal delegado, Jefes de Zona, Jefes de Comisaría;

En las ciudades / localidades identificadas estos encuentros de trabajo entre fiscales y policías deben ser mucho más frecuentes.

La policía dentro de sus responsabilidades (p.e. INTERPOL para el tema de extradiciones o narcotráfico...) incluye en reuniones por lo menos anuales a representantes de la Fiscalía General como del Ministerio Público en general, para temas específicos, sobre todo de “crimen organizado, narcotráfico, medioambiente, etc.

El Ministerio Público como la Policía Nacional ofrece el acceso a cursos de capacitación que cada institución desarrolla y que sean de interés común. Para lograr una participación efectiva se convoca con anticipación. También se desarrolla en forma conjunta cursos de capacitación para miembros / funcionarios de ambas instituciones. Esto permite mantener un mejor nivel de dinamismo e interactividad operacional y académica, al enfrentar los diferentes trabajos prácticos entre los integrantes de ambas instituciones, situación que se proyecta como una fortaleza en la dirección del encauzamiento directivo que deben realizar los fiscales, como responsables de la investigación.

Se debe prever pasantías para los funcionarios del Colegio Superior del Colegio de Policía para hacer una práctica en la Fiscalía.

En relación con la prensa, se deben definir instrucciones precisas en cuanto a criterios únicos donde se establezca claramente quién debe entregar la información, de qué tipo, cuándo, qué puntos no pueden ser entregados nunca, etc., es decir, establecer pautas de entrega de información, donde la designación de voceros, a nivel regional, provincial, o local, se constituye en una forma de unificar la transmisión de datos, que deben obedecer a una forma predefinida, que en cualquier caso es responsabilidad del Ministerio Público y nunca debe representar la opinión de un fiscal particular sino que de toda la Institución.

## **CONCLUSIONES**

En Paraguay -como en muchos otros países de la región- a través de las reformas del sistema penal y sus nuevas urgencias en el trabajo investigativo por parte del la Fiscalía, se han dispuesto algunas medidas respecto a la regulación de la actividad investigativa.

La Ley Orgánica del Ministerio Público cuenta con normas relacionadas al trabajo de investigación una vez conocida la comisión del hecho delictivo. Sin embargo, todavía no se cuenta con un ordenamiento procesal, y mucho menos, con un concepto sobre la organización de la Policía como auxiliar de la Fiscalía. Esto requiere llenar la normativa y su aplicación con vida, mediante reglas claras que contengan y se orienten a la experiencia de ambas Instituciones.

La instalación e implementación de cambios procesales, a partir de la identificación de estrategias adecuadas para el logro de los objetivos organizacionales, debe ser el objetivo perseguido en aras a alcanzar la efectividad. Por eso, la actuación de los Fiscales y la Policía como agentes auxiliares, precisa de un trabajo sinérgico con el fin de optimizar la capacidad de respuesta operacional. Esto –sin duda alguna- requerirá de trabajo en equipo, integración de roles, estrategias de comunicación efectiva y optimización de la información; así como conocer e implementar sistemas de control de desempeño investigativo.

La intención de estas propuestas es, precisamente, sentar las bases de un reglamento “marco”, que permita dar los primeros pasos para formar equipos de trabajo, formalizar y transparentar los procedimientos, definir los criterios básicos para encarar la investigación criminal entre ambas instituciones, y permitir perfilar el contenido de los rasgos importantes del trabajo en equipo y de la aplicación de los mismos dentro del contexto de un proyecto piloto en una región del interior. Esto sin duda proporcionara experiencias y datos que permitirán en el futuro lograr una organización eficaz y eficiente en la etapa de investigación y posiblemente dar la base para la instalación de un modelo a nivel del país.

Con la aprobación del Fiscal General del Estado y del Comandante de la Policía Nacional, se espera iniciar un proyecto piloto escogiendo una ciudad del interior que permita implementar las medidas aquí propuestas, de manera a instalar efectivamente las condiciones adecuadas para el trabajo de equipo y –a su vez- lograr que estos mecanismos se conviertan en una rutina ampliamente reconocida.

Esta propuesta para un reglamento no se puede entender como algo “estático”, al contrario, cada vez y con el transcurso del tiempo se tiene que reformular, y ajustar las reglas, de manera que haya claridad y que constituya un reflejo de la situación y las necesidades reales del momento. Estos ajustes se deben enfocar no solo a lo que se tiene “que hacer”, si no también con lo que se puede “hacer”; se debe atender las modalidades delictivas y el perfeccionamiento de los delincuentes, así como también la inquietud de la sociedad. Ante esto también los equipos de investigadores requieren un mayor perfeccionamiento y actualización. Esto se puede lograr, no solamente, a través de capacitación sino a través de “concertación” y un buen uso de los esfuerzos y recursos humanos de ambas Instituciones.

## BIBLIOGRAFIA

Constitución Nacional. Año 1992 .

Código Procesal Penal, Ley N° 1286/98.

ROJAS BENÍTEZ, Olga; VERA COLMÁN, María Graciela: Código Procesal Penal. Ley N 1286/98. Anotado y concordado. Primera Parte. Asunción, Mayo 2003.

Código Procesal Penal de la República del Paraguay, Ley No 1286/98.

LLANES OCAMPOS, María Carolina. Programa Tribunal Modelo, Lineamientos sobre el Código Procesal Penal, Asunción Paraguay, 2002.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal, 25. Edición, traducido por Daniel Pastor y Gabriela Córdoba, Buenos Aires, 2000.

MALARINO, Ezequiel. La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos: un resumen comparativo. En: Kai Ambos, Juan-Luis Gómez Colomer, Richard Vogler: La Policía en los estados de Derecho Latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación. Bogotá, 2003, Pág. 579- 629.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Estado democrático y modelo policial: Una propuesta de diseño de cara a lograr una investigación eficaz del crimen. En: Kai Ambos, Juan-Luis Gómez Colomer, Richard Vogler: La Policía en los estados de Derecho Latinoamericanos. Un proyecto internacional de investigación. Bogotá 2003, Pág. 579- 629.

Manual del Lugar del Hecho, Publicación Ministerio Público y GTZ, Año 2004.

Formularios para Actas de Procedimiento, Publicación Ministerio Público y GTZ, Año 2004.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Ley 1562/2000.

Convenios entre el Ministerio Público y la Policía Nacional suscriptos en el año 2003 y 2004, respectivamente.

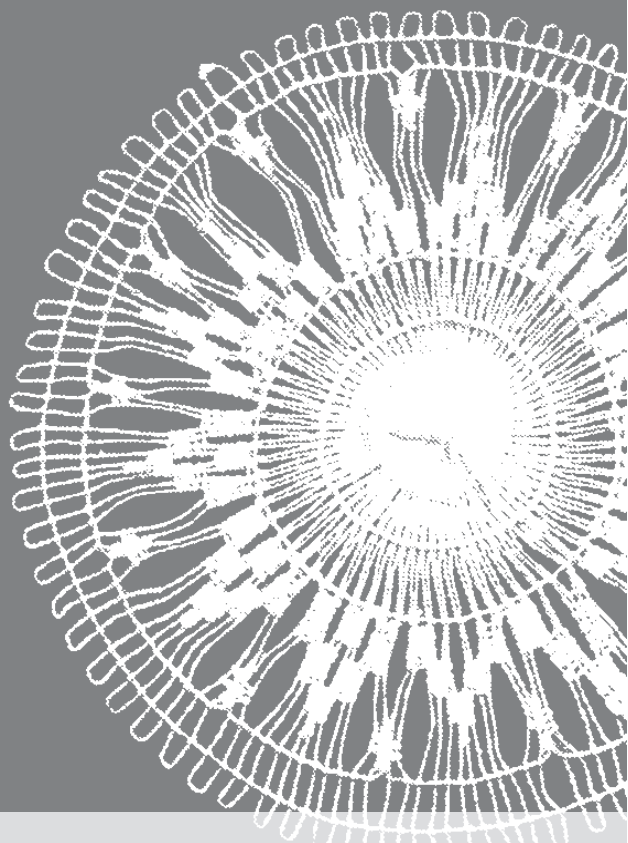




SERIE: INVESTIGACIONES JURÍDICO-PENALES

# CONTRATOS DE VIAJE Y TURISMO

VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ





## ÍNDICE

Introducción .....	157
1. Terminología.....	159
2. Sujetos intervinientes .....	160
3. Tipicidad del contrato de turismo .....	161
a) Social .....	161
b) Jurídica.....	162
4. Convención de Bruselas: especies de contratos. ....	163
5. Contrato de Intermediación de Viaje (C.I.V.).....	163
a) Tesis del mandato .....	164
b) Tesis de la locación de obra .....	165
c) Tesis del contrato de transporte .....	166
6. El Contrato de Organización de Viaje (C.O.V.).....	166
7. Causa y objeto del contrato de organización de viaje .....	167
8. Incumplimiento del C.O.V. ....	168

9. Responsabilidad .....	169
10. Convención de Bruselas .....	171
11. Plazos de prescripción según la Convención de Bruselas .....	174
Bibliografía .....	175

## INTRODUCCIÓN

Viajar hoy día, ya no constituye una diversión reservada a ciertas elites con poder económico, como ocurría en otras épocas. Las ventajas a través de los distintos tipos de financiamientos, la organización de paquetes turísticos con precios accesibles y la globalización, que nos permite acceder a través del cable o internet al conocimiento de regiones y países antes solo conocidos por láminas en los libros de geografía incentivan nuestro interés por conocerlos, revolucionando el turismo y generando lo que se dio en llamar la “industria del viaje” o “la industria sin chimeneas”.

De lo que antiguamente se conocía como el “viaje a medida” hecho en base a una programación establecida por el viajero se ha pasado a los paquetes turísticos en donde el empresario se encarga de organizar el viaje, promoviendo un programa completo, denominado viaje combinado, al cual tienen acceso por su costo, un altísimo número de personas que obtienen de esta forma unas vacaciones sin tener que preocuparse mayormente por organizarlas, pues lo tiene todo preestablecido.

En este breve trabajo, trataremos de efectuar una visión rápida del fenómeno que describimos, analizando la naturaleza de las relaciones que se establecen entre el cliente y el proveedor de los paquetes turísticos, sus características y las responsabilidades que generan, puntualizando la falta en nuestro país de una legislación protectora específica, en beneficio del usuario y del prestador de servicios.



## 1. TERMINOLOGIA

La expresión **“contrato de viaje”** es utilizada no como contrato de transporte de personas, ya sea por tierra, aire y mar, sino en el que le otorga el Convenio Internacional de Bruselas (1970), en su art. 1º al señalar que **“es un contrato de organización de viaje como un contrato de intermediación de viaje”**.

Diferenciando un tipo de contrato de otro, vemos que en el contrato de transporte de personas, el viajero obtiene su pasaje directamente de la empresa de transporte (o a través de un agente o representante) que se limita a trasladarlo hasta un destino determinado, concluyendo allí sus obligaciones.

En el contrato de viaje sin embargo, la empresa o la agencia, no sólo se ocupa del transporte de las personas que contratan con ellas, sino también de organizar el viaje. Esta responsabilidad conlleva el deber de asesorar al viajero, velando porque el mismo cuente con los servicios expresamente convenidos. Quien echa mano a un contrato de viaje, lo hace esperando no sólo ser transportado a destino, sino también que sus reservas, alojamientos, traslados y conexiones, estén debidamente coordinados a fin de tener la tranquilidad de contar con un buen asesoramiento y que su viaje se realizará en la forma, plazo y modalidades convenidos. De manera que la empresa organizadora del viaje debe ofrecer como prestación las funciones de organización y coordinación del viaje programado. Quien adquiere un pasaje en una empresa de turismo espera encontrar un servicio idóneo y responsable, por lo que la empresa o agencia debe realizar una gestión amplia, explícita y sobre todo responsable.



## 2. SUJETOS INTERVINIENTES

Por un lado, como lo hemos señalado precedentemente, se encuentra la empresa de viajes o la agencia de viajes o el agente de viajes, la que a su vez comprende toda una compleja red de prestadores de servicios que van de transportadores a hoteleros, dueños de restaurantes, disquerías, shoppings, centros deportivos, etc. y por el otro se encuentra el turista, consumidor del servicio que suscribe un texto normalmente predispuesto.

Con relación al primer sujeto, sea cual fuere la denominación que adopte ofrecen al cliente en forma directa o como intermediaria la posibilidad de los siguientes servicios: a) servicio de organización de tours, que comprende todos o algunos viajes y la reserva de hotelería y programación de actividades y b) cualquiera de los servicios mencionados sin integrar un paquete total de servicios.

Por su parte, la persona que celebra un contrato de viaje, ya sea contratando todo u paquete turístico o algunos de los servicios que integran los mismos pretende obtener de la relación que la prestadora de servicios le organice el itinerario, sus traslados, alojamientos excursiones opcionales y en general todo lo que le proporcione la tranquilidad de no tener que llegar a destino y comenzar la búsqueda de estos servicios.

Por ese motivo, el contrato de viaje es un figura jurídica multiforme difícil de encasillar sin mas en alguna de las locaciones conocidas (obras o servicios). En algunos casos, puede tomar la forma de una locación de servicios, otras de obra solamente, otras una combinación de ambas. También puede adoptar la forma del mandato o de la simple intermediación que caracteriza la actuación del agente de comercio.

La pluralidad de sujetos que participan en la prestación de los servicios genera problemas jurídicos importantísimos, como ser: a) la dificultad den la identificación del responsable y la delimitación de las respectivas obligaciones. Se produce un fenómeno raro, en la medida en que se concentra el aspecto económico se desintegra el aspecto jurídico y b) en muchas ocasiones aparece el elemento extranjería, que puede servir de punto de conexión para la

aplicación de una ley que resulta extraña al turista, ante tribunales igualmente extranjeros.

Por ello la aparición de un conflicto requiere un análisis específico del caso, a fin de poder determinar con certeza a que tipo de contrato corresponde y aplicar lo que dispone el art. 715 del Código Civil: **“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado , y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas”**.

### 3. TIPICIDAD DEL CONTRATO DE TURISMO

#### a) Social:

Los códigos civiles generalmente no regulan el contrato de turismo o el contrato de viaje, por lo que frecuentemente se lo suele incluir en la categoría de **“contratos innominados”** sin embargo hay acuerdo doctrinal en que tiene una alta tipicidad social al punto que se celebra y formaliza mediante un instrumento que contiene condiciones generales predispuestas, calificándose de contrato por adhesión. Por ello con gran realismo se dice, que las agencias de turismo someten la voluntad de los particulares y a su vez, son sometidas por la voluntad de las aseguradoras, que condicionan de hecho muchas de las disposiciones contenidas en los contratos.

Es frecuente observar que al iniciarse la relación entre el particular y la empresa de viajes, lo primero que se le entrega son una serie de folletos o revistas que contienen los paquetes turísticos ofrecidos y en la última página se encuentran detalladas las cláusulas respectivas, que generalmente son leoninas, pues contienen en la mayoría de los casos cláusulas de eximición de responsabilidad que dejan generalmente desprotegido al turista.

En nuestro país no se conocen muchos casos de demandas por incumplimientos de contratos de viajes, por lo que no poseemos alguna jurisprudencia al respecto. Si podemos mencionar, jurisprudencia argentina

en donde al pronunciarse sobre el valor de las cláusulas generales a las que nos hemos referido, han señalado por ejemplo: “Si tanto en los folletos suministrados por una empresa a cargo de la organización de viajes al exterior, como en la solicitud de inscripción, figuraban cláusulas relativas al conocimiento y aceptación de los interesados acerca del plan que regía el viaje, no puede luego intentarse acreditar su desconocimiento, ya que implicaría la existencia de una negligencia culpable que no puede tener amparo legal, máxime cuando no se ha demostrado la existencia de maniobras tendientes a ocultar las reales condiciones de la contratación” (Cám. Nac.Com. Sala B-27-3-81.”Alvarez Carlos c/ Organización Polvani S.R.L. y otro) o que “ La aceptación sin reserva alguna por la adquirente de los cupones referidos al servicios que contrata con una agencia de turismo, permite presumir su consentimiento con las condiciones en que se presta, no se advierte mala fe por la inclusión de una cláusula de irresponsabilidad en el cupón cuya claridad no deja dudas sobre los alcances de la misma” (Cam.Nac.Civ.,Sala C, 6-9-74.”Cordonnier de Linne c/ Viajes ATI S.A. Agencia de Turismo Integral”).

Sin embargo, otros magistrados se adecuan a las nuevas tendencias de protección al consumidor y han resuelto por ejemplo:” Las cláusulas de irresponsabilidad de la agencia turística contenida en el dorso del contrato no pueden ser invocadas contra las pretensiones de quien reclama daños y perjuicios derivados por el incumplimiento de aquel cuando ese contrato no fue suscrito por el accionante en oportunidad de la contratación, sin que la ausencia de ea firma le quite validez como contrato ya que no fue desconocido por la parte demandada” ( Cám.Nac.Com.Sala B, 27-9-77.Sztokhamer,R c/ Touring Viajes S.A.”).

### **b) Jurídica:**

Existen algunos instrumentos internacionales que regulan un mínimo de condiciones para la prestación de servicios. El mas importante es la Convención Internacional de Contratos de Viajes (C.I.C.V.) suscrito en Bruselas el 23 de abril de 1970, siendo nuestro país signatario del mismo.

Dicha Convención pretende asegurar un mínimo de tutela al viajero del país suscriptor del tratado, dejando a salvo la legislación interna mas favorable a aquel. También permite a los Estados partes reservarse la facultad de hacer

regir por su propia legislación el contrato de viaje “interno”, es decir aquel que no tiene puntos de contacto internacionales.

Lo más importante del C.I.C.V. es que declara nulas todas las estipulaciones que, directa o indirectamente, deroguen las disposiciones de esa convención en sentido desfavorable al viajero. La nulidad de esa estipulación no trae la nulidad de otras disposiciones del contrato. En particular son nulas todas las cláusulas que cedan al organizador o al intermediario el beneficio de seguros contratados por el viajero, o las que desplacen la carga de la prueba.

#### **4. CONVENCION DE BRUSELAS: ESPECIES DE CONTRATOS.**

La Convención Internacional de Contrato de Viaje, no define lo que es un contrato de viaje, tal como se supone debe ser una definición. Lo que establece es la definición y diferenciación entre contrato de organización de viaje (C.O.V.) y el contrato de intermediación de viaje (C.I.V.), como especies del género contrato de viaje, al que como ya hemos dicho, lo considera diferente al contrato de transporte.

Lo que si deja en claro, es que el contrato de viaje, no es un simple contrato de transporte de persona ya que en el art. 14 de la Convención señala:” **ni el organizador de viajes ni el intermediario de viajes son transportistas aun cuando el organizador de viajes pueda efectuar por sí mismo las prestaciones de transporte, alojamiento o cualesquiera otros servicios**”.

#### **5. CONTRATO DE INTERMEDIACION DE VIAJE (C.I.V.)**

El contrato de intermediación de viaje es aquel por el cual una persona (agencias de turismo) asume habitualmente la obligación de procurar a otra (viajero, turista, etc.) que paga un precio, un contrato de organización de un viaje, o una o alguna de las prestaciones independientes que permitan efectuar un viaje o una estadía cualquiera.

Es discutida cual es la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre el intermediario con el cliente o turista. Las principales posiciones asumidas por la doctrina son:

**a) Tesis del mandato:**

Un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia considera que este contrato se rige por las reglas del mandato: el turista – mandante – celebra con la agencia – mandataria – un contrato para que concluya con otra empresa un contrato de transporte, hospedaje, etc.

Tal pareciera ser el criterio de la Convención de Bruselas al disponer en su art. 17 que: **“Todo contrato concluido por el intermediario de viajes con un organizador de viajes o con las personas que le proveen prestaciones aisladas, se considera concluido por el viajero”**.

La jurisprudencia italiana justifica la calificación de mandataria con los siguientes argumentos:

- La denominación utilizada de intermediaria, evoca muchas veces, la posición de alguien que actúan en nombre de otro.
- La naturaleza del servicio desarrollado: la agencia se compromete a prestar una actividad de cooperación externa y jurídica, que no consiste en un resultado; el cumplimiento de una actividad comercial constituye el elemento diferenciador del mandato respecto de otras especies, entre ellas la locación de obra, en la que el sujeto se obliga a una actividad (material o intelectual, no comercial) que culmina siempre en la producción de un resultado.
- La manera en que la compañía realiza su propia utilidad. En el contrato de viaje, al igual que en el mandato, no existe alea, pues la determinación a forfait responde a la exigencia del buen funcionamiento de la agencia. La calificación del contrato como mandato trae como consecuencia que la agencia sólo se obliga a que exista identidad o analogía entre lo que prometió procurar (medio de transporte, tipo, categoría de hotel, visitas guiadas, etc.) y lo efectivamente prestado, pero no responde por las deficiencias que se verifiquen

en el curso de la prestación del servicio prometido. De estas, sólo responderá si se le prueba *culpa in eligendo* o *culpa in omitiendo*, del mismo modo que un mandatario responde por la falta de diligencia propia pero no por el hecho de terceros con los que contrata.

Esta posición resulta insatisfactoria para ciertos sectores de la doctrina, a la luz de las nuevas tendencias de protección al consumidor, que señaláramos párrafos atrás de allí que surgieran nuevas posiciones que analizaremos brevemente.

Mención aparte merece el hecho que en muchos contratos de viaje, incluyen entre las condiciones generales predispuestas, una cláusula por la cual la agencia se define como intermediaria entre el cliente y el empresario que efectuará prestaciones varias, declarándose responsable solo por las obligaciones inherentes al contrato de mandato. De este modo, se hace cargar al viajero con la mayoría de los gastos derivados del retardo del servicio de transporte, de epidemias, huelgas o cualquier otra causa. Por supuesto que si este contrato se califica como mandato, las cláusulas serán válidas, pero si se entiende que es un contrato innominado, o se aplica la normativa del transporte, tales cláusulas serían nulas.

#### **b) Tesis de la locación de obra:**

Algunos autores sostiene que el contrato que se celebra entre agencia de viajes y turista se encuadra dentro de las normas de una locación de obra, la agencia de viajes es una empresa, cuya función económica es entregar un producto concluido (el paquete turístico).

Considerando esta postura, tendremos que la agencia no sólo se obliga a una actividad sino a un resultado, por lo que el incumplimiento contractual se produce por el solo hecho de no alcanzar el objetivo (la realización del viaje) De ahí, que si el viajero resulta víctima de un accidente, el transportista será responsable por el hecho ilícito y la agencia, por el incumplimiento contractual, lo que da mayores seguridades al usuario, adaptándose a las nuevas tendencias proteccionistas del consumidor.

### c) Tesis del contrato de transporte:

Quienes sustentan esta tesis, consideran que son aplicables al contrato de viaje, las disposiciones relativas al contrato de transporte, pro considerar que ésta es la prestación esencial y preeminente respecto de las otras prestaciones que integran el paquete turístico.

## 6. EL CONTRATO DE ORGANIZACIÓN DE VIAJE (C.O.V.):

En este tipo de contrato, una persona (organizador de viajes) se obliga, en nombre propio mediante un precio global, a prestar un conjunto de servicios combinados de transporte, alojamientos independientes del transporte u otros servicios u operaciones similares entre transportistas.

En el art. 1°, inciso 5° el Convenio de Bruselas se refiere al organizador de viajes definiéndolo como: **“toda persona que habitualmente asume el compromiso contemplado en el inciso 2° (contrato de organización de viaje) ya sea esta su actividad principal o no y la ejerza o no a título profesional”**.

El Convenio, si bien requiere habitualidad, no exige que se trate de una empresa, pero indudablemente que por la complejidad de funciones que deben desplegarse, la coordinación de trabajo personal y la utilización de los medios adecuados para un servicio eficiente, determinan la necesaria presencia de una empresa generalmente conocida como empresa de turismo o empresa de viajes. En los usos se suele denominarlas *“empresas mayorista de viajes”* y sus servicios, por lo general, suelen llegar al público a través de las agencias o intermediarios de viajes, diseminados por diversos países, lo cual no excluye que pueden atender al cliente y celebrar con éste el contrato de modo directo.

El contrato de organización de viajes, crea a cargo del organizador prestaciones múltiples, esto es un conjunto de servicios combinados de transporte, de alojamiento, y servicios conexos. Por ello resulta apresurado querer encuadrar este contrato en alguna de las figuras típicas como ser locación de obra, servicios, etc. Pues lo más importante es caracterizar a esta figura como un contrato en el cual el organizador de viajes asume frente al

viajero una obligación de un resultado. El art. 15 del Convenio de Bruselas dice al respecto: *“El organizador de viajes que encomienda a terceros las prestaciones de transporte, de alojamiento o cualquier otro servicio correspondiente a la ejecución del viaje o de la estada, se hace responsable de todo perjuicio causado al viajero en razón del incumplimiento total o parcial de estos servicios de acuerdo con las disposiciones que los rigen. Se hace responsable asimismo, por todo perjuicio causado al viajero en el cumplimiento de las prestaciones, salvo que el organizador de viajes prubara que se ha comportado como organizador competente de viajes en la elección de la persona que ejecuta el servicio “.*

## 7. CAUSA Y OBJETO DEL CONTRATO DE ORGANIZACIÓN DE VIAJE

La causa del contrato, el fin turístico, consiste en el intercambio de un conjunto de prestaciones, consideradas globalmente, por ello normalmente no se expresa el nombre de los empresarios que efectúan dichas prestaciones ni el precio que corresponde a cada una de ellas individualmente. Al turista lo que le interesa es asegurarse la participación en un viaje que reúna las características ofrecidas por la agencia, y a ésta, reunir un número de participantes que le permita obtener la utilidad de su iniciativa.

La voluntad de una de las partes contratantes, el turista, no se fracciona direccionándose simultáneamente a negocios múltiples o heterogéneos (a algunos de los cuales, puede ser impredecible para él). Por el contrario existe un contrato único que resulta de la combinación de diversos esquemas negociales (transporte, suministro, depósito, etc.).

El objeto no es el complejo de las prestaciones singulares sino el viaje tomado globalmente como entidad autónoma respecto a las prestaciones singulares que lo componen.

La actividad del operador de turismo (o mayoristas) se convierte en un verdadero producto comercial caracterizado por una prestación específica y por un precio que solo determinados agentes están en condiciones de ofrecer al mercado. Por eso se ha dicho que la profesionalidad específica del operador



turístico está basada en su capacidad de obtener márgenes significativos de beneficios a través de un gran número de participantes y de viajes.

Obviamente el viajero tiene la posibilidad de organizar su propio viaje siguiendo el programa ofrecido por el operador turístico, pero el precio de las vacaciones resultará siempre mayor.

## **8. INCUMPLIMIENTO DEL C.O.V.**

Dada la globalidad que unifica a todas las prestaciones individuales la noción de incumplimiento debe ser cuidadosamente analizada.

Pueden darse dos situaciones:

- Si el incumplimiento no incide de manera significativa respecto del programa de viaje, en principio, el resarcimiento está excluido porque el daño no es cuantificable: no es posible establecer su valor en el mercado ni el porcentaje que tiene la prestación incumplida, en estos casos ni siquiera puede hablarse de incumplimiento parcial.

- Si el incumplimiento es de importancia en el contexto del viaje, se aplican los remedios previstos en el Código Civil, en especial, la disminución del precio. El juez podrá disponer una indemnización equitativa, en la cual deberá tener siempre presente la peculiaridad del objeto del contrato turístico.

En concreto, el incumplimiento de una de las prestaciones previstas en el programa puede llegar a ser jurídicamente irrelevante si no tiene entidad en el incumplimiento total o no incide en la totalidad del cumplimiento contractual ( un caso muy frecuente de excursiones organizadas de nuestro país a otros de idiomas diferentes, es el compromiso de contar con guías de habla española, lo cual en la generalidad de los casos no se cumple, pero si de todas formas alguien ha ido a recibir a los viajeros, los ha individualizado y trasladado a su destino, no puede considerarse como un incumplimiento contractual, mas bien sería una deficiencia de la agencia respectiva que incidiría en su imagen comercial en el futuro).

Ahora de tratarse de un incumplimiento importante, como ser la afectación de una cantidad considerable de días del tour por incumplimientos parciales o totales, sí dará lugar a indemnizaciones.

No es excusable, dice una fallo jurisprudencial argentino, que los servicios prometidos por la empresa organizadora del tour queden sin prestar por la simple razón de que no aparezca quien deba hacerlo, ya que ello pone en evidencia las faltas de la organización.

Esta responsabilidad de la empresa organizadora subsiste, aún cuando pruebe que los servicios estaban contratados y que el incumplimiento se debió a la culpa de los respectivos prestadores, por el principio de la culpa in eligendo y por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 854 del Código Civil: *“El que realiza la obra está obligado a ejecutarla personalmente o hacerla ejecutar bajo su responsabilidad por otro, a menos que, por su naturaleza o por cláusula expresa, esté incluida la posibilidad de la ejecución por otro.*

*Si la obra debiera ejecutarse bajo la forma de empresa, el empresario, salvo pacto en contrario, deberá contar con los medios, máquinas y útiles necesarios para su realización y deberá también suministrar los materiales”.*

## 9. RESPONSABILIDAD

En este tópico abarcaremos lo relativo a la responsabilidad que asumen los empresarios y agentes de viajes, cuya actividad es mas amplia y compleja, asumiendo una serie de relaciones jurídicas, de las que emanan determinadas obligaciones a su cargo:

Hemos venido señalando que la Convención de Bruselas, distingue entre el organizador y el intermediario.

Sobre el organizador pesa una responsabilidad limitada, con presunciones de culpa, pero de base finalmente subjetiva, pues se puede liberar acreditando su propia diligencia en la elección.

Podemos distinguir tres supuestos:

- **Incumplimiento de las obligaciones de organización:** responde de los actos y de las omisiones de sus dependientes y representantes cuando ellos actúan en el ejercicio de sus funciones como si fuera por sus propios actos y omisiones (art. 12 del C.I.C.V). Consecuentemente debe reparar al viajero todo perjuicio causado en razón de la inejecución total o parcial de las obligaciones de organización, tal como ellas resultan del contrato o de esa convención, salvo que pruebe que ha actuado diligentemente (art. 13 del mismo cuerpo).

- **Incumplimiento de prestaciones inherentes a la ejecución del viaje o estadía:** si el organizador de viajes realiza por sí mismo las prestaciones de transporte, de alojamiento y toda otra prestación relativa a la ejecución del viaje o estadía, responde de todo perjuicio causado al viajero conforme a las disposiciones que rigen las mencionadas prestaciones (art. 14). Es decir, responde como transportista, hotelero, etc.

- **Si las prestaciones son realizadas por terceros,** se distinguen dos especies:

En general, deben reparar los perjuicios causados al viajero en razón de la inejecución total o parcial de las prestaciones.

Pero si los daños han sido causados en ocasión de la ejecución de esas prestaciones, solo responde en caso de culpa in eligendo, pues se libera si prueba que se ha comportado diligentemente en la elección de las personas que ejecutan la prestación (art.15).

Los intermediarios o agentes de viaje tienen una posición mas favorable, ya que carecen de legitimación pasiva en el juicio en que se reclaman los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones asumidas en una excursión turística, si solo ha intervenido en el negocio como simple intermediaria de la organizadora del tour. Esta no es sin embargo, una conclusión absoluta ya que el agente intermediario es responsable frente al cliente cuando éste sufre un perjuicio a raíz de que el agente no ha remitido a la empresa organizadora los fondos o la documentación requerida en debido

tiempo, o cuando ha incurrido en error en la información o asesoramiento brindado al cliente sobre la calidad de esa empresa organizadora y de los servicios que brinda.

El cliente confía en su agente de viajes, no tiene otro medio idóneo para contar con una información veraz que le permita adoptar una decisión correcta.

### **Daño moral:**

El fin perseguido por el viajero es disfrutar de un periodo de distracción, hacer un paréntesis anual de trabajo. Este es su interés en la prestación contratada. Ahora bien, es indemnizable el daño derivado de la insatisfacción de ese interés causada por el incumplimiento del operador o del agente?. Tenemos el firme convencimiento que sí y de esta forma se han manifestado ya diversos fallos argentinos sobre todo que han hecho lugar a la indemnización del daño moral en casos de frustración de las expectativas, producidas por las molestias, inconvenientes, demoras, etc. Ocasionados en el transporte y alojamiento. En tal sentido, se ha dicho que la responsabilidad contractual de la empresa organizadora del viaje de turismo comprende el daño moral que experimenta el demandante por las angustias, el abandono, la falta de asistencia, la búsqueda de alojamiento para sí y su esposa e hijos, para proveer de sus necesidades en el extranjero.

## **10. CONVENCION DE BRUSELAS:**

Por considerar que este es un instrumento de suma importancia en el manejo de las relaciones que se crean entre organizadores de viaje o intermediarios de viajes y el cliente o turista, haremos una breve reseña de las principales regulaciones que contiene.

### **Ámbitode aplicación:**

El art.2°, inciso 1° dispone que: *“El presente Convenio regirá todo contrato de viaje concluido por un organizador de viajes o por un intermediario de viajes cuando sus oficinas centrales, o a falta de esta, su residencia habitual*

*o la empresa a través de la cual se ha concluido el contrato de viaje se encuentren en un estado contratante". El inciso 2° dice: que será aplicado sin perjuicio de las legislaciones especiales estableciendo disposiciones más favorables para algunas categorías de pasajeros".*

### **Obligaciones generales de los organizadores e intermediarios de viajes y los viajeros:**

El art. 3° de la Convención dispone: *En el cumplimiento de las obligaciones resultantes de los contratos definidos en el art. 1°, el organizador de viajes y el intermediario de viajes velarán por los derechos e intereses de los viajeros de acuerdo con los principios generales del derecho y el buen empleo de los mismos en esta esfera".*

### **Contrato de organización de viaje:**

Entre las estipulaciones básicas que debe contener el art. 6° dispone: *"El documento de viaje contendrá las siguientes indicaciones: a) lugar y fecha de su emisión; b) el nombre y la dirección del organizador de viajes; c) El nombre del o de los viajeros, y si el contrato hubiera sido concluido por otra persona, el nombre de ésta; d) los lugares y fechas de iniciación, de finalización así como las estadas; e) todos los detalles necesarios referentes al transporte, las estadas y todas las prestaciones accesorias incluidas en el precio; f) el número mínimo exigido de viajeros, si correspondiera; g) el precio global correspondiente a todas las prestaciones previstas en el contrato; h) las circunstancias y condiciones bajo las cuales el viajero podrá solicitar la rescisión del contrato ;i) toda cláusula atributiva de competencia arbitral en virtud del art. 29; j) la indicación de que el contrato queda sujeto a pesar de cualquier cláusula en contrario, alas disposiciones del presente Convenio; y k) cualesquiera otras indicaciones que las partes de común acuerdo, juzguen conveniente incluir en el presente".*

### **Facultad de desistimiento unilateral a favor del viajero:**

Art. 9°: *El viajero podrá en todo momento rescindir el contrato, total o parcialmente, bajo reserva de indemnizar al organizador de viajes de acuerdo con la legislación nacional o a las disposiciones del contrato".*

## **Posibilidad de resolución contractual reconocida al organizador de viajes:**

El art. 10° admite que el organizador de viajes pueda invocar la resolución contractual en los siguientes casos:

### **a) Circunstancias sobrevinientes imprevisibles:**

“El organizador de viajes podrá rescindir sin indemnización el contrato, total o parcialmente, cuando antes o durante la ejecución del mismo se presente circunstancias de carácter excepcional que el organizador no pueda haber conocido en el momento de la conclusión del contrato, y que, de haberlas conocido en ese momento, le hubieran ofrecido razones valederas para no concluirlo”.

### **b) No reunirse en el plazo previsto el número mínimo de viajeros:**

“El organizador de viajes podrá igualmente rescindir el contrato sin indemnización cuando no se hubiera alcanzado el mínimo de viajeros previsto en el documento de viaje, a condición de que este hecho sea puesto en conocimiento del viajero por los menos quince días ante de la fecha en la cual el viaje o la estada debían iniciarse”.

## **Obligación impuesta al organizador de viajes en caso de resolución contractual por alguna de las circunstancias previstas precedentemente:**

Dispone el art. 10, inciso 3° “En caso de rescisión de contrato antes de su ejecución, el organizador de viajes deberá reembolsar íntegramente la suma que hubiera recibido del viajero. En caso de rescisión de contrato durante su ejecución el organizador deberá tomar las medidas necesarias en interés del viajero; además las partes deberán compensarse mutuamente en forma equitativa”.

## **Responsabilidad del viajero en el contrato de organización de viaje:**

Dispone el Convenio en el art. 16: “El viajero será responsable del perjuicio causado por su culpa al organizador de viajes o a personas ante las cuales éste deba responder en virtud del art. 12 en razón del incumplimiento de las

obligaciones que le corresponden conforme al presente Convenio o los contratos que éste rige; la falta se calcula basándose en la conducta normal de un viajero”.

Las disposiciones que rigen la responsabilidad del intermediario son bastante similares a las ya detalladas para los organizadores de viaje, por ello consideramos ocioso transcribirlas pues no ofrecen mayores diferencias.

## 11. PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN SEGÚN LA CONVENCION DE BRUSELAS

El art. 30 del Convenio prevé tres supuestos para determinar el plazo de prescripción de las acciones que puede promover el viajero o sus herederos.

a) Caso de muerte, heridas o cualquier “otra lesión a la integridad física o mental del viajero ocurrida antes de vencido el plazo para la finalización del servicio: prescribirán en un plazo de dos años que comenzará a correr a partir de la fecha prevista para la finalización de la prestación que de lugar al litigio”. Coincide con el plazo de prescripción previsto en nuestro Código Civil en el art. 663, inciso f.

b) Caso de muerte del viajero ocurrida después de la fecha prevista para la finalización del viaje, pero por un hecho acaecido durante este: “El plazo comenzará a correr desde la fecha del deceso sin que pueda exceder de tres años a contar desde la fecha prevista para la finalización de esta prestación”.

c) Con relación a otros juicios dispone: “Las acciones a las que pueda dar lugar un contrato de viaje regido por el presente Convenio, fuera de las mencionadas en el inciso 1° quedarán prescriptas en el plazo de un año, este plazo comenzará correr en la fecha prevista en el contrato para la finalización de la prestación que diera lugar al litigio”.

Concluimos diciendo que hemos realizado una pequeña investigación con la colaboración de algunos agentes de viajes, quienes en forma unánime han señalado la carencia de normas legales más específicas que regulen al contrato de viaje, en nuestro país y que la elaboración de estos instrumentos

es un anhelo largamente acariciado por los mismos, a fin de contar con reglas claras de juego tanto para el prestador de servicios como para el usuario de los mismos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

FARINA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos Editorial Astrea.

CARLUCCI, Aida K. De Contratos Modernos Rubinzal Culzoni.

ENCINA FAZIO, Marta Responsabilidad de las Agencias de Viajes.

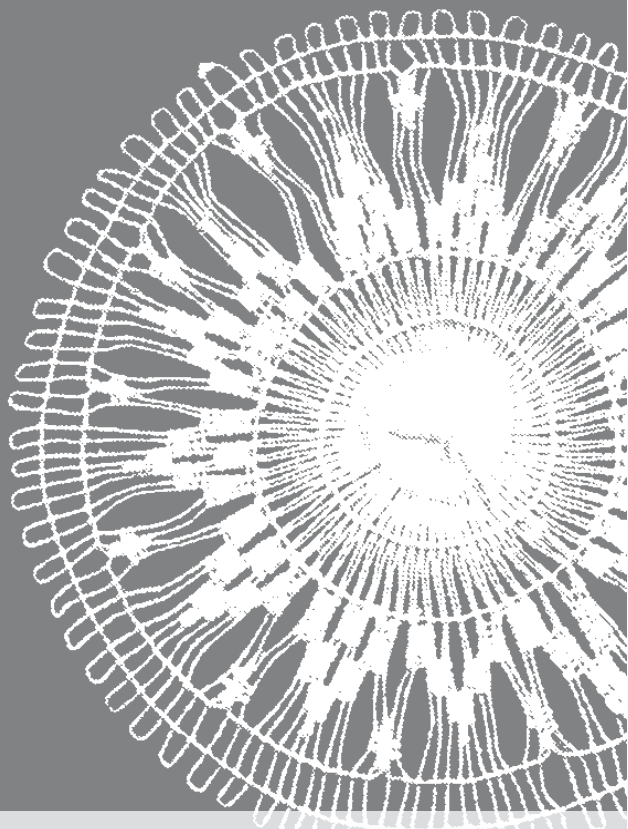




SERIE: INVESTIGACIONES JURÍDICO-PENALES

# VIOLENCIA DOMÉSTICA

JOVITA ROJAS





## ÍNDICE

Introducción .....	181
<b>CAPÍTULO I</b>	
Objetivos y marco problemático .....	185
1. Objetivos .....	187
1.1. Objetivo general .....	187
1.2. Objetivos específicos .....	187
2. Marco problemático .....	187
2.1. Antecedentes .....	187
2.2. Formulación del problema .....	188
2.3. Proyecciones .....	189
<b>CAPÍTULO II</b>	
La familia. ....	191
Concepto. Evolución. Legislación. Su extensión. ....	193
1. La familia: Conceptualización .....	193
2. La violencia .....	194

**CAPÍTULO III**

Bases normativas de carácter general. ....	195
Violencia en la familia .....	197
Antecedentes patrios. Concordancias y análisis .....	200
Legislación comparada sobre violencia intrafamiliar .....	202
Código Laboral.....	203
Código Penal .....	203
La Ley 1600/2000, “Contra la violencia doméstica” .....	204
Instituciones públicas y privadas .....	204

**CAPÍTULO IV**

Diseño metodológico .....	207
Naturaleza del diseño .....	209
Metodología y técnicas .....	210
Escenario geográfico - jurisdiccional del estudio .....	211
Grupos poblacionales del Paraguay .....	211

**CAPÍTULO V**

Aportes y conclusiones .....	213
Bibliografía.....	223

## INTRODUCCIÓN

A pesar de la reciente regulación de la violencia doméstica en los cuerpos jurídicos actuales, el debate que suscita el tema de la violencia doméstica o intrafamiliar, tanto en materia legislativa como las políticas públicas por parte del gobierno, existen muy pocos estudios que en forma rigurosa hayan medido los efectos y la magnitud de los costos que genera la misma.

El debate académico se ha estancado entre quienes minimizan el problema, hablando de la poca trascendencia que esta tiene en el desarrollo nacional justificando su posición en que existen problemas más graves y urgentes a ser tratados y otro sector que considera a este flagelo como el único o más importante obstáculo para el desarrollo, ya que ataca la célula de sociedad “la familia”, con sus naturales consecuencias, su destrucción, la pérdida de valores y por ende la pérdida de la identidad cultural.

En nuestro país, el problema de violencia doméstica o intrafamiliar tratado con publicidad es de reciente data, y su estudio se ha centrado en la descripción del problema, algunas instituciones a nivel gubernamental como ser la Secretaria de la Mujer desde su creación en el año 1.992, y algunas ONGS han intentado medir o proponer diseños de políticas eficaces para prevenirla, combatirla, sancionarla y erradicarla. Así, la ignorancia de gran parte de la ciudadanía sobre la dimensión real del problema y de sus efectos nocivos para nuestra sociedad no tiene sino fatales consecuencias para el combate efectivo de la misma.

Todo esto hace que la realización del diagnóstico de la forma como están conformadas actualmente las familias paraguayas, y el índice de violencia detectadas en la misma, a pesar de ser una tarea reconocidamente difícil, sea también una tarea imprescindible. Esta investigación pretende realizar una aproximación al tema de estudio realizando un trabajo de diagnóstico en una fase determinada del problema desde el punto de vista jurídico, circunscribiendo la investigación a los casos de violencia doméstica denunciados ante la Autoridad competente, en la Jurisdicción de San Lorenzo desde la promulgación de una ley especial que la regula “ Ley 1.600/00 “.

En la actualidad, el problema de la violencia doméstica, ya no puede considerarse un cuestión única y exclusivamente de carácter privado, sino que esta trasciende al ámbito público, y urge la necesidad de su visualización como un grave problema social. Debido a esto, hemos realizado el trabajo de diagnóstico comenzando con el examen de tres hipótesis distintas en relación con un posible aumento de la misma.

Estas hipótesis son: 1) Aumento real de casos; 2) Mayor control legal y social (difusión de la misma por los organismos encargados y sociedad civil); 3) Cambio de los juicios de valor y conceptual acerca de lo que se entiende por violencia familiar.

Es relevante estudiar rigurosamente cada una de las hipótesis. Desde el punto de vista de estas hipótesis se desprende que su estudio requiere tanto de una definición contextualizada de la violencia doméstica, como así mismo de un trabajo interdisciplinario de profesionales, cuyo análisis excede el objetivo de este trabajo.

Para realizar esta investigación, se recurrió a distintos estudios realizados sobre el tema, en el país y en el exterior; a textos psicológicos y sociológicos; publicaciones, análisis de especialistas, diarios, folletos, boletines y estadísticas.

En este trabajo la violencia doméstica es foco de atención y se profundizará el tema sobre un aspecto de la misma, la que hace referencia a la violencia conyugal (comprendido el régimen de concubinato y otras uniones de hecho, permanentes, casuales o transitorias, que no estén amparados por éste régimen).

El presente informe contempla, en primer lugar, la enunciación de los objetivos generales y específicos de investigación.

A continuación, se desarrolla un capítulo dedicado al análisis de la problemática de la violencia intrafamiliar, como fenómeno social revisando los antecedentes nacionales y regionales de trabajos sobre el tema, lo cual posibilitó la formulación de las principales hipótesis que guiaron la investigación.

En el siguiente capítulo, se presenta el Marco Teórico de la investigación, es decir, una articulación conceptual acerca de los principales aspectos involucrados en el análisis: La familia, su definición y quienes lo componen, la violencia como concepto genérico, la violencia doméstica como concepto específico; percepciones y creencias culturales acerca de la familia y ésta asociada al tema general “el capital social” como modelo de desarrollo.

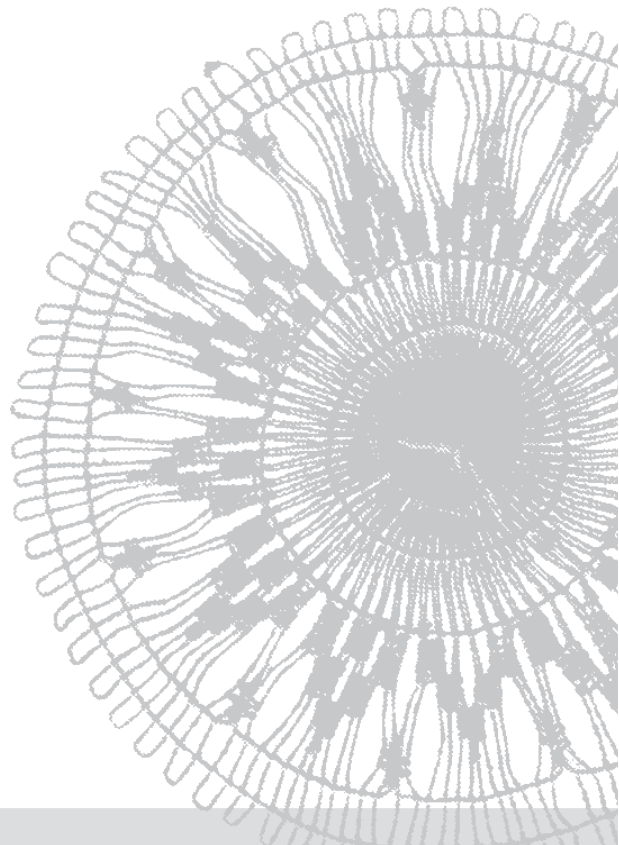
Más adelante, se consignan las características metodológicas de la investigación, los escenarios geográficos y las poblaciones estudiadas.

Por último, se analizan los resultados, se formulan conclusiones generales y recomendaciones como aporte para el diseño de acciones efectivas para minimizar el problema.





CAPÍTULO I  
OBJETIVOS Y MARCO PROBLEMÁTICO





## 1. OBJETIVOS

### 1.1. Objetivo general

Identificar las falencias del marco regulatorio de la violencia doméstica.

### 1.2. Objetivos específicos

- a) Caracterizar la violencia doméstica como un grave problema social.
- b) Revalorizar a la familia como elemento clave para el desarrollo del país.
- c) Identificar las formas o medios para disminuir el problema de la violencia doméstica.
- d) Analizar el marco jurídico y el procedimiento establecido en la Ley 1.600/2.000.

## 2. MARCO PROBLEMÁTICO

### 2.1. Antecedentes

El problema de la violencia doméstica o intrafamiliar, es una de las formas de violencia más antiguas conocidas en la historia de la humanidad y ha representado una característica de la vida familiar tolerada y aceptada por

la sociedad, basado en la creencia generalizada de que lo que sucede dentro del ámbito de una familia es una cuestión absolutamente privada.

En la actualidad, se ha comenzado a definir la VIOLENCIA DOMÉSTICA como un grave problema social, pudiendo detectarse diversos tipos de violencia, y existe una tendencia hacia la victimización de las personas más débiles dentro de la estructura familiar, en especial contra la mujer, los niños y los ancianos.

La violencia atenta contra la dignidad de las personas y deja huellas indelebles en sus víctimas con consecuencias que se transmiten también en forma de violencia, a otras generaciones creando una cadena que es difícil de romper.

Este clima de inseguridad, tensión y agresión dentro de la familia destruye el significado que ésta tiene como lugar de protección y apoyo; repercute negativamente en la salud mental y en los procesos de socialización de sus miembros llegando hasta la desintegración de la familia.

Sin embargo, recién a partir de los años 60 la violencia doméstica es tratada como problema social, comenzando a generarse una conciencia colectiva sobre esta situación. Posteriormente, en los años 70, con el nacimiento de movimientos feministas se acentúa el estudio sobre la misma sobre todo la violencia ejercida sobre las mujeres. Hoy por hoy, la mayoría de las legislaciones contemplan leyes de prevención, sanción y erradicación de la violencia familiar.

## **2.2. Formulación del problema.**

La importancia de la prevención, sanción y erradicación de la violencia doméstica, ha sido enfocada desde diversos ángulos; en efecto se ha hecho hincapié en el problema de la violencia conyugal, por su impacto creciente en la conciencia comunitaria ya que genera la necesidad de contar con los recursos adecuados a fin de brindar respuestas psicológicas, sociales y jurídicas.

Partiendo del reconocimiento del rol que cumple la familia como célula fundamental de la sociedad y asumiendo el hecho de que es este el escenario

donde se produce el fenómeno de la violencia intrafamiliar, creando un creciente deterioro en la cohesión familiar que se trasunta en todos los niveles de la sociedad, esta investigación se pregunta cuál es el marco jurídico en que se maneja esta problemática, y si las instituciones encargadas de la concientización como de su aplicación han sensibilizado a la comunidad de que la misma constituye un grave problema social.

Así mismo, establecer si se han realizado avances significativos hacia su minimización y cómo lo hacen. Esta tarea es sumamente importante, porque actualmente el SER HUMANO es considerado como uno de los elementos del “capital social “ anteriormente ignorado como” factor de crecimiento “ imprescindible para el desarrollo nacional.

En este contexto de globalización en que se ha convertido el planeta, en que las relaciones entre los países y los mercados se multiplican en acciones de alta complejidad, con direcciones contradictoras de evolución e incertidumbre el ser humano queda sumergido en el anonimato. La meta del desarrollo económico y social cada vez parece más viable teniendo como parámetro el desarrollo de las tecnologías de punta y un alto potencial productivo, pero esta realidad se halla muy distante de gran parte de la población de América Latina y especialmente la de nuestro país.

No podemos soslayar la asimetría del desarrollo a nivel mundial en que por un lado tenemos un gran avance o crecimiento aparente y por el otro lado este mismo crecimiento sumerge al ser humano en grandes desequilibrios ecológicos creados por el mismo , poniendo en peligro su habitad y su propia supervivencia.

### **2.3. Proyecciones.**

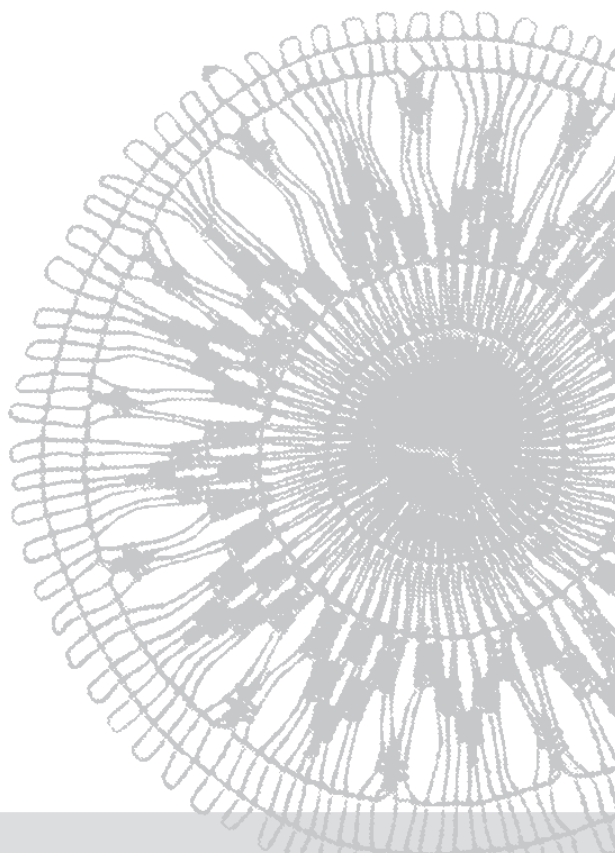
Se espera que esta investigación represente un marco de referencia importante desde el punto de vista de la información obtenida sobre las denuncias formuladas en sede jurisdiccional de éste fenómeno.

Al abordar una temática escasamente analizada, contribuirá al acervo jurídico nacional sobre un aspecto de la violencia familiar [...la generada entre la unión estable de un hombre y una mujer “matrimonio o concubinato”...], a fin de tener un marco teórico referencial adecuado a nuestra

idiosincracia, a los efectos de la interpretación y aplicación de la ley especial al caso concreto o particular.

Así también se desea que este trabajo genere bases para la formulación de planes y programas acerca de la revalorización de la unidad familiar y como su consecuencia inmediata el rescate de valores culturales propios de nuestro pueblo, así como sensibilizar a los sectores gubernamentales de la necesidad del diseño e implementación de programas de terapia y reeducación familiar.

CAPÍTULO II  
LA FAMILIA







## **CONCEPTO. EVOLUCION. LEGISLACION. SU EXTENSION.**

### **1. LA FAMILIA: CONCEPTUALIZACIÓN.**

Con la finalidad de establecer conceptos claros y evitar confusiones antes de abordar el problema de la violencia familiar, intentaremos esbozar algunos conceptos básicos necesarios para estructurar las bases teóricas de la investigación.

Se define LA FAMILIA, como un grupo social permanente, que reúne a individuos que llenan funciones diferentes y que tienen jerarquía distinta, y se hallan unidos entre sí por vínculos de parentesco, ya sea por consanguinidad, ya sea de afinidad.

Los principales caracteres sociológicos de la familia son:

- a) Es la única forma de asociación integral.
- b) En ella se realiza la conciliación de la independencia del individuo con la unión estrecha que significa el vínculo familiar.
- c) Realiza la conciliación de lo inconsciente y emocional con lo consciente y reflexivo.
- d) La familia socializa al individuo.

e) Ella es el grupo social más enérgico, que permite la continuidad de la vida social.

Federico Le Play, Fundador de la Escuela de la Ciencia Social<sup>1</sup>, sostiene que la familia es la unidad social elemental y necesaria de toda la vida colectiva, y con esa premisa fundamental, cree que el verdadero modo de conocer la sociedad es estudiando la familia. Conocer la familia es dominar la sociedad.

La importancia del análisis del concepto de familia radica fundamentalmente en el hecho de que ella es la unidad básica en la composición de toda agrupación, en tal forma que no podemos concebir la existencia de la sociedad como un todo, sin que previamente supongamos la existencia de vínculos familiares. Ella es así, la unidad social básica y la célula social por excelencia. La familia es la sociedad lo que la célula es al organismo.

La familia, en tanto grupo humano, es un medio especialmente propicio para la emergencia de conflictos entre sus miembros.

## 2. LA VIOLENCIA.

La familia atraviesa en su desarrollo por distintas etapas evolutivas, lo que facilita la aparición en menor o mayor grado de conflictos, que se resuelven en la mayoría de los casos en su propio seno y otros requieren en cambio la ayuda externa para la resolución del problema.

Es necesario distinguir por ello la noción entre conflicto intrafamiliar y la violencia familiar propiamente dicha.

Podemos definir a la agresividad como la capacidad humana para oponer resistencia a las influencias del medio.

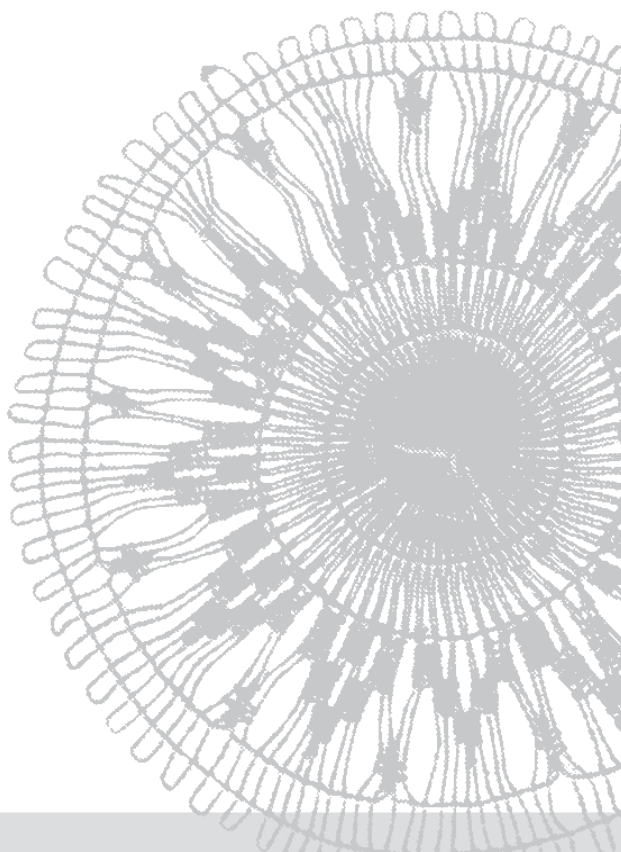
La agresividad humana no es un concepto valorativo, sino descriptivo, no es buena ni mala, sino que forma parte de la experiencia humana y tiene, siempre, una dimensión interpersonal<sup>2</sup>.

---

1. POVIÑA, Alfredo. Sociología, 3era. Ed. Assandri. Córdoba. 1.954.

2. CORSI, Jorge (Complador). Violencia Familiar, 3era. Ed. Paidós SAICF, Bs.As. 1.999.

CAPÍTULO III  
BASES NORMATIVAS DE CARÁCTER GENERAL





La raíz etimológica del término violencia nos remite al concepto de “fuerza”. El sustantivo “violencia” se corresponde con verbos tales como “violentar”, “violar”, “forzar”.

A partir de aquí podemos decir que la violencia implica siempre el uso de la fuerza para producir un daño. El uso de la fuerza, nos remite siempre al concepto de poder e implica la existencia de un “arriba” y un “abajo”. Ej. La relación hombre-mujer; padre-hijo.

En sentido más restringido, la violencia individual, es un método posible para la solución de un conflicto o un intento de doblegar la voluntad del otro, de anularlo. Para que exista es necesario la existencia de un cierto desequilibrio de poder, que a su vez puede ser permanente o momentáneo.

## **VIOLENCIA EN LA FAMILIA**

Cuando hablamos de este tipo de violencia nos estamos refiriendo, a las distintas formas de relación abusiva que caracterizan de modo permanente o cíclico al vínculo intrafamiliar.

La violencia familiar representa un grave problema social, ya que se estima que el 50% de las familias sufre o ha sufrido alguna forma de violencia.

Para que se configure un caso de violencia familiar, la relación de abuso debe reunir las siguientes características: ser crónica, permanente o periódica. En este contexto, vemos que cualquier miembro de la familia, independientemente de su raza, sexo y edad, puede ser agresor o víctima de la relación abusiva, con

las graves consecuencias que ello conlleva, como por ejemplo los problemas de salud, por la debilitación de sus defensas físicas y psicológicas, disminución en el rendimiento laboral, los menores víctimas o testigos de este entorno familiar, presentan dificultades en el aprendizaje y trastornos de conducta escolar, los niños provenientes de hogares violentos, tienden a reproducir esta situación en su vida adulta y generalmente presentan conductas delictivas, en varias ocasiones han tenido serios desenlaces como lesiones graves y asesinatos.

A partir del análisis de la casuística, podemos diseñar un cuadro de las formas más frecuentes en que se presenta la violencia doméstica:

VÍCTIMAS DE VIOLENCIA	FORMAS DE MALTRATO	CARACTERÍSTICAS DE MALTRATO
1. Infantil	Forma activa  Forma pasiva	Abuso psíquico, sexual y emocional  Abandono físico y emocional  Niños, niñas y adolescentes, testigos de violencia
2. Conyugal	Hacia la mujer  Recíproca o mutua hacia el hombre	Físico, emocional, económico, etc.
3. A los ancianos	Formas activas  Formas pasivas	Físico, emocional, económica.  Abandono físico y emocional.

En este trabajo seleccionamos de la casuística existente en el ámbito judicial descrito precedentemente para analizar con mayor profundidad el problema

de la violencia doméstica generada entre los cónyuges, concubinos o convivientes y sus consecuencias en la estructura familiar.

El porcentaje más alto de este tipo de maltratos corresponde del abuso del hombre hacia la mujer, y en escala decreciente los casos de violencia recíproca, y un porcentaje ínfimo de abusos hacia el hombre.

Podemos describir separadamente los tipos de violencia ejercida en este ámbito del siguiente modo:

### **1. Violencia hacia la mujer:**

El maltrato sufrido por la mujer por parte de su Esposo, concubino o conviviente, son las más denunciados. El maltrato puede consistir desde un insulto y llegar a un homicidio.

### **2. Violencia física:**

Este tipo de agresiones incluye desde un pellizco y puede ir ascender gradativamente hacia actos más violentos como empujones, bofetadas, puñetazos, patadas, torceduras, en muchas ocasiones con la finalidad de producir abortos, lesiones internas, desfiguraciones, y llegar hasta el homicidio.

### **3. Violencia emocional:**

Se refiere a aquellos actos verbales por los cuales se profiere insultos, gritos, críticas permanentes, desvalorización, amenazas, etcétera. La mujer sometida a esta situación emocional sufre una progresiva debilitación psicológica, generalmente presenta cuadros depresivos, que la puede llevar al suicidio.

### **4. Violencia sexual:**

Consiste en el abuso o imposición de actos de orden sexual contra la voluntad de la mujer. Incluye la violación marital.



Luego de exhaustivo análisis podemos concluir, que con la aplicación de esta nueva Ley, podemos enfrentar en forma adecuada con el flagelo que cotidianamente azota y permea a la sociedad paraguaya y es una herramienta legal, efectiva en la protección de todas las personas que sufren algún tipo de violencia en el ámbito familiar, de tal manera que con ella se puede proteger a quienes la sufren, sancionar a sus responsables, y en la medida de lo posible, rehabilitarlos de tal manera a lograr una mayor solidaridad y cohesión social.

## **ANTECEDENTES. ANTECEDENTES PATRIOS. CONCORDANCIAS Y ANÁLISIS**

La República del Paraguay, trata en diversos cuerpos Legislativos sobre el tema en cuestión, otorgándole rango constitucional como Estado Social de Derecho que es (Artículo 1°. De la Carta Magna).

La familia constituye el núcleo social primario de toda comunidad y en ese sentido el niño, niña o adolescente, desarrolla sus primeras experiencias en este círculo, adquiriendo así el influjo del ambiente que le rodea. Esta persona será el ser humano del mañana, y es este el presente del cual depende su futuro y ese presente es hoy.

El Estado como garante de los derechos fundamentales del ser humano debe entonces, considerando a la familia como célula fundamental de toda sociedad, rodearla de las máximas garantías que aseguren su protección integral. Esta debe ser la base sólida sobre la cual se asentará un real Estado Social de Derecho, que propugne políticas sociales efectivas y aplicables.

Respetando el orden de prelación de las normas jurídicas consagrado en el artículo 137 de la Constitución Nacional vigente, ella constituye “la ley suprema de la República, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado...”.

Por lo que consecuentemente, en primer lugar nos referiremos a la ley fundamental, la que en su Capítulo IV, Título II, Parte I, trata de los Derechos de la Familia, específicamente en los artículos 49 al 61.

De los mencionados artículos, mencionaremos aquellos que consideramos directamente relacionados con nuestra investigación:

El Art. 49 de la Constitución Nacional expresa: “ De la protección a la familia. La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá su protección integral. Esta incluye a la unión estable del hombre y la mujer, a los hijos y a la comunidad que se constituya con cualquiera de los progenitores y sus descendientes “. Este artículo concuerda con el Artículo 2º. De la Ley Nro. 1/92. De la Reforma Parcial del Código Civil que transcripita dice: “ La unidad de la familia, el bienestar y protección de los hijos menores y la igualdad de los cónyuges son principios fundamentales para la aplicación e interpretación de la presente Ley. Dichos principios son de orden público y no podrán ser modificados por convenciones particulares, excepto cuando la Ley lo autorice expresamente”.

Este artículo hace alusión al principio de “orden público”. Este principio se refiere al conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad jurídica, los cuales por afectar directamente a la organización de ésta, no pueden ser modificadas por la voluntad de los individuos, ni por aplicación de normas extranjeras.

En este análisis no podemos soslayar el cambio que ha sufrido el concepto de familia tradicional que sustentaba un modelo patriarcal, hacia un modelo de familia más igualitaria, pluralista y democrática. El modelo anterior fundado en la autoridad y subordinación ha cedido hacia nuevos conceptos de igualdad, pluralismo y democracia.

Efectivamente la coexistencia de diversas formas familiares obliga a postular modificaciones normativas, sin olvidar el reconocimiento de la familia como institución natural y fundamental de la sociedad.

El principio de matrimonialidad consagrada en la Carta Magna, cede en los casos de las llamadas “uniones de hecho”. Esta institución tiene rango constitucional, Art. 51, 2º párrafo de la C.N., y se halla reglamentada en la Ley No. 1/92. Artículos 83 al 94.

El Artículo 51, 2º, dispone: “... Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley”.

Nuestra Carta Magna aprobada en 1992 establece un marco general para prevenir la violencia intrafamiliar, y el Art. 60 expresamente dice: “El Estado promoverá políticas que tengan por objeto evitar la violencia en el ámbito familiar y otras causas destructoras de solidaridad”.

Siguiendo el análisis normativo, habíamos expresado que el Art. 137 de la C.N., contiene el principio de prelación, ubicando a los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, en segundo lugar, inmediatamente después de la Carta Fundamental.

En este sentido, al momento de aplicar la normativa en los procesos de violencia doméstica, los tratados internacionales tienen aplicabilidad prioritaria y se encuentran por encima de los Códigos y Leyes dictadas por el Congreso.

Hasta ahora hemos hecho un recorrido normativo de la institución familiar y su regulación jurídica por parte del Estado, por lo que seguidamente analizaremos la normativa con relación a “la Violencia” que se genera en su seno, en el orden de prelación establecido en la Constitución Nacional.

## **LEGISLACION COMPARADA SOBRE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**

### **A nivel internacional:**

Sin entrar en mayores abundamientos, trataremos en este apartado solamente aquellos instrumentos internacionales que consideramos de mayor relevancia sobre el tema en estudio.

Con la adopción de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer en 1.979, y luego con las Conferencias de Viena sobre Derechos Humanos de 1.993 y la Conferencia de Beijing sobre la

Mujer en 1.995, la violencia contra la mujer, tanto a nivel público y privado, comenzó a tratarse como una violación de derechos humanos, en el sistema de las Naciones Unidas.

### **A nivel regional:**

Se firmaron los siguientes instrumentos jurídicos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, más conocida como Convención de Belém Do Pará, ratificado por nuestro país como Ley Nro. 605/95.

### **A nivel nacional:**

Esta contemplado en diversos instrumentos normativos:

## **CÓDIGO LABORAL**

En éste sentido la modificación del Código Laboral en 1995, determina como causas justificada de terminación del contrato por voluntad unilateral del empleador / a: “ Los actos de acoso sexual, consistente en amenaza, presión, hostigamiento, chantaje o manoseo con propósitos sexuales hacia un trabajador de uno u otro sexo por parte de las representantes del empleador, jefes de la empresa, oficina o taller o cualquier otro superior jerárquico (Art. 81, inc.w) y el art. 84 inc. d, dispone; “los actos de violencia, acoso sexual, amenazas, injurias o malos tratos del empleador o sus representantes, familiares o dependientes, obrando estos con el consentimiento o tolerancia de aquel dentro del servicio y cometidos contra el trabajador, su cónyuge, sus padres, hijos o hermanos”.

## **CÓDIGO PENAL**

El Nuevo Código Penal, que entró en vigencia en 1.998, incluye expresamente en el artículo 229, la violencia familiar como delito, así mismo incorpora conceptos como la “coacción sexual”, que es más amplio al de

violación y permite denunciar otras formas de atentados contra la autonomía sexual.

## **LA LEY 1600/2000, “CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA”**

Aprobada por el Parlamento Nacional el 21 de setiembre del 2000 y promulgado por el Poder Ejecutivo el 6 de octubre del mismo año. Se establece en líneas generales la protección a toda persona de la violencia física y psicológica que se desarrolla en el ámbito familiar, y otorga una comprensión amplia del mismo, incluyendo los vínculos de parentesco, a los matrimoniales y los generados por la unión de hecho, aun cuando hubiese cesado la convivencia, a las parejas no convivientes y a los hijos e hijas, sean o no comunes. Se establecen normas de protección urgentes para las víctimas, gratuidad en los procedimientos y en los servicios de atención que se les preste, así como la obligación del Estado de realizar un seguimiento y evaluación de su aplicación. Entre las disposiciones más importantes se cuenta la potestad de los Juzgados de Paz para la recepción de denuncias y aplicación de las medidas urgentes de seguridad, lo que permitirá el acceso de más personas a la justicia, puesto que se cuenta con esta instancia judicial en cada distrito del país.

La Ley es de carácter civil, quedando sin embargo la víctima con la posibilidad de instaurar la acción penal en el caso que así lo crea conveniente. La acción penal propiamente ocasiona muchas veces un perjuicio mayor a la familia, ya que no posibilita un solución alternativa del conflicto, dejándola sin sustento económico o bien genera represalias entre los cónyuges. La Ley establece medidas de protección que no se encuentran reguladas en la legislación nacional. El Art. 2, de la ley es el que contempla el principal mecanismo de protección de la ley.

### **INSTITUCIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS:**

El Estado Paraguayo, así como la ciudadanía, ha tomado conciencia de este flagelo y se han formado organismos de carácter público y privado para

defender el derecho que tenemos todos a desarrollar una vida libre de violencia, entre las más importantes se mencionan:

**La Secretaría de la Mujer**, dependiente de la Presidencia de la República, con rango ministerial, que viene realizando campañas de lucha contra la violencia doméstica, sin bien ha sido un aporte significativo aún es insuficiente.

**La creación de una Comisión Interinstitucional:** integrada por el Ministerio del Interior, el de Educación y culto, Salud Pública y Bienestar Social, de Justicia y Trabajo, Ministerio Público, Policía Nacional, Municipalidad de Asunción, Secretaria de la Mujer y la Coordinación de Mujeres del Paraguay.

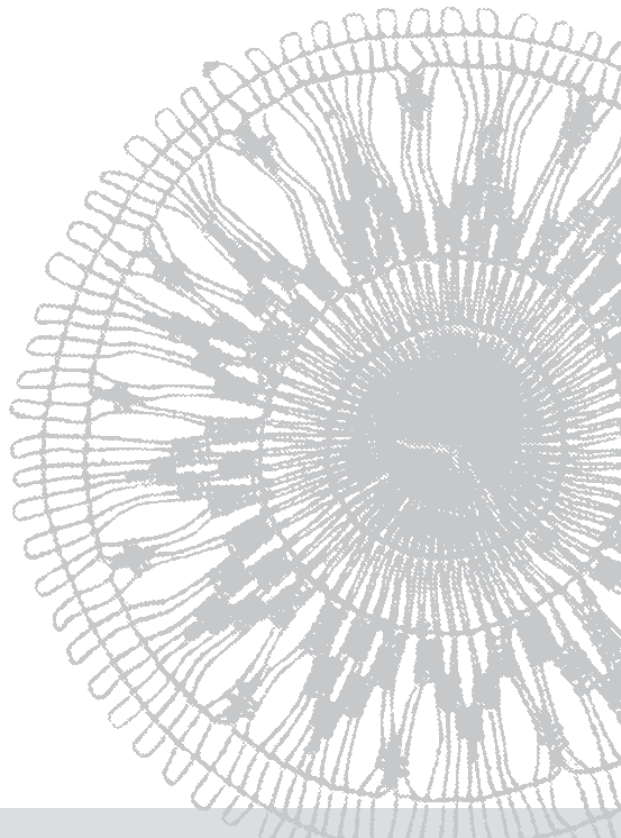
**La Comisión Tripartita:** Conformada por la Secretaria de la Mujer en representación del Estado, la Coordinación de Mujeres del Paraguay, por la Sociedad Civil y las Naciones Unidas.

**Centro de Atención a Mujeres víctimas de violencia**, que funciona en Emergencias Médicas “Dr. Luis María Argaña”.

**ONG’S:** Actualmente existen dos que trabajan exclusivamente en el tema de violencia contra la mujer Kuña Aty y Coletivo de Mujeres 25 de Noviembre , una que trabaja en los casos de niñas víctimas de abuso sexual, BECA, y otra que trabaja en el tema de la postitución de mujeres, “Luna Nueva”.



CAPÍTULO IV  
DISEÑO METODOLÓGICO







## NATURALEZA DEL DISEÑO

El diseño de esta investigación es de tipo descriptivo, cualitativo y multidisciplinario. Se buscó recoger y analizar la información presentando las modalidades resaltantes que adquiere la relación entre las unidades temáticas violencia doméstica, su impacto en la estructura familiar y su influencia en el desarrollo nacional.

La naturaleza descriptiva de este diseño deviene de la necesidad de conocer con mayor profundidad una temática poco abordada hasta el presente en el país. La escasez de estudios específicos sobre el tema hizo necesaria esta primera aproximación a fin de identificar líneas de indagación para futuros análisis.

Se trabajó fundamentalmente con los datos cualitativos obtenidos a partir del análisis de la casuística existente en sede jurisdiccional a partir de las denuncias interpuestas desde la vigencia de la Ley 1600/00, ante los Juzgados de Paz de San Lorenzo, J. Augusto Saldivar, Capiatá e Itauguá. Se completó la información con algunos indicadores numéricos provenientes tanto de la misma investigación como de fuentes secundarias.

Por el tipo de diseño elegido las hipótesis descriptas anteriormente fueron utilizadas para facilitar el encuadramiento metodológico y conceptual del trabajo. Con la información obtenida en esta primera aproximación se podrá más adelante- en otros trabajos- generar hipótesis explicativas acerca de otros aspectos específicos detectados.

El carácter multidisciplinario estuvo dado por la combinación de perspectivas de abordaje y análisis desde la psicológica, la economía, las ciencias sociales, etc.

## **METODOLOGÍA Y TÉCNICAS**

El proceso de la investigación contempló las siguientes

Actividades metodológicas:

- Revisión bibliográfica de la literatura conceptual y empírica sobre el tema, así como datos secundarios en general (censos, encuestas, etc).

- Diseño de los instrumentos de recolección de datos.

- Selección de los Juzgados de San Lorenzo, Capiatá, Itauguá y J.A. Saldivar, a fin de relevar los datos necesarios (trabajo de campo).

- Contacto con las localidades y recaudo de informes de los Juzgados de Paz seleccionados, de los Centros de Salud, Policía Nacional, Ministerio Público, etc.

- Recolección de datos a través de:

- a) Revisión de la casuística existente sobre violencia doméstica en los Juzgados de Paz, desde la vigencia de la Ley.

- b) Documentación audiovisual (grabaciones, fotografías, videos, colecciones, recortes periodísticos, etc).

## ESCENARIO GEOGRÁFICO-JURISDICCIONAL DEL ESTUDIO

### El Paraguay.

El Paraguay se halla ubicado entre los meridianos de 54° 19' y 62° 38' oeste y los paralelos de 19° 18 y 27 o 30' sur, con una superficie de 406.752 Kilómetros cuadrados. Limita con el Brasil, Argentina y Bolivia.

Se pueden identificar dos regiones naturales bien diferenciadas divididas por el Río Paraguay: La Región Oriental y la Región Occidental

## GRUPOS POBLACIONALES DEL PARAGUAY

### 1. Región Occidental.

El chaco tiene una población de 97.208 habitantes (Censo 1992) que representan el 2,4% del total del país, resultando una demográfica de 0,4% habitantes por Km<sup>2</sup>.

### 2. Región Oriental.

La Región Oriental tiene una población de aproximadamente 4.026.342 de habitantes, que representa el 97,6% de la población total del país, con una densidad demográfica de 25,2% de habitantes por Km<sup>2</sup>. Esta región es mucho más poblada que la occidental.

### Grupo poblacional analizado.

Se analizaron las denuncias formuladas ante los Juzgados de Paz de San Lorenzo, J. A. Saldivar, Capiatá, Itauguá, sobre violencia doméstica.

Estos Juzgados dependen de la Circunscripción Judicial de la Capital.

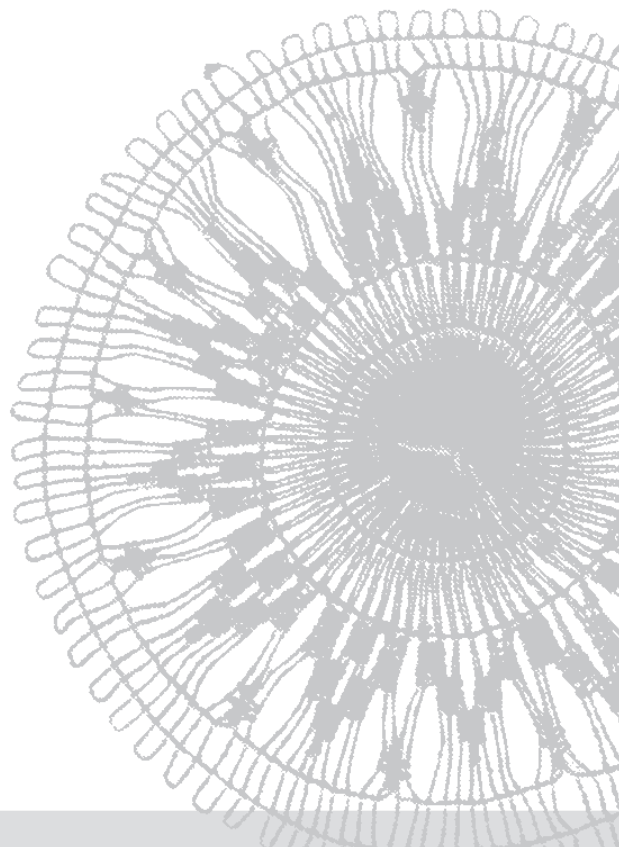
A su vez de los casos judicializados, se seleccionaron aquellos casos en que la violencia ha sido verificada entre cónyuges (comprendidos aquellas parejas unidas en concubinato u otro tipo de unión irregular).

## **TOTAL DE POBLACIÓN**

(Según informe obtenido por las Municipalidades)

CIUDAD DE SAN LORENZO	400.000 Habitantes
CIUDAD DE CAPIATA	200.000 “
CIUDAD DE ITAUGUA	100.000 “
CIUDAD J.A.SALDIVAR	50.000 “

CAPÍTULO V  
APORTES Y CONCLUSIONES





En la actualidad, se abre un nuevo debate acerca de la visión convencional del desarrollo de las naciones y se intenta incorporar nuevos conceptos como el de “capital social” potencialidad hasta ahora ignorada y como aporte quizás significativo al desarrollo económico y social.

Stiglitz<sup>3</sup> propugna que “un principio del consenso emergente es que un mayor grado de humildad es necesario”, así mismo destaca que se ha visto al desarrollo como un “problema técnico que requiere soluciones técnicas”, y la experiencia nos demuestra que esto va mucho más allá de ella. Señala que “un evento definidor ha sido que muchos países han seguido los dictados de liberalización, estabilización y privatización, las premisas centrales del llamado consenso de Washington, y sin embargo, no han crecido. Las soluciones técnicas no son evidentemente suficientes”.

Los objetivos finales del desarrollo deben estar intimamente relacionados con la ampliación de las oportunidades reales de los seres humanos, de desenvolver sus potencialidades. Se dice que una sociedad progresa efectivamente cuando los indicadores claves, como esperanza de vida, calidad de vida y desarrollo de su potencial avanzan en las reformulaciones del pensamiento económico convencional, ha sido incorporado como tema central: EL CAPITAL HUMANO. Mejorar el perfil de la población, constituye un fin en si mismo, y una vía fundamental para alcanzar productividad, progreso tecnológico y competitividad en el ámbito económico. El papel del Capital humano es decisivo en la producción.

---

3. KLIKSBURG, Bernardo. Capital Social y Cultura. Claves Olvidadas del Desarrollo. Extraído del Documento Publicado por INTEL Divulgación. Departamento de Integración y Programas Regionales. Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe-INTAL-Banco Interamericano de Desarrollo. Junio 2.000. Documento de Divulgación.



En estudios recientes realizado por el Banco Mundial, desarrolla en detalle la visión de el tema de las instituciones debe ser incorporado en el análisis de las realidades económicas y el diseño de políticas. Entiende, como tales, al conjunto de reglas formales e informales y sus mecanismos de ejecución que inciden sobre el comportamiento de los individuos y las organizaciones de una sociedad. Se menciona entre las formales; las constituciones, leyes, regulaciones, contratos, etc.; y entre las informales; la ética, la confianza, los preceptos religiosos y otros códigos implícitos.

Este proceso de revisión profunda del pensamiento económico se incorpora al análisis de los conceptos de capital social y cultura.

Una serie de investigaciones realizadas en los últimos años revelan que muchos componentes no visibles del funcionamiento cotidiano de una sociedad, relacionadas directamente con la situación del tejido social básico, inciden profundamente en las posibilidades de crecimiento y desarrollo, denominados capital social.

Las áreas económica, política y social están íntimamente unidas. Lo que suceda en cada una de ellas va a influenciar directamente en las otras. Por lo que ya no se puede concebir una visión puramente economicista del desarrollo, pues de las otras áreas pueden surgir bloqueos muy serios y han ocurrido en la realidad. Hasta ahora existía el convencimiento de que alcanzado tasas significativas de crecimiento económicos, ello se volcaría hacia los sectores menos favorecidos y contribuiría significativamente para sacarlos de la pobreza, pero se ha arribado a la conclusión de que las relaciones entre desarrollo económico y desarrollo social tienen un carácter mucho más complejo.

Las Naciones Unidas a través de los informes de Desarrollo Humano, ha vislumbrado que no basta tasas significativas de crecimiento para solucionar la pobreza. El crecimiento, no ha sido acompañado en todos los casos por un mejor acceso a protección de salud, educación, servicios públicos y otros factores que contribuyen al bienestar social. Para que el crecimiento signifique bienestar colectivo, debe existir simultáneamente desarrollo social.

Wolfensohn (1996)<sup>4</sup>, Presidente del Banco Mundial, ha dicho al respecto “Sin desarrollo social paralelo no habrá desarrollo económico satisfactorio”.

Según el Banco Mundial, existen cuatro formas básicas de capital; el natural, constituido por la riqueza de los recursos naturales con que cuenta un país; el construido, generado por el ser humano, el capital humano, determinado por los grados de nutrición, salud, y educación de su población; y el capital social, descubrimiento reciente de las ciencias del desarrollo. Sosteniendo los estudiosos de la materia que estas dos últimas formas de capital son la base del desarrollo económico de las naciones a fines del siglo XX.

En definitiva: Qué es el Capital Social?

No existe una definición consensuada, pues se encuentra en una etapa de delimitación de su identidad de aquello que es, y de aquello que no es.

El precursor de los análisis de Capital Social, Putnam -1994<sup>5</sup>, dice que lo conforman: el grado de confianza existente entre los actores sociales de una sociedad, las normas de comportamiento cívico practicadas, y nivel de asociatividad que la caracteriza. Estos elementos son evidenciadores de la riqueza y fortaleza del tejido social interno de una sociedad.

Para Coleman -1990<sup>6</sup>-, otro de los precursores, el capital social se presenta tanto en el plano individual como en el colectivo.

Bass -1997<sup>7</sup>- dice que el capital social tiene ver con cohesión social, con identificación con las formas de gobierno, con expresiones culturales y comportamientos sociales que hacen a la sociedad más cohesiva, y más que una suma de individuos.

---

4. (idem) op.cit.

5. (idem) op.cit.

6. (idem) op.cit.

7. (idem) op.cit

A pesar de que los estudios sistemáticos recién se iniciaron hace menos de una década, el capital social, ya ha dado muestras de su presencia y acción efectiva.

La influencia positiva de un componente central del capital social, en numerosos aspectos ha sido verificada por diversas investigaciones realizadas en varios países y se arribó a la conclusión de que cuanto mayor es la solidez de ese capital social básico, mejores fueron los resultados y al revés.

El Capital Social, está operando en la realidad a diario y tiene un gran peso en el proceso de desarrollo, al respecto Hirschman -1984<sup>8</sup>-, indica que se trata de la única forma de capital que no disminuye o se agota con el uso, sino que por el contrario, el mismo la hace crecer y señala *“El amor o el civismo no son recursos limitados o fijos, como pueden ser otros factores de producción, son recursos cuya disponibilidad, lejos de disminuir, aumenta con su empleo”*.

El capital social puede, así mismo, ser reducido o destruido, como resultado del efecto negativo de la violencia intrafamiliar. Así como la violencia de la sociedad repercute negativamente en la familia, la sociedad también recibe la violencia generada en cada familia, y en cada uno de sus miembros. La desintegración de la familia contribuye a la desintegración de la sociedad.

## CONCLUSIONES

Los datos recogidos y analizados en el presente trabajo permitan formular algunas conclusiones con respecto a nefastas consecuencias de la violencia intra familiar o doméstica como factor negativo al desarrollo nacional.

En primer lugar, se debe considerar dicha relación desde los diferentes factores que concurren a influenciarla: factores socioculturales, económicos, crisis de valores, entre otros.

---

8. (idem) op.cit

Este ordenamiento no significa una priorización, ya que se considera que el problema de la violencia doméstica admite una multiplicidad de aspectos involucrados.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1.600/2.000 sobre Violencia Doméstica, el Estado y por ende los ciudadanos se enfoca por primera vez, de forma seria uno de los aspectos más vulnerables de nuestro país “LA FAMILIA” como eje fundamental sobre la cual se erige la sociedad.

La reconstrucción, reforma, rescate de valores, defensa de la identidad nacional, en definitiva converge en un solo punto la conformación de la familia paraguaya y su consolidación frente a las serie de amenazas que sufre por el influjo del mundo globalizado y consumista.

La lucha contra la no discriminación es un tema en la que es necesario insistir, como así mismo es ineludible actualizar el concepto de familia y dado el rol crucial que ella cumple en la socialización de hombres y mujeres, es allí donde introducirse los cambios. La familia es un blanco legítimo para la política social ; por eso, se ha afirmado que la familia es el centro más importante del análisis y la acción en términos de ideología y política. Las legislaciones han establecido un ordenamiento de familia bajo el supuesto de que existe un tipo único de familia. Operar sobre este concepto, no sólo significa desconocer la realidad sino formular políticas que van a excluir de los beneficios y del acceso a los recursos a las familias que se distancien de ese concepto. En los últimos años emergen familiar de nuevo tipo que se basan, por lo general, en uniones de hecho y el rasgo que mejor define a estas estructuras de hogar, es la extensión de las relaciones de consanguinidad a las de solidaridad. Por ello es necesario que las políticas sociales fortalezcan a la familia, y lo que corresponde es redefinirla de acuerdo a las nuevas realidades.

Los procesos de reforma del estado deben ser aprovechados para avanzar hacia la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Aumentar la capacidad para solucionar problemas y resolver conflictos en forma eficaz requiere de la eliminación de las desigualdades de género.

El aumento paulatino de casos de violencia doméstica, nos permite afirmar la existencia de una grave crisis de valores en el seno del grupo familiar, de la

cual surgen consecuencias que perjudican el normal desenvolvimiento del mismo, afectando fundamentalmente a los hijos menores de edad. La aplicación estricta por parte de los Jueces de Paz de la Ley 1.600 de violencia doméstica partiendo del principio de la protección efectiva de la parte más débil, se debe asumir como contrapartida la responsabilidad de impedir que la demora o el no cumplimiento de las medidas ordenadas pueda provocar males de carácter irreparable a la víctima. Es imperiosa la necesidad de que los Juzgados de Paz cuenten con personal idóneo para controlar la implementación de las medidas, especialmente la ayuda de asistentes sociales. Se deberá sostener la vigencia de ésta Ley mediante campañas esclarecedoras de derechos, y garantizar el eficaz funcionamiento de este tipo de normas con infraestructura y recursos que permitan garantizar el cumplimiento de las medidas alternativas.

En éste sentido, los municipios están llamados a jugar un rol decisivo, posibilitando la colaboración y participación activa de los gobiernos estatales, autoridades locales y la sociedad en su conjunto, en un marco de respeto a la soberanía de los estados y municipios.

Fortaleciendo la conformación de las familiar paraguayas, estamos contribuyendo en gran medida al desarrollo nacional, a la defensa de la identidad cultural de nuestro pueblo y a la defensa de nuestra soberanía nacional.

La información en esta investigación ofrece un panorama que contiene descripciones sobre el grave problema social que se genera por la escisión de la familias. Esto permite plantear la búsqueda de alternativas conducentes a lograr una mayor cohesión y fortalecimiento de las mismas.

Posibilita también herramientas de juicio para revertir la situación de discriminación que viven las principales víctimas que son las mujeres, así mismo proponer una mayor cobertura a los niños, niñas y ancianos que también están integrados de manera permanente al ámbito familiar, incluso los hombres. Estos programas deben tener en cuenta la cultura, la situación vital, las prioridades y fundamentalmente, deben apuntar a que los Jueces de Paz, no solo sean aplicadores de la ley, sino gestores de los cambios sociales dentro de sus comunidades trabajando codo a codo con los otros estamentos

que lo integran involucrando así mismo a las familias en los procesos de desarrollo humano sostenible.

Algunas propuestas sugeridas a partir del análisis de los datos de la investigación son:

a) Promover el rescate, la sistematización y divulgación de los conocimientos sobre los valores culturales de nuestro pueblo.

b) Se propone, a nivel local, realizar esfuerzos para el

Mejoramiento de la infraestructura básica disponible, sobre todo fortalecer institucionalmente los órganos encargados de hacer cumplir la normativa, para facilitar el acceso a la justicia.-

c) Impulsar y divulgar la conformación y operación de organizaciones de carácter comunal, como alternativas válidas para apoyar y sostener las medidas tomadas en el ámbito jurisdiccional para el fortalecimiento de las familias.

d) Elaborar e implementar programas educativos dirigidos a la colectividad que pongan énfasis al grave problema social que ocasiona la violencia intrafamiliar.

e) Promover la introducción de contenidos actualizados de educación sobre como prevenir y erradicar la violencia del seno familiar en los programas de educación formal y no formal. Para la implementación de estos programas educativos podría hacerse uso de los medios masivos de comunicación, principalmente la radio, que es el medio informativo más popular y extendido en el país.

f) Promover la profundización de investigaciones sobre los otros tipos de violencia o abusos detectados, con la finalidad de concienciar a la comunidad sobre el grave problema social que representa la violencia familiar.

g) Incentivar la creación de programas de capacitación para profesionales, educadores y otros sectores involucrados, en este ámbito a nivel local.

h) Fomentar la creación a nivel local de hogares transitorios, para víctimas de violencia doméstica.

i) Alentar la incorporación dentro de los Hospitales Regionales, Centros de Salud locales, de programas de tratamiento y recuperación de las familias con problemas de este tipo de violencias.

Estos enunciados no son sino algunos de los tantos que podrían ser implementadas en la búsqueda de soluciones para este problema social que se nos plantea y que a luz de la experiencia recogida en el ejercicio de la magistratura de Paz, muchas las medidas de protección aplicadas no han sido sucedáneas para erradicar el problema, por la complejidad de los casos que requiere la participación de un equipo multidisciplinario, de médicos, psicólogos, trabajadores sociales, etc. y la falta de coordinación y seguimiento de las soluciones adoptadas entre las instituciones involucradas.

Por último, concluimos este trabajo con la siguiente reflexión.

En esta época de crisis, de valores ambivalentes, no podemos caer en la necesidad de ocultar que han aumentado los conflictos de toda índole, especialmente la que ha sido objeto de nuestro estudio.

Dentro de este contexto debemos tener siempre al HOMBRE (entiéndase el vocablo hombre como especie humana), como factor clave para el desarrollo de nuestro país y para ello, que mejor que recordar aquella moraleja del pequeño hijo, al que su padre había entregado un mapa del mundo, que previamente había roto en mil pedazos y le pidió que lo recompusiera como un rompecabezas. Grande fue la sorpresa del padre al ver que en pocos minutos su pequeño hijo le devolvió el mapa completamente armado. Entonces el padre le preguntó al hijo cómo lo había hecho, y el niño con toda inocencia le respondió que fue muy sencillo, porque al dorso del mapa estaba la figura de un Hombre, y que primero recompuso al hombre y así pudo arreglar el mundo. (Anónimo).

## BIBLIOGRAFIA

CONSTITUCIÓN NACIONAL

CÓDIGO CIVIL

CÓDIGO PENAL

CÓDIGO LABORAL

CÓDIGO PROCESAL PENAL

LEY 1/92. Reforma del Código Civil

LEY 1600/00. De Violencia Doméstica

CORSI, Jorge (Compilador); Violencia Familiar, Argentina, Paidós SAICF, 3ra. Edición, 1999.

DUTTO, Ricardo; Demanda de Exclusión de Hogar, Violencia Familiar, Argentina, Editorial Jurís, 2ª. Edición, 1997

KLIKSBERG, Bernardo, Capital Social y Cultura: Claves Olvidadas del Desarrollo, Extraído del Documento Publicado por INTEL divulgación, Junio 2000.

POVIÑA, Alfredo; Sociología, Argentina, Editorial Assandri, Tomo I,II,3ra. Edición, 1.954.

OSSORIO, Manuel, Diccionario Jurídico, 3ra. Edición, 1.954.

RED DE CENTROS DE INICIATIVAS Y DESARROLLO DE LA MUJER, 1600 razones para vivir sin violencia, Paraguay, 1ª. Edición, Paraguay, 2000.

RIVAROLA Mirtha, Line Bareiro y otras, Informe sobre la Implementación de la Plataforma de Beijing en Paraguay, (PNUD).

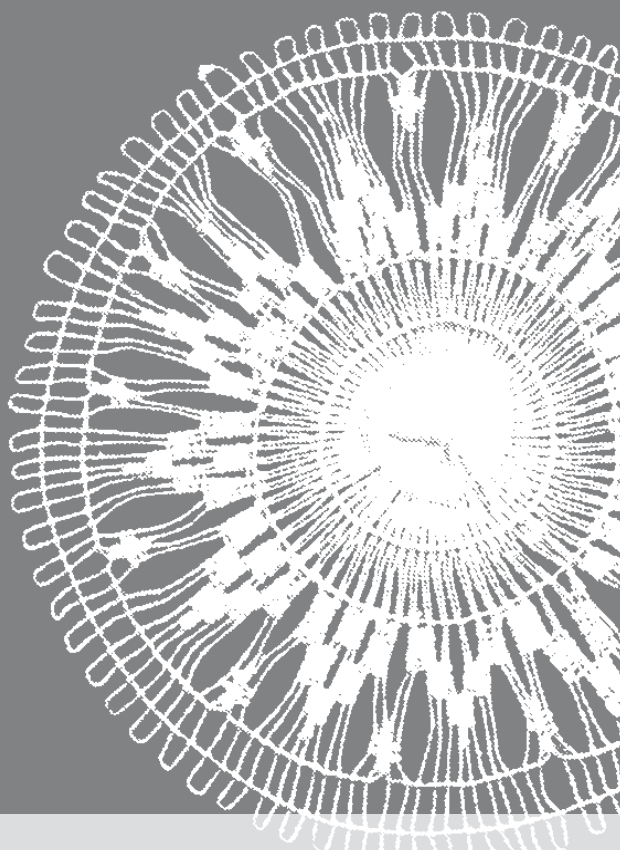




SERIE: INVESTIGACIONES JURÍDICO-PENALES

# LA PRUEBA ILICITA EN EL PROCESO PENAL PARAGUAYO

MIGUEL SAID BOBADILLA





## ÍNDICE

Introducción .....	229
La prueba. Definición .....	230
La prueba ilícita. Concepto .....	231
Pruebas ilícitas y pruebas ilegítimas: diferencias .....	232
La regla de exclusión. Concepto .....	236
Fundamentos de la regla de exclusión. ....	237
Confrontación entre el interés social y el individual .....	238
Consecuencias de la regla de exclusión .....	238
Argumentos a favor de la aplicación de la regla de exclusión .....	239
Argumentos contrarios a la aplicación de la regla de exclusión .....	241
La doctrina del fruto del árbol envenenado. Concepto. ....	242
Problemática de la admisibilidad de la prueba derivada .....	244
Bibliografía .....	245



## INTRODUCCIÓN

En el Paraguay, con el advenimiento de la democracia, producida con la gesta libertadora de febrero de 1989, se han producido profundos cambios en diversos órdenes de la vida social y política de la República, con el reconocimiento de las libertades públicas y las limitaciones al poder estatal. La promulgación de la Constitución Nacional de 1992, de corte moderno y democrático, ha incidido notablemente en el control al poder estatal, con la creación de novedosas figuras en la composición estructural del Estado, que dio andamiaje al aumento los derechos y garantías ciudadanas, principalmente de aquellas personas sometidas a procesos penales.

A partir de las limitaciones constitucionales al *Ius Punendi* estatal, es decir al derecho que tiene el Estado de sancionar a las personas por la comisión de un hecho punible, se han establecido claramente los parámetros de relación entre el Estado y el ciudadano común. Comenzaron los primeros pasos tendientes a adecuar todo el sistema normativo penal a las exigencias de la entonces novel Constitución. Fue así que en el año 1997 fue promulgado el nuevo Código Penal Paraguayo, que reemplazaba al antiguo Código Penal de Teodocio González de 1914, que tiene sus antecedentes en el Código de Baviera de 1813, cuyos rasgos eran fuertemente inquisidores. Luego, en el mes de marzo del año 2000, entró en vigencia plena el Código Procesal Penal Paraguayo, que reemplazaba al también vetusto Código Procesal de 1980, pasando de un sistema escrito, también inquisitivo, a un sistema oral y de corte acusatorio.

Es por todos conocida, la crisis social, política, económica, cultural y hasta moral por la que atraviesa nuestra región, comprendida principalmente por países ligados al MERCOSUR, como Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay. Los ingentes esfuerzos realizados por sectores democráticos que tuvieron un rol protagónico en la lucha por la vigencia de un Estado de Derecho y el derrocamiento de los regímenes totalitarios, se ven frustrados, cuando en la actualidad un gran sector de la ciudadanía expresa su descontento e insatisfacción, porque según los mismos, con la democracia vino aparejada, la crisis social, económica y una creciente inseguridad, traducidos en un marcado aumento de los índices de delincuencia, dando lugar a una sensación de impunidad ante la comisión de hechos punibles sean estos cometidos por marginales o por personas vinculadas a grupos de poder.

Asimismo, este sector ciudadano considera que dichos males se deben a que nuestra legislación penal se tornó sumamente permisiva con los delincuentes, existiendo en la actualidad intentos de reformas legales, especialmente en lo que respecta al Código Procesal Penal buscando una mayor “eficiencia” en los actos de investigación. Hacemos votos para que no se trastoquen los principios democráticos consagrados en los actuales cuerpos normativos, puesto que precisamente las nuevas figuras procesales son las que proporcionan el cimiento garantista del sistema, que tienen como objetivo evitar las inconductas procesales cometidas por los organismos de seguridad.

## LA PRUEBA. DEFINICION

En consabido que la prueba en su acepción mas amplia es todo medio que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente. Sin lugar a dudas, la prueba resulta el medio mas importante para descubrir la verdad real, siendo al mismo tiempo una garantía para evitar abusos o arbitrariedades que puedan surgir a partir del dictamiento de una resolución judicial.

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales Manuel Ossorio, define la prueba como el *“conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas*

*pretensiones litigiosas*". Las pruebas generalmente admitidas en las legislaciones son: de indicios, las presunciones, la confesión en juicio, la de informes, la instrumental o documental, etc.

Ahora, bien, desde una acepción mas restringida e introduciéndonos al ámbito específicamente penal, podemos conceptuar a la prueba como todo aquello que pueda permitir el descubrimiento de una verdad real referente a hechos o situaciones que son objeto de una investigación y sobre los cuales eventualmente recaerá una decisión judicial aplicando una ley penal.

Tal es así que en los procesos judiciales sólo podrán ser admitidos como ocurridos, los hechos que hayan sido comprobados a través de pruebas objetivas que fueron colectadas e introducidas lícitamente en los procesos, eliminando de esa forma los criterios de subjetividad en las decisiones judiciales.

## LA PRUEBA ILICITA. CONCEPTO

La experiencia nos señala que no hay procedimiento probatorio sin riesgos a errores. Pero estos errores, de hecho tienen su origen en un procedimiento probatorio mal o deficientemente practicado o en una incorrecta apreciación de la prueba.

Por ello, toda la actividad probatoria, que tiene como finalidad principal, establecer la exactitud o inexactitud de los hechos objetos del proceso, debe estar revestida de una legalidad casi sacramental, mediante la cual se evitarán arbitrariedades o errores judiciales, preservando al mismo tiempo la dignidad humana de la persona sometida a una investigación. El Estado, de ningún modo podrá beneficiarse de una prueba que ha sido lograda en violación a las normas previstas para su obtención, es decir por medio de la comisión de un hecho punible, aún cuando sea para descubrir y sancionar un delito ya que ello implicaría la aplicación del adagio maquiavélico de que el fin justifica los medios, que en materia penal resulta mas que perverso.

**Bernadette Minvielle, señala que “de prueba ilícita podremos hablar toda vez que comparezca un medio de prueba obtenido fuera del proceso en**



**violación de derechos constitucionales, principalmente, los que integran la categoría denominada derechos a la personalidad”** (La prueba ilícita en el derecho procesal penal, Marcos Lerner, Córdoba, 1987, p, 12).

Por tanto, básicamente podemos definir que la prueba ilegal es aquella que contraría el orden normativo, la que es obtenida vulnerando los principios y garantías constitucionales o que respetando dichos preceptos normativos, son introducidas en forma irregular a un proceso penal, violando en este último caso normas de carácter procesal.

## **PRUEBAS ILICITAS Y PRUEBAS ILEGITIMAS.DIFERENCIAS**

Ahora bien, dentro del contexto de prueba ilegal, que en su acepción amplia es aquella que contraría el orden jurídico, conviene hacer una distinción conforme al tipo de norma violada entre *prueba ilícita* y *prueba ilegítima*. En el primer caso se da cuando la violación o inobservancia tiene relación a una norma sustancial, entiéndase las que vulneran los derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan, las que atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social, la dignidad o la libertad.

En cambio cuando la violación es de una norma de carácter procesal, la que interesa únicamente a la finalidad del proceso, la prueba es considerada **ilegítima**.

Cappeletti, no usa la expresión de PRUEBA ILICITA sino *pruebas ilegítimamente admitidas*, y son aquellas que “ofrecen una duplicidad de aspectos: 1) Las pruebas en sí y por sí admisibles (relevantes y eficaces) en juicio, las cuales, sin embargo, has sido creadas, o han llegado al sujeto que las introduce en juicio, a través de un acto ilegítimo. La ilegitimidad es propia de un acto, procesal o extra procesal, precedente, y como quiera que sea, no coincidente con el de admisión (producción o asunción de la prueba); 2) las pruebas respecto de las cuales, la ley prohíbe directamente la admisión en juicio. La ilegitimidad sería propia del acto mismo de admisión o producción de la prueba”.(Cappeletti, La prueba ilegítimamente admitida y comportamiento de la parte, “La oralidad y las pruebas en el proceso civil, traducción de Sentí Melendo EJEAs. Bs. As., 1972 pags. 137-138).

Recapitulando, y partiendo de la premisa conceptual de que la prueba ilícita implica la obtención de elementos de prueba en violación a las garantías constitucionales, resulta importante analizar el origen de esa ilegalidad, determinante de que ese elemento de prueba no pueda ser aprovechado en el proceso penal.

De este modo, la ilegalidad de la prueba puede derivar de: a) la prueba en sí misma está prohibida (prueba ilícita) y b) prueba está permitida, pero el procedimiento para obtenerla es ilícito (prueba ilegítima).

En el primer caso se da cuando un medio de prueba se encuentra proscrito por una norma procesal, como por ejemplo: las declaraciones testimoniales de personas que tienen el deber de abstención, la interceptación de comunicaciones entre el imputado y su defensor técnico, las confesiones coactivas, etc. .

En esta primera hipótesis el problema no resulta complejo, en el sentido de que la prueba en sí misma es ilegal, por lo que una vez detectada en el proceso es o debería ser inmediatamente desechada del mismo, basada en las prescripciones constitucionales y procesales.

En tal sentido la Constitución Nacional del Paraguay, sancionada el 20 de junio de 1992 en su artículo 17 dispone que: **“En el proceso penal o en cualquier otro del cual pudiera derivar pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 9) que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas”**. En tal sentido, una de los derechos protegidos es el relacionado al principio de la autoincriminación cuando dispone en su artículo siguiente: **“Nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unida de hecho, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, inclusive”**.

Claro está que la norma **prohíbe** que una persona imputada por un hecho punible sea obligada a autoincriminarse, extendiéndose dicha prohibición a sus parientes mas cercanos. En virtud a esta prohibición, de ningún modo podrá ser incorporado a un proceso una autoincriminación coactiva.

El segundo caso, de la prueba ilegítima se da cuando, el ordenamiento jurídico lo admite, pero sin embargo la forma para obtener esa prueba resulta ser ilícita. El Código Procesal Paraguayo, así como de otras legislaciones admite el allanamiento a un recinto privado, únicamente mediando orden judicial, regulando incluso el horario en que ésta debe efectuarse con sus excepciones, como asimismo las formalidades con que deben estar revestidas. Así el artículo 187 del Código Procesal Paraguayo reza: *“Cuando el registro deba efectuarse en un recinto privado particular, sea lugar de habitación o comercial, o en sus dependencias cerradas, se requerirá siempre orden de allanamiento escrita y fundada del Juez o Tribunal”*.

El artículo 186 por su parte reglamenta el horario en que deben efectuarse dichos allanamientos, con sus excepciones pertinentes.

No es ocioso recordar que dicha norma tiene su sustento constitucional en el artículo 34 de la Carta Magna que prescribe: *“Todo recinto privado es inviolable. Sólo podrán ser allanados o clausurados por orden judicial y con sujeción a la ley. Excepcionalmente podrán serlo además, en caso de flagrante delito o para impedir su inminente perpetración, o para evitar daños a la persona o a la propiedad”*.

Dicha garantía también esta prescrita en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (O.N.U.) el 10 de diciembre de 1948, en su artículo 12 que dice: *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su domicilio”* y en el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

De no realizarse conforme a las previsiones legales y constitucionales mencionadas (mediación obligatoria de orden judicial cuando no se trate de supuestos de excepción) el allanamiento será ilegal.

Con relación a los allanamientos, la interrogante que surge es, si el allanamiento se convalida o no con la presencia del Juez en el lugar sin mediar la **orden escrita**, tal como lo prescribe la ley.

Partiendo de la base de que lo que se busca con la autorización judicial escrita, es por un lado, garantizar que los agentes investigadores no incurran en inconductas procesales, como la violencia innecesaria o que se “fabriquen” o “planten” pruebas en forma ilegal y por otro dar publicidad procesal sobre las causas que motivaron al Juez o Tribunal a autorizar dicha diligencia, personalmente considero que el acto se convalida con la presencia del Juez, puesto que éste ejercerá el rol de director y contralor del procedimiento, que evitará cualquier acto violatorio a las garantías individuales aún con mayor eficiencia que emitiendo una orden escrita y además dejará sentada la motivación del procedimiento en forma escrita en el acta correspondiente, cumpliendo con la exigencia legal de la fundamentación.

Reiteramos, que en este último supuesto, la legalidad resulta no del medio de prueba propiamente, sino del MÉTODO para obtener esa prueba y es ésta la hipótesis que demuestra mayor complejidad ya que se trata de un medio de prueba que resulta autorizado por el ordenamiento procesal, pero se lo obtiene de manera ilegal, contrariamente a la problemática simplificada presentada en cuanto a la ilegalidad de la prueba, ya que ésta, basta con ser detectada para que sea excluida del proceso penal.

Cafferata Nores, también señala que la ilegalidad de la prueba puede darse por dos motivos que son: a) por la obtención ilegal, que es aquella prueba colectada violando una garantía individual constitucionalmente reconocida. Por ejemplo: la confesión obtenida mediante apremios físicos y b) en la incorporación, irregular, que sucede cuando el dato probatorio ingresa al proceso sin respetar los modos previstos en la ley para hacerlo, esto es, la reglamentación normativa de los distintos medios de prueba. La diferenciación, como se podrá notar, resulta mas que nada en el orden semántico, utilizando los términos **ilegales**, únicamente para las pruebas obtenidas en violación a las supremas garantías constitucionales e **irregulares** a aquellas recolectadas o ingresadas al proceso infringiendo las normativas procesales, a lo que dentro del mismo contexto las denominamos ilegítimas. Por ejemplo si se tratara de un acto definitivo y irreproducible (rueda de presos), se deberá como requisito *sine qua non* notificar al defensor del imputado, respetando de ese modo el derecho constitucional de la defensa (Art. 320 del Código Procesal Penal).

Pero el principal problema suscitado en las legislaciones procesales penales, en cuanto a la hipótesis de la obtención ilegal de una prueba, es la adopción de una jurisprudencia uniforme y definitiva sobre el valor que se le debe inferir a las pruebas recolectadas de forma ilegal, surgiendo dos criterios respecto a al alcance de ellas: a) La regla de exclusión y b) la doctrina del fruto del árbol envenenado.

## LA REGLA DE EXCLUSIÓN. CONCEPTO

Su denominación proviene del Derecho Anglosajón, donde se designó a esta doctrina jurisprudencial como “exclusionary rule” (regla de exclusión), también designada como “supression doctrine” (doctrina de supresión, y en Europa como “prohibiciones de valoración probatoria”.

Es un remedio procesal que impide que una prueba obtenida quebrantando las garantías constitucionales pueda ser utilizada en un proceso penal. Vale decir que ninguna prueba que resulte directamente de la violación de una garantía constitucional tendrá eficacia jurídica en un proceso penal, y el juez o tribunal, alertado de esta situación deberá indefectiblemente rechazarla.

Consecuentemente, y de acuerdo al principio de legalidad de la actividad procesal, previsto en el artículo primero de nuestro Código Procesal Penal y lo prescrito en el artículo 174 del mismo cuerpo legal, en lo referente a las exclusiones probatorias, cualquier elemento probatorio recolectado o incorporado a un proceso penal debe realizarse en perfecta adecuación y respeto a las garantías constitucionales y procesales para que tengan eficacia jurídica al momento de su producción.

Así, toda inspección, tanto de personas, lugares públicos o privados, de vehículos, allanamientos en recintos privados o públicos que no sean realizados de conformidad al procedimiento y las formalidades previstas en la ley procesal, carecerán de toda eficacia probatoria. Ella se hace extensiva a las declaraciones confesorias bajo torturas u otro tipo de apremios físicos o síquicos, engaños o sin que haya sido exonerado del juramento de decir verdad, las declaraciones testimoniales realizadas sin que el testigo prestara juramento, los actos de reconocimiento de objetos y de personas (rueda de presos, etc.).

## FUNDAMENTOS DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

El fundamento básico de este instituto reposa en un sentido ético, en virtud del cual el Estado de ningún modo puede juzgar a un individuo sobre la base de elementos obtenidos en forma ilegal, ilegítima o irregular, es decir, violando las disposiciones constitucionales y legales, previstas por él mismo.

En tal sentido, el Estado, como ente regulador de las normas jurídicas, reconoce a sus habitantes derechos y garantías individuales esenciales relacionadas a la dignidad humana, que en un orden de prelación y desde un punto de vista axiológico, prevalece y limita el ius puniendi del Estado, teniendo esta limitación raigambre constitucional.

No resulta por tanto posible, que para la investigación o el castigo de un delito o crimen, sea cometido otro hecho punible, que puede aún ser mas grave que el mismo hecho investigado y que podría afectar incluso derechos naturales del individuo.

El gran debate doctrinario se suscita, en cuanto a si la regla de exclusión, como remedio procesal, no resulta un precio muy alto para la sociedad, por cuanto que hechos punibles podrían quedar impunes como consecuencia de un irregular proceder de los agentes encargados de una investigación.

El insigne jurista y profesor argentino, Herman Gullco, en su exposición catedrática, considera que se debería dar prioridad al cumplimiento de las garantías constitucionales y legales procesales que el mismo Estado reconoce a los individuos, y por tanto la sociedad debe pagar ese costo, el de la impunidad, y ello se debe a la significativa importancia que tiene en los sistemas penales de países democráticos, el respeto por las garantías consagradas en la Constitución Nacional. Ahora bien, la "preferencia" por la impunidad es mas que nada la sanción que impone el ordenamiento jurídico cuando una prueba es obtenida por medios ilegales o ilegítimos.

La prueba obtenida en violación a los derechos fundamentales no pueden ser utilizadas a los fines de una decisión judicial (teoría de la inadmisibilidad). El Juez en el acto debe rechazar las pruebas ilícitas y las que provienen de ellas y con ello el derecho declarado se vuelve derecho garantizado.

## CONFRONTACIÓN ENTRE EL INTERES SOCIAL Y EL INDIVIDUAL

Existe una distinción entre lo que denominamos *interés social e interés individual*, y en tal sentido podemos señalar que ante la comisión de un hecho antijurídico o quebrantamiento del orden jurídico social, el Estado reacciona ejerciendo su poder sancionador o *ius puniendi*, (siempre respetando el principio de proporcionalidad), es decir actúa el Derecho Penal y Procesal Penal, como medio de control social, tratando de reestablecer el orden jurídico quebrantado, reprimiendo el hecho punible, buscando satisfacer el *interés social*.

Ahora bien esta reacción estatal, debe realizarse siempre respetando los derechos individuales de la persona sospechada de la comisión de un hecho punible, previstas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, (O.N.U.), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Tratados Internacionales y en general por todas las Constituciones Nacionales y Códigos Procesales de países democráticos y en caso de existencia de algún conflicto entre *interés social* y el *individual* no resuelto a favor del primero deberá prevalecer el último. (VELEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, T. II, p. 128).

## CONSECUENCIAS DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN

La consecuencia de la aplicación de las reglas de exclusión, como habíamos afirmado, es la imposibilidad de que cualquier elemento de prueba que haya sido obtenido ilegalmente o violando las formas procesales requeridas por la ley, sea valorada o tenga aptitud probatoria. Vale decir que ningún Juez o Tribunal, podrá fundar sus decisiones en una prueba que esté afectada por los vicios mencionados. El órgano jurisdiccional pertinente deberá desechar por completo dichos elementos, fundamentando en forma expresa, en el mismo auto resolutivo, dicha exclusión. Para Eduardo Jauchen, desde el punto de vista técnico procesal depurado, la consecuencia de la exclusión probatoria, no es propiamente la nulidad, sino la invalidez del elemento

viciado, sin perjuicio de la nulidad de la sentencia que se funde en materia ilegal, ilegítima o irregular. La exclusión involucra además la invalidez definitiva de los elementos probatorios obtenidos, y no es posible, como se puede dar en la nulidad, conforme al artículo 167 del Código Procesal Penal Paraguayo, su saneamiento, renovación o rectificación.

Esta invalidez abarca no sólo a la prueba ilegal o ilegítima, sino que incluye a todas aquellas que derivan de la misma. El vicio primario se extiende a los actos y pruebas subsiguientes que de ellas dependan. Esto se basa en la doctrina que tiene su origen en el ordenamiento jurisprudencial de los Estados Unidos de Norteamérica y que se la conoce con el nombre *de fruit of the poisonous tree* o simplemente *fruit doctrine*, o sea fruto del árbol envenenado, a la que nos referiremos con mayor extensión mas adelante.

Otro punto que no se debe obviar es que la exclusión únicamente procederá cuando los elementos probatorios viciados resulten contrarios para el imputado, no cuando los favorezcan. En nuestra legislación procesal penal ella tiene su sustento en lo preceptuado en el artículo 12 que reza textualmente: *“La inobservancia de un principio o garantía no se hará valer en perjuicio de aquel a quien ampara. Tampoco se podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores sobre la base de la violación de un principio o garantía previsto en favor del imputado, salvo cuando él lo consienta expresamente”*.

## **ARGUMENTOS A FAVOR DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN**

La regla de exclusión, como creación jurisprudencial de interpretación tanto del contenido como del alcance de las garantías constitucionales, tiene sin lugar a dudas, tanto a nivel local como internacional, sus adherentes quienes apoyan su aplicación, como asimismo sus detractores.

Entre los argumentos de los que consideran conveniente su aplicación se encuentra la tutela de las garantías constitucionales, siendo éste el primer y mas importante argumento ya que esta orientada precisamente en proteger las garantías constitucionales violentadas, debido a que sería inútil la consagración de las garantías constitucionales sobre los derechos humanos,



si posteriormente podrían hacerse valer en los procesos penales los elementos probatorios colectados vulnerando dichas garantías.

El no empleo de medios ilícitos en una investigación penal, es otro de los argumentos esgrimidos por aquellos que justifican la aplicación de la regla de exclusión. El objetivo perseguido en este caso es la transparencia en la recolección de los elementos probatorios que serían incorporados en un proceso penal, en virtud del cual se deben respetar los postulados constitucionales que consagran las garantías individuales. Por ello de ningún modo puede admitirse que los investigadores de un hecho punible se valgan de medios ilícitos que pueda contaminar al proceso penal con una prueba obtenida ilegalmente, y he aquí el fundamento ético de la regla de exclusión de la que habíamos hecho mención, en virtud del cual el Estado, en ejercicio del *Ius Puniendi* que le es conferido, de ninguna manera puede beneficiarse de una ilicitud para la consecución de su objetivo. El fin no justifica los medios.

El efecto disuasorio también justifica la operatividad de la regla de exclusión y consiste en evitar que los investigadores de un hecho punible incurran en inconductas procesales o prácticas abusivas al momento de la recolección de elementos probatorios y opera de la siguiente forma: si se colecta una prueba vulnerando alguna garantía constitucional y posteriormente la misma no puede ser aprovechada en el proceso penal, para el futuro, los agentes encargados de una investigación, a los efectos de que su labor sea eficaz, realizarán la tarea de recolección de evidencias respetando las garantías constitucionales.

La insuficiencia de sancionar el abuso cometido por los operadores del sistema investigativo es otro de los motivos justificantes. Es decir, no basta que el investigador sea sancionado por haber cometido abusos en un trabajo de obtención de pruebas, sino que éstas deben ser desechadas, puesto que si nos limitáramos a la sanción del investigador y las pruebas obtenidas ilícitamente pudieran ser incorporadas al proceso, las garantías constitucionales no tendrían verdadera tutela, siendo ésta uno de los principales argumentos que legitima la regla de exclusión.

Por último, y relacionado a un fundamento que ya hicimos mención, es la preferencia que hace la regla de exclusión por la impunidad, en el sentido que la inaprovechabilidad de una prueba por su ilícita obtención, implica como lógica

consecuencia la imposibilidad de acreditar la existencia del hecho delictivo, ni la eventual responsabilidad del autor y obviamente el delito quedará impune. El fundamento de esta opción por la impunidad radica en que se ha vulnerado una garantía constitucional y teniendo en cuenta el orden de prelación de las leyes, siendo la Constitución Nacional el de mayor importancia, se recurre a la extrema “solución” de optar por la impunidad.

## **ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN.**

Por otra parte, la regla de exclusión también es objeto de duras críticas en razón de que se ha presentado a la misma como un mero tecnicismo jurídico que se confronta con la seguridad pública.

Es decir por un lado tenemos un sistema de garantías individuales inalienables de raigambre constitucional, reconocidas a personas sospechadas por la comisión de un hecho punible que inexorablemente deben ser respetadas por los operadores del sistema penal, como policías, fiscales, jueces, etc. en la obtención de elementos probatorios a fin de que estos tengan eficacia jurídica y por otra parte contamos con una sociedad muchas veces influenciada por los medios de comunicación, que busca un sistema efectista en la represión de los hechos delictuosos.

Precisamente éste es el espectro social que los detractores de la regla de exclusión pretenden exhibir para demostrar las inconveniencias de ésta, esbozando argumentos que podrían sintetizarse en dos y son: 1 ) que un delito no puede justificar otro delito. El caso plantea que estamos ante la existencia dos hechos punibles: a ) el que es objeto de una investigación por parte de los operadores del sistema y b ) el cometido por éstos durante la persecución penal, por ejemplo el allanamiento de un domicilio sin orden judicial. Este último delito no justifica al primero, es decir a aquel que se esta investigando. En otros términos, el delito cometido por el agente investigador de ningún modo transforma en lícito el delito que estaba investigando.

Obviamente que el delito cometido a partir de la recolección ilegal no puede convertir en lícito el delito investigado. Pero la regla de exclusión no plantea esta transformación, sino solamente pretende declarar ilegal aquella prueba

obtenida vulnerando las garantías constitucionales. El delito, ya sea tenencia de estupefacientes o productos de contrabando, etc. seguirán siendo delitos, pero no podrán ser castigados, en virtud a la ilicitud de los medios utilizados para la obtención de pruebas y el alto costo social que representa esta regla: el argumento de esta crítica se resume en el alto precio que debería pagar la sociedad en liberar a un peligroso delincuente a causa de un tecnicismo jurídico como la regla de exclusión. En este caso, los críticos confrontan dos valores: la defensa de la sociedad contra los derechos del sospechado o imputado y si se opta por lo último la sociedad estaría pagando un alto precio de liberar a un delincuente, siendo perjudicados los intereses de la sociedad.

Como respuesta a esta crítica, los defensores de la aplicación de la regla de exclusión señalan que los intereses sociales y los derechos del imputado no deben confrontarse sino armonizarse, debido a que la sociedad tiene el legítimo derecho a defenderse, así como sus integrantes tienen el derecho a que se respeten sus garantías constitucionales, pues justamente se trata de la defensa de intereses supremos y no la aplicación de un mero tecnicismo jurídico que pretende liberar a un delincuente.

## **LA DOCTRINA DEL FRUTO DEL ARBOL ENVENENADO. CONCEPTO.**

Es una doctrina sumamente conocida y tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, con el nombre de "*fruit of the poisonous tree*", constituyendo, junto con la regla de exclusión, una de las modalidades de la prueba ilícita. Es una elaboración netamente jurisprudencial debido a que originalmente no tenía basamento normativo.

Surgió debido a que los jueces americanos habían considerado la necesidad de extender la invalidez a las pruebas derivadas de una ilegalidad inicial, puesto que la regla de exclusión se tornaba ya insuficiente por cuanto ésta considera inaprovechable la prueba proveniente directamente de la primera ilegalidad mientras que la doctrina del árbol envenenado proyecta la inaprovechabilidad o invalidez de todas las pruebas derivadas de la ilegalidad original.

Alejandro Carrio, señala que **“siendo el procedimiento inicial violatorio de garantías constitucionales, tal ilegalidad se proyecta a todos aquellos actos que son su consecuencia y que se ven así alcanzados o teñidos por la misma ilegalidad. De tal manera, no sólo resultan inadmisibles en contra de los titulares de aquellas garantías las pruebas directamente obtenidas del procedimiento inicial... sino además todas aquellas otras evidencias que son fruto de la ilegalidad originaria”**. (Carrió, Alejandro, Justicia Criminal, Lerner Editores Asociados, Bs.As. p.90).

La violación a los preceptos constitucionales, es contraria a la doctrina del fruto del árbol envenenado, ya que ésta tutela las garantías ciudadanas, previstas en aquel cuerpo legal. Esta doctrina parte del axioma de que **“todo árbol envenenado producirá necesariamente frutos envenenados”** y consecuentemente, dentro de esta doctrina se sostiene con firmeza y fundamento constitucional que todas las pruebas obtenidas como consecuencia directa e inmediata de la violación de una garantía constitucional, no pueden tener relevancia jurídica.

Todo arbitrario proceder de los agentes de investigación, que vulneran las garantías constitucionales lleva implícito vicios de nulidad insanables, no solo la originaria ilegalidad sino todos los actos derivados de ella.

El art. 247 de la Constitución Nacional de la República del Paraguay, dispone en su primera parte que: **“El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución, la interpreta, la cumple y la hace cumplir”**, y el sgte. art., el 248 de la Ley Suprema de la Nación preceptúa en lo pertinente: **“Queda garantizada la independencia del Poder Judicial, sólo él 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 ...”** Actos de esta naturaleza conllevan **NULIDAD INSANABLE...**

Asimismo es importante mencionar el ACUERDO Y SENTENCIA N° 21 de fecha 24 de Julio de 1997, del Tribunal de Apelaciones en lo Criminal, Primera Sala de la Circunscripción Judicial de Capital, Asunción, Paraguay, que dice: **“lo único que existe como elemento incriminador en contra del**

**encausado son actuaciones realizadas fuera del ámbito jurisdiccional, es decir, que no fueron llevadas a cabo dentro del marco procesal, bajo la tutela del Juez A quo, y con todas las garantías constitucionales y procesales; nos referimos a las actuaciones policiales insertas en el parte policial...la actuaciones policiales sirven como elementos INDICIARIOS en contra de los imputados PERO NUNCA PUEDEN CONSTITUIRSE EN PRUEBA LEGAL, suplantando a las establecidas en cuanto a su producción y valoración en el Código de Procedimientos Penales y la doctrina y la jurisprudencia han establecido que, solo pueden gravitar (actuaciones policiales) en contra del imputado CUANDO ESTEN AVALADAS CON PRUEBAS LEGALES DILIGENCIADAS DENTRO DEL PROCESO, de un modo tal que sean concomitantes entre sí, pero nunca, las actuaciones de la Policía tomadas aisladamente pueden servir como prueba legal para condenar”.**

## **PROBLEMÁTICA DE LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA DERIVADA**

Con esta doctrina, surge además la problemática de la admisibilidad de la prueba derivada, como por ejemplo, la declaración de testigos cuya individualización se obtuvo en virtud a un registro ilícito que ha permitido el hallazgo de una libreta de anotaciones. Existen opiniones encontradas, como las que están a favor de la admisibilidad, argumentando que en las diversas composiciones investigativas existe un *simple nexu psicológico*, y que sería un error establecer una relación de dependencia jurídica entre las iniciativas probatorias individuales.

Por otra parte, están los que están a favor de la inadmisibilidad de las pruebas derivadas y dentro de esta posición existen a la vez dos vertientes y son: a) aquellos que consideran prueba derivada toda prueba que sea consecuencia de la ilícita, aún cuando lo fuera en forma indirecta, siendo éste el pensamiento original de la doctrina en los E.E.U.U. El acusador deberá demostrar en forma tajante que la prueba derivada es totalmente ajena a la actividad de búsqueda probatoria ilícita y b) los que consideran que prueba derivada de la ilícita debe entenderse como aquella obtenida mediante explotación de la ilícita, exclusivamente, excluyéndose aquellas cuya obtención

hayan sido por medios o actividades absolutamente diferenciables. Bernadette Minvielle, (La prueba ilícita en el derecho procesal penal, Marcos Lerner, Córdoba, 1987, p. 12).

La opinión mayoritaria se inclina hacia la inadmisibilidad de las pruebas derivadas, debiendo la misma ser aplicada siempre que exista un nexo causal entre la prueba ilícita y la derivada, es decir cuando ésta sea el fruto de aquella, constituyendo ello una garantía de respeto a los derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos.

## **BIBLIOGRAFIA**

JAUCHEN, Eduardo M., La prueba en materia penal, Rubinzal –Culzoni, Santa Fe, 1992.

CAFFERATA NORES, José I., La prueba en el proceso penal, 2º Edición, Depalma, Buenos Aires, 1994.

EDWARDS, Carlos E., La prueba ilegal en el proceso penal, Marcos Lerner- Editora Córdoba, Córdoba.

MINVIELLE, Bernadette, La prueba ilícita en el derecho procesal penal, Marcos Lerner- Editora Córdoba, Córdoba, 1987.

MILLER, Jonathan, GELLI, María Angélica, CAYUSO, Susana y GULLCO, Hernán, Garantías Constitucionales en el proceso penal, Constitución, Poder Político y Derechos Humanos, Tomo III, La Ley, Bs. As. 2002.

Constitución Nacional de la República del Paraguay, sancionada el 20 de junio de 1992, en Asunción, Paraguay.

Código Procesal Penal de la República del Paraguay, promulgado el 8 de julio de 1998 y con vigencia a partir del mes de marzo del año 2000.

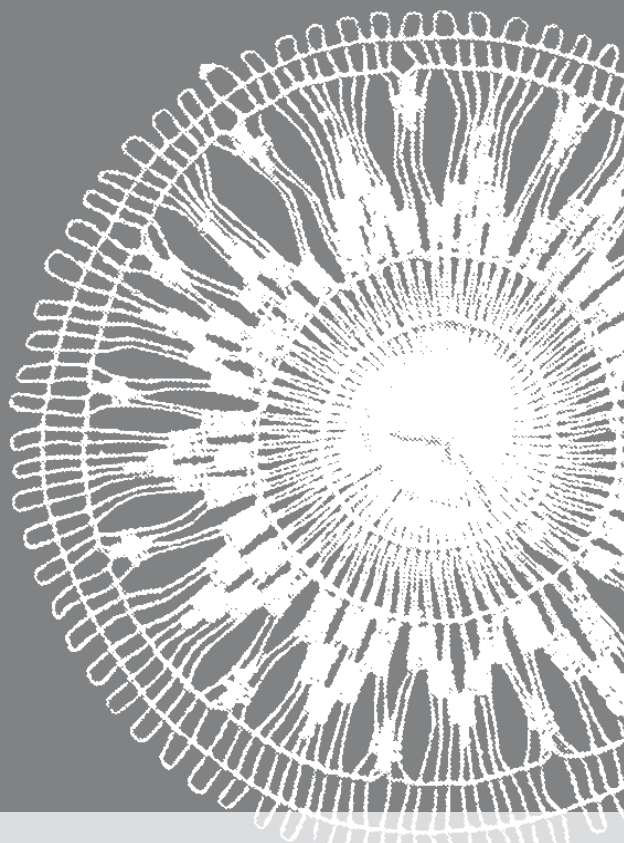
Código Penal de la República del Paraguay.



SERIE: INVESTIGACIONES JURÍDICO-PENALES

# JUSTICIA SUPRANACIONAL EN EL MERCOSUR

DELIO VERA NAVARRO







## ÍNDICE

Introducción .....	251
1. La administración de justicia en el ámbito de la integración .....	253
2. Sistemas de solución de controversias .....	254
3. Sistema de solución de controversias en el MERCOSUR .....	255
3.1. Protocolo de Brasilia .....	255
3.2. Protocolo de Ouro Preto .....	257
3.3. Protocolo de Olivos .....	257
Bibliografía .....	259



## INTRODUCCIÓN

Hoy día, la expresión supranacionalidad se ha incorporado al diccionario de la lengua española, que lo define como *“una entidad por encima del ámbito de los gobiernos o instituciones nacionales y que actúa con independencia de ellos”*

En el campo de las relaciones internacionales la expresión supranacional tuvo su origen en la Comunidad Económica del Carbón y el Acero, creada por el Tratado de París de 1951, en cuyo texto se mencionaba que los miembros de la Alta Autoridad *“se abstendrán de todo acto incompatible con el carácter supranacional de sus funciones”*

Sin embargo la expresión no volvemos a encontrarla en los documentos posteriores e inclusive la disposición que contenía la palabra supranacional, fue modificada. Pero el contenido de las normas, las características y atribuciones de los órganos creados por ellas y la propia filosofía del proceso de integración de la Unión Europea son los que demuestran su carácter supranacional.<sup>1</sup>

Para la elaboración o determinación de un concepto jurídico de supranacionalidad es conveniente separarlo o distinguirlo metodológicamente del político, en el que la influencia de la soberanía tiene mayor afectación e influencia.

---

<sup>1</sup> GONZÁLEZ GARABELLI, Carlos A.. Procesos de Integración MERCOSUR

La idea de la pérdida de la soberanía genera aun resistencia, no obstante se presente hoy como concepto absolutamente realizado, de hecho siendo un elemento importante que limita la aceptación de la supranacionalidad y por consecuencia los procesos de integración.

Al hablar de supranacionalidad aludimos a procesos u organizaciones cuya finalidad es no solo la de coordinar las soberanías nacionales (que sería lo propio de la internacionalidad) sino la de crear instituciones que ejerzan poderes y competencias trasferidos por los estados nacionales.<sup>2</sup>

La comunidad internacional exhibe en ésta época una constante y notoria evolución. Y al impulso de éste proceso que se modifica y no se detiene, proliferan los Convenios, Acuerdos y Protocolos Internacionales, organizados bajo Estatutos de Civilización y de Derecho en muchos casos considerados desfasados y poco acordes con la realidad actual, lo que requiere una compilación y adecuación de normativas, instituciones y organizaciones mundiales, regionales, etc.

Como bien lo han mencionado los tratadistas los procesos de integración afectan sectores sociales, económicos, políticos y jurídicos, razón por la cual se hace necesario el estudio del fenómeno de integración de manera multidisciplinaria. No obstante, la realización de dicho estudio, el presente trabajo monográfico pretende enfatizar el aspecto jurídico de las relaciones comunitarias a los efectos de establecer la situación de organismos jurídicos, creados a fin de resolver las controversias suscitadas entre los estados partes, integrantes de una comunidad, y que por poseer dichas atribuciones revisten el carácter de supranacionales.

---

<sup>2</sup> DICCIONARIO DE TÉRMINOS DIPLOMÁTICOS, Ministerio de Relaciones Exteriores – República del Paraguay.

## 1. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL ÁMBITO DE LA INTEGRACIÓN

Todo proceso de cooperación económica o de integración de dos o más estados, que pretendan mantenerse con cierta temporalidad, requiere la existencia de un Sistema Juzgador de su funcionamiento.

Las normas de integración, ya sean originarias o derivadas, dictadas por órganos supranacionales o intergubernamentales, en su aplicación pueden, como es natural dar lugar a numerosos conflictos de intereses, es allí donde han de precisarse reglas claras que han de dar certeza y seguridad a las relaciones, y también normas procesales adecuadas para la solución de controversias, así como órganos especializados o debidamente formados en el Derecho Comunitario.

No existiendo órganos jurisdiccionales especializados, interesa saber a que instancia se podría recurrir y que procedimientos pudieran ser instados a título de acciones tendientes a resolver las controversias, en especial, porque al no existir órgano jurisdiccional supranacional, las cuestiones pueden ser radicadas ante órganos jurisdiccionales radicados ante los órganos jurisdiccionales nacionales en la hipótesis que los supuestos rebasen el ámbito de competencia de las instancias previstas como sistema de solución de controversias.

La cesión de potestades jurisdiccionales a favor de órganos comunitarios en cierto modo limita internamente las funciones atribuidas a órganos internos, pero en muchos casos no las eliminan. Los órganos internos subsisten con funciones propias, como en el caso de las competencias concurrentes y, también en los casos de actuación subsidiaria del órgano.

La atribución exclusiva de competencia en ciertas áreas, internacionalmente no implica la desaparición del Estado soberano ni la pérdida de su independencia, sino la representación de intereses de los Estados Parte de un proceso de integración y sobre objetivos comunes.

Los reglamentos se aplican directamente en todos los Estados miembros, con dos consecuencias principales:

- Todo el mundo puede hacer valer las disposiciones de un reglamento y alegarlas directamente ante el juez, que debe aplicarlas.
- Los reglamentos se aplican de la misma manera en toda la Unión, lo que facilita obviamente juzgar los conflictos entre residentes en países diferentes.

En cambio, las directivas deben “transponerse”, es decir, los Estados miembros deben integrar, en un determinado plazo, los principios de las mismas en la ley nacional aunque dándoles cierta libertad sobre los medios para llevarlo a cabo.

Las directivas no tienen el mismo efecto directo que los reglamentos, en el sentido de que no originan, directamente y por sí mismas, derechos y obligaciones para los particulares. Sin embargo, las leyes nacionales deben interpretarse teniendo en cuenta los principios de las directivas, aunque sean previas a éstas.

### **Primacía del derecho comunitario**

Los reglamentos y directivas comunitarios forman parte del ordenamiento jurídico de los Estados miembros, con primacía sobre las leyes y otras normas jurídicas nacionales. En otros términos, el juez debe descartar la ley nacional que sea contraria al Derecho comunitario.

## **2. SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Cuando existe órgano judicial supranacional la solución de las controversias encuentra un camino ágil y adecuado, pues el mismo está dotado

de competencia jurisdiccional comunitaria dentro del territorio de los estados partes respecto a la aplicación del Derecho Comunitario.

De los órganos jurisdiccionales supranacionales el ejemplo más palpable es el del Tribunal o Corte Europea de Justicia. Las cuestiones elevadas a éste Tribunal fueron inicialmente los recursos de la Comisión contra los gobiernos, originados en procedimientos de infracción. Mas adelante llegaron los recursos de los gobiernos contra decisiones de la Comisión y los recursos de los particulares.

El procedimiento del Tribunal es bastante similar a las reglamentaciones aplicadas por los Altos Tribunales Estatales, y de ésta forma las resoluciones resuelven las controversias, pero además interpretan, precisan y orientan el derecho comunitario europeo.

Los sistemas de tipo intergubernamental se caracterizan por retener parte de la competencia y por tanto, no aseguran la independencia que precisa todo órgano destinado a dirimir controversias. Además en las estructuras de tipo arbitral no pueden garantizarse la solución justa de los conflictos y la aplicación adecuada del derecho ni asegurar la aplicación uniforme de la norma.

### **3. SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR**

#### **3.1. Protocolo de Brasilia**

En el caso del MERCOSUR el sistema de solución de controversias es claramente insuficiente para resolver los conflictos o controversias que puedan suscitarse entre los Estados miembros, entre los órganos, entre los particulares o entre cada uno de estos entre sí.

En el cuerpo principal del Tratado del MERCOSUR nada hay que se refiera directamente a la solución de controversias. No obstante, en el art. 3 se hace mención a tres de los cinco anexos que lo acompañan durante el período de transición. Uno de los cuales, el Anexo III, se titula “Sistema de Solución de Controversias”. Su texto establece que las controversias que surgieren entre los Estados partes como consecuencia de la aplicación del



Tratado, serán resueltos mediante negociaciones directas. Seguidamente, de no lograrse una solución por ésta vía directa, dichos estados parte, someterán la controversia a la consideración del Grupo Mercado Común, sin establecer en forma precisa si lo habrán de hacer conjunta o indistintamente. Este puede ayudarse con paneles de expertos o de peritos para un mejor asesoramiento técnico y evaluará la situación y formulará las recomendaciones pertinentes en un lapso no mayor de sesenta días. Si tampoco se alcanza una solución en el Grupo, la controversia se elevará al Consejo para que éste adopte las recomendaciones pertinentes.

Posteriormente, éste precario sistema fue sustituido con la adopción del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias que entró en vigencia a partir del 24 de abril de 1.993, que fue adoptado para la etapa de transición, sin perjuicio de mantenerlo, en caso de demostrar su eficiencia.

El Sistema de Solución de Controversias regulado por el Protocolo de Brasilia, presenta las siguientes características:

a) FLEXIBILIDAD: se admiten distintas vías de solución a las que podrán recurrir las partes;

b) CELERIDAD: por la brevedad de los términos previstos y a sencillez de los procedimientos;

c) OBLIGATORIEDAD: establecida por el mismo Protocolo en su art. 8, según el cual las partes quedan obligadas a seguir su procedimiento en todos los casos. Es decir hay un pacto arbitral ya convenido por una cláusula compromisoria, recordada por las naciones a los fines de la resolución de controversias de ésta manera;

d) CARÁCTER NO PERMANENTE: EL Tribunal debe constituirse Ad Hoc para cada caso planteado.

En cuanto al procedimiento, el Protocolo distingue el procedimiento según se trate de controversias entre los estados, o sean reclamos de particulares (personas físicas o jurídicas, que no se hallaba contemplado en el Anexo III).

### **3.2. Protocolo de Ouro Preto**

El Protocolo de Ouro Preto introduce una nueva pirámide jurídica en el art. 41, al disponer que son fuentes del MERCOSUR:

- a) El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales;
- b) Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;
- c) Las decisiones del Consejo del Mercado Común, las resoluciones del Grupo Mercado Común y las directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

Como puede apreciarse, en este artículo no se contempla ningún principio que sea ajeno al derecho comunitario.

El Protocolo de Ouro Preto creó además la Comisión de Comercio del MERCOSUR como órgano gubernamental con capacidad decisoria, el mismo se pronuncia a través de Directivas o Propuestas obligatorias para los Estados Parte. Tiene competencia para entender en las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio originados por los Estados Parte, así como en las demandas de los particulares relacionadas con las situaciones previstas en el Protocolo de Brasilia, cuando estuvieran dentro del área de su competencia.

### **3.3. Protocolo de Olivos**

Suscrito en Buenos Aires el 18 de febrero de 2.002, derogó al protocolo de Brasilia y entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2.004. a partir de entonces las controversias surgidas entre los estados partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los Protocolos y Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Grupo Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR , deberán someterse a los procedimientos establecidos en excitado instrumento.

Los estados partes en una controversia procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas las cuales no podrán exceder de 15 días. Si mediante estas negociaciones no se alcanzare algún acuerdo o si la controversia fuere solucionada solo parcialmente, cualquiera de los estados partes podrá iniciar directamente el procedimiento arbitral o, de común acuerdo someter la Controversia a consideración del Grupo Mercado Común en cuyo caso este formulará recomendaciones expresas y detalladas tendientes a la solución del conflicto, en un plazo no superior a 30 días.

Cuando las partes optaren por el procedimiento arbitral, el diferendo se sustanciará ante un tribunal Ad Hoc compuesto por tres árbitros, seleccionados de una lista de árbitros preexistente. El Tribunal podrá dictar medidas provisionales y deberá dictar el Laudo en un plazo de sesenta días prorrogables por treinta días como máximo.

Cualquiera de las partes en la controversia podrá presentar un recurso de revisión del laudo ante el tribunal Permanente de Revisión, en un plazo no superior a quince días a partir de la notificación del mismo.

El Tribunal Permanente de Revisión estará integrado por cinco árbitros uno por cada estado parte y el quinto de común acuerdo, debiendo estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se los convoque y se pronunciará sobre el recurso en un plazo máximo de treinta días, pudiendo confirmar modificar o revocar el laudo del Tribunal Ad Hoc. El laudo arbitral permanente de revisión será definitivo, de cumplimiento obligatorio y prevalecerá sobre el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc. Admitiéndose contra el mismo el recurso de aclaratoria.

El Tribunal Permanente de Revisión tiene su sede en Asunción. El Protocolo de Olivos agrega que: *"...No obstante, por razones fundadas el Tribunal podrá reunirse, excepcionalmente, en otras ciudades del Mercosur..."*

Dicho Tribunal estará compuesto por cinco árbitros y cada parte del MERCOSUR designará un árbitro y su suplemente por un período de dos años, renovables por no más de dos períodos consecutivos. El quinto árbitro será elegido por unanimidad y designado por un período de tres años no renovable, salvo acuerdo en contrario.

Los integrantes del Tribunal Permanente de Revisión deberán estar disponibles en todo momento para actuar cuando se los convoque

El Tribunal Permanente debe entender en los recursos que se plantean contra los laudos arbitrales y están limitados a las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc.

Asimismo, el Tribunal Permanente de Revisión podrá confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral Ad Hoc.

Los dos idiomas oficiales para todos los Procedimientos previstos son el español y portugués.

## **BIBLIOGRAFÍA**

DROMI, Roberto. Derecho comunitario.

DROMI; EKMEKDJIAN; RIVERA. Derecho Comunitario.

GONZÁLEZ GARABELLI, Carlos A. Procesos de integración. MERCOSUR. Solución de controversias.

RUÍZ DÍAZ LABRANO, Roberto. MERCOSUR.

Revista de derecho del MERCOSUR.

Unidad MERCOSUR. Ministerio de Industria y Comercio.



SERIE: INVESTIGACIONES JURÍDICO-PENALES

## BREVE RESEÑA DE LOS AUTORES



## **GUSTAVO ABRAHAM AUADRE CANELA**

Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Asunción. Egresado de la Escuela de Postgraduación Académica de la UNA por Metodología de la Investigación Aplicada y de la Escuela Judicial Paraguaya.

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Pilar, con la calificación *Summa Cum Laude*.

Es profesor titular en los cursos de Doctorado y Maestría en Derecho, asimismo, en las cátedras de Derecho Penal I y II, parte general y especial de la Universidad del Norte y de la Universidad Autónoma de Asunción. Ha asistido a varios cursos y seminarios como organizador, expositor y participante.

Fue Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Penal, Laboral, de la Niñez y la Adolescencia y Juez interino del Juzgado en lo Penal de Garantías de Paraguari. Juez de Primera Instancia - Penal de Garantías- de la segunda Circunscripción Judicial (Guairá) y Defensor de Reos Pobres, séptimo turno, Circunscripción de la Capital.

Actualmente es Vice Presidente Primero del Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Penal, Laboral, de la Niñez y la Adolescencia de la Circunscripción Judicial de Paraguari.

Actual Secretario General de la Asociación de Magistrados Judiciales del Paraguay y su representante en la Subcomisión de estudio del Código Procesal Penal creada por el Honorable Congreso de la Nación.



## **JOSÉ AGUSTÍN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.**

Abogado, Notario y Escribano Público. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA. Efectuó cursos en el extranjero, entre otros: 7° Seminario sobre medidas para combatir el delito de drogas, San José de Costa Rica; Police Executive Seminar Course, Louisiana USA; y Reforma Judicial Penal, Madrid España.

Fue Representante no Docente ante el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA. Ejerció la Magistratura como Agente Fiscal y Juez de Primera Instancia en lo Criminal.

Fue Director de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores e integrante de la delegación paraguaya en la creación de la Corte Penal Internacional.

Actualmente es Miembro del Tribunal de Apelaciones en lo Criminal y Miembro de la Comisión Directiva de la Asociación de Magistrados Judiciales del Paraguay y representante de la Corte Suprema de Justicia ante el Consejo Impulsor del Sistema Nacional de Integridad (CISNI).

## **MARTHA ELIZABETH GARCETE SOSA**

Abogada por la Universidad Nacional de Asunción.

Docente de la cátedra de Derecho de la Niñez y Adolescencia en la Universidad Técnica Intercontinental (UTIC), auxiliar de la cátedra de Derecho de la Niñez y la Adolescencia de la Facultad de Derecho UNA.

Jueza de Paz de la localidad de Cerrito, departamento de Ñeembucu (1998-2005).

Actualmente Defensora Pública del Departamento de Paraguarí en el área penal.

## **MIRTHA GONZÁLEZ DE CABALLERO**

Abogada, egresada de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Notaria y escribana pública, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

Post grado en pedagogía y didáctica superior universitaria, egresada de la Universidad Iberoamericana. Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica. Profesora titular de las cátedras de Derecho de la Niñez y la Adolescencia, Derecho Civil, Sucesiones y Familia, en la Universidad Autónoma de Asunción.

Realizó cursos de especialización en Derechos Humanos, Derecho de la Niñez y la Adolescencia, Derecho Penal y Procesal Penal.

Ingresó al poder judicial en el año 1984 como dactilógrafa, fue Procuradora Fiscal y Jueza de primera instancia en lo civil, comercial, laboral y tutelar del menor de Caacupé (1996 - 2002). Actualmente es miembro del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia.

## **JORGE MARIO LEBEDICH SICHIK**

Abogado, Universidad Católica de Encarnación.

Realizó un Post Grado en Derecho Penal (perfeccionamiento) en la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina) y un Master en Derecho, en el área de Relaciones Internacionales en la Universidad Federal de Santa Catarina (Brasil).

Fue profesor titular de la Cátedra de Historia Diplomática del Paraguay de la Universidad Católica de Encarnación (1999 y 2000). Es socio co-fundador del “Centro de Estudios y Análisis del Derecho de Itapúa” 2003.

Actualmente se desempeña como Agente Fiscal en lo Penal y es Coordinador General de la Unidad de Control de la Gestión Fiscal del Ministerio Público.

## **MARÍA SOLEDAD MACHUCA VIDAL**

Egresada de la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción con promedio 4,54 (Sobresaliente). Realizó pasantías en Chile, Córdoba y Alemania.

Fue actuario del Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal del Sexto Turno, Agente Fiscal en lo Criminal del Primer Turno y Secretaria General del Ministerio Público.

Actualmente se desempeña como Fiscal Adjunta encargada del área IV del Ministerio Público. Es responsable del Proyecto “Apoyo a la Reforma Judicial Penal” en representación del Ministerio Público como contraparte oficial de la Agencia de Cooperación Técnica Alemana (GTZ). Integrante del Consejo Impulsor del Sistema Nacional de Integridad (CISNI) en representación de la Fiscalía General del Estado.

Experta titular por la República del Paraguay en el Mecanismo de Seguimiento para la Implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción (MESICIC). Integrante de la Mesa Interinstitucional CEDAW (Convención contra la no discriminación de la Mujer).

## **VALENTINA NÚÑEZ GONZÁLEZ**

Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA con honores. Ha ejercido la docencia en los cursillos de ingreso de la mencionada Universidad y desempeñado como auxiliar de cátedra de Derecho Romano.

Asimismo, ha desarrollado una intensa actividad gremial ocupando cargos de relevancia en el gremio de abogados y magistrados a nivel nacional e internacional.

Fue Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Sexto Turno de la Capital. Actualmente es Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Primera Sala de la Capital.

## **JOVITA ALICIA ROJAS DE BORTOLETTO**

Egresada de la Facultad de Derecho de la UNA. Notaria y escribana pública por la misma universidad. Postgraduada en didáctica universitaria (UNA) y egresada de la 1era. promoción de la escuela judicial paraguaya.

Magister en planificación y conducción estratégica nacional. IAEE Docente de la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales de la UTCD, cátedra de Derechos Humanos y Cooperativo.

Presidenta de la Asociación de Magistrados de la Justicia de Paz del Paraguay. Miembro titular de la Asociación de magistrados judiciales del Paraguay.

## **MIGUEL ARÍSTIDES SAID BOBADILLA**

Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA. Doctor en Ciencias Jurídicas por la UNA con la calificación *Cum Laude*. Ha realizados estudios de Post Grado en Brasil, Argentina y Paraguay en las áreas del Derecho Penal, Estrategia y Didáctica Universitaria.

Es profesor encargado de la Cátedra de Sociología del Primer Curso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA, Filial de Pedro Juan Caballero. Profesor Auxiliar de la Cátedra de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA, Coronel Oviedo e instructor en los Cursos de “Técnica de Procedimiento de Trabajo”, en el área penal, organizado por la CSJ.

Fue Secretario General de la Asociación de Magistrados Judiciales del Paraguay (2002/2004). Se desempeñó como Agente Fiscal del Cuarto Turno en lo Criminal y Correccional del Menor, Civil y Comercial, Laboral y Tutelar del Menor de la Circunscripción Judicial del Amambay y como Defensor de Reos Pobres, Ausentes e Incapaces de la Circunscripción Judicial de Misiones.

Actualmente es Juez Penal de Liquidación y Sentencias de la Circunscripción Judicial de la Capital.

## DELIO VERA NAVARRO

Abogado y Notario Público por la Universidad Nacional de Asunción. Doctor en Ciencias Jurídicas por la misma Universidad, calificación *Summa Cum Laude*.

Profesor asistente en la cátedra de Derecho de la Integración de la Universidad Nacional de Asunción, filial Coronel Oviedo; profesor encargado en la cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, filial Coronel Oviedo, profesor asistente en la cátedra de Introducción a la Ciencia Jurídica en la Universidad Nacional de Asunción, filial Pedro Juan Caballero; y profesor titular de la cátedra de Derecho Procesal Penal de la Universidad del Norte.

Autor de obras jurídicas y literarias, entre las que se citan: “Reseña histórica de la ciudad de Ajos – Coronel Oviedo” y “Manual de Derecho de la Integración”.

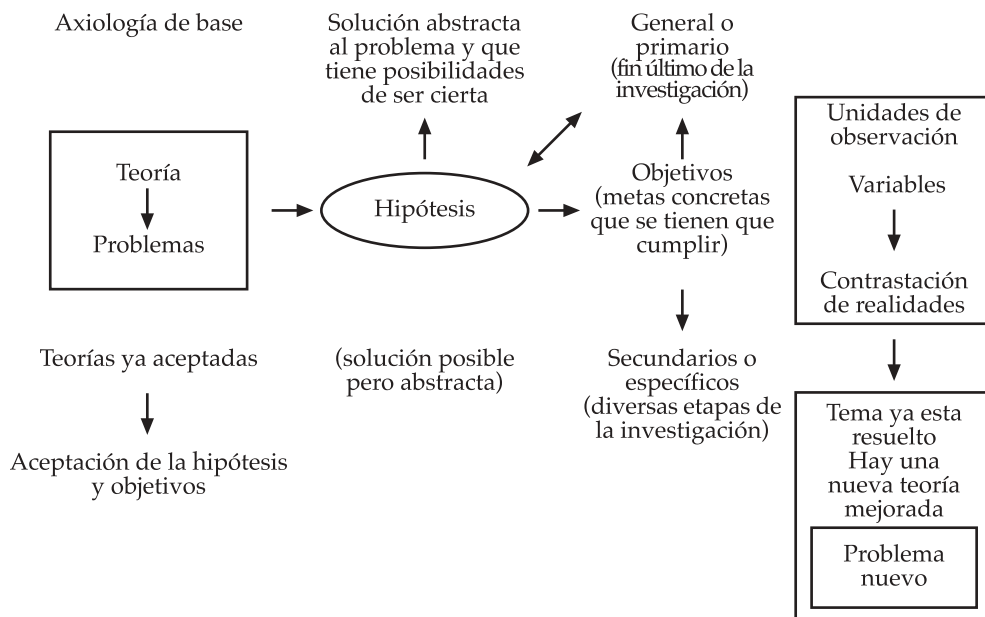
Ingresó a la Magistratura en el año 1989, actualmente es Miembro del Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Segunda Sala de la Capital.

SERIE: INVESTIGACIONES JURÍDICO-PENALES

**ANEXO**  
APUNTES CLAVES.  
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.



# METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN<sup>1</sup>



<sup>1</sup> Algunos apuntes realizados por Andrea Heisel, de las clases de Metodología de la Investigación dictadas por el Prof. José Manuel Reyes Tello.



## DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

- 1) Título (ni demasiado amplio ni muy limitado).  
Es aconsejable un subtítulo especificativo.
- 2) Justificación del problema a investigar.  
(¿Por qué de su importancia?).  
Aspectos teórico-prácticos.  
Preguntas de investigación.
- 3) Hipótesis de trabajo.
- 4) Objetivos.  
General o primario.  
Secundarios o específico.
- 5) Variable.  
Dependiente, se identifica con el título de la investigación.  
Independientes, las unidades de observación relacionados con el tema.  
Son trozos de la realidad.
- 6) Marco Teórico.
  1. Fuentes de conocimiento suficientes (bibliografía, Internet, casuística, jurisprudencia, otras publicaciones).
  2. Universo de estudio .  
Demográfico – población.  
Geográfico – lugar.  
Cronológico - tiempo.
  3. Dejar bien definido el tipo de metodología a implementar:  
Descriptiva, causal, histórica, experimental, etc.
- 7) Índice provisional por capítulos titulados.

## TEORÍA – MODELOS – IDEAS /SUPUESTOS HECHOS – IDEAS CIENTÍFICAS

**Teoría:** el primer elemento del proceso de verificación y el último del proceso de teorización

**Definición:** la teoría es un conjunto de proposiciones conectadas lógicamente y ordenadamente, que intentan explicar una zona de la realidad mediante la formulación de las leyes que la rigen.

Todas las teorías existentes, referentes al campo que abarca una ciencia, forman objetivamente esta ciencia.

**La ciencia** es un conjunto de teorías.

**Excursos:** proposición: oraciones con sentido correcto, explicación lógica de la oración – conjunto de palabras con sentido (deben seguir las normas lingüísticas).

Ej.: Juan mide seis metros (oración correcta, proposición incorrecta).

La teoría en la investigación científica es su origen, su marco y su fin.

**Origen:** porque es fuente de nuevos problemas e hipótesis (para solucionarlas).

**Marco:** porque proporciona el sistema conceptual que se aplica a la observación, clasificación y sistematización de datos de la realidad.

**Fin:** porque la investigación debe desembocar en teorías cada vez más perfectas.

**Modelos:** el significado de esta palabra está unido a las ideas de ejemplar y de un algo proporcionado a otra cosa.

Los modelos se distinguen de las hipótesis por su no referencia a un problema de investigación determinado, y por su mayor amplitud. Se diferencia de las teorías en que mientras estas representan el término de la labor científica y su sistematización última, los modelos ofrecen un acusado carácter instrumental y apriorístico, no final en la ciencia.

Dos sentidos principales del término “modelo”:

**1. Idea de ejemplar:** la tendencia a emplear sistemas de relaciones conocidos como modelos para poder dominar intelectualmente espacios desconocidos.

**2. De representación:** en este aspecto el modelo, el ejemplar, es la realidad, los modelos en este caso serían construcciones teóricas adaptadas a casos concretos. Esta adaptación dependerá de la utilización científica de las unidades de observación existentes respecto al ámbito de la realidad investigada.

El modelo, como la teoría, está formado por un conjunto de enunciados (proposiciones) que deben expresar una relación entre variables, por lo tanto, los modelos se concretan en conjuntos ordenados de relaciones entre variables.

Una teoría científica sólo lo es si es falsable.

**Falsable:** no contradecir una teoría mediante su contrastación empírica.

## ALGUNOS CONCEPTOS ÚTILES

**Citas:** son las expresiones textuales o generales de las ideas de otros autores que se utilizan para dar respaldo a las propuestas e hipótesis.

**Normas:** al comenzar la cita (textual) se abren comillas y con un tipo de letra diferente al del resto del trabajo se transcriben las palabras exactas del autor citado, al término de la cita se cierran las comillas.

(...) falta texto

[...] Añadir texto del autor de la investigación, no del autor citado

Tradicional: cita – nota

Con el cierre de comillas se acaba la cita, junto a estas y entre paréntesis se sitúa una cifra arábiga correlativa desde la primera cita del texto; esta cifra entre paréntesis se corresponde con otra igual a pie de página en lo que figuran los datos bibliográficos de la obra más la página de la cita.

Autor – fecha

Se cierran las comillas de la cita textual. En la misma línea se abre paréntesis, en el que figurarán los siguientes datos: apellidos y nombre de autor, año de la edición utilizado, y página de la cita, se cierra el paréntesis y se continúa con la redacción normal del texto.

Ibidem: la misma obra

Idem: el mismo autor

Op.cit: en la obra citada

Loc. cit.: lugar citado

Et seq: cuando se trata de citas de autores múltiples se utiliza esta abreviatura para acudir al último de los autores citados.

Cf.: Llevar a....

Apud: citas de citas

## UNA TEORÍA SOLO ES CONSIDERADA CIENTÍFICA SI ES “FALSABLE”

Es necesario no confundir falsable con “falsa” o “falsada”.

**Falsada:** Contradecir una teoría mediante el empirismo.

**Falsable:** Es un término que ayuda a la comprobación empírica, real, de la teoría.

Si la teoría es incompatible con los datos de la experiencia, no se admite como marco técnico de una investigación.

Una afirmación universal afirmativa exige que todos los incluidos en ella la cumplan. Ej.: Si decimos todos los cisnes son “blancos” se excluye la posibilidad de que existe un cisne que no sea blanco.

Hay muchas clases de teorías empíricamente válidas que presentan soluciones diferentes. ¿Cuál de ellas será la verdadera? Se debe buscar el equiparamiento de la hipótesis empíricamente válida que más se ajuste al interés social y al derecho consuetudinario.

Una teoría científica no puede ser seleccionada (como verdadera) de una vez y para siempre; su “cientificidad” no consistirá en ser verificada sino en ser corroborada lo cual quiere decir que ha sobrevivido a una selección en un sentido negativo.

“Si esa selección es lo más amplia posible, podemos decir que es una solución digna de crédito”.

### **Excurso**

Inducción	casos particulares semejantes pero sin ninguna conexión.
Deducción	ley general que agrupe estos casos particulares.
Análisis	etimología – descomposición. Un todo ya existente.
Síntesis	se analizan separadamente las partes de ese todo para su mayor comprensión.

# MODELOS DE INTEGRACIÓN DEL DERECHO MOTIVO DE LAS HIPÓTESIS

## LAS LAGUNAS DE LA LEY

Cuando para resolver un caso concreto de la vida real no existe una norma específica y adecuada en la ley, se dice que se está en presencia de una laguna o vacío, pero como el jurista no puede dejar de fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley porque incurre en responsabilidad por denegación de justicia, según lo tiene establecido la absoluta mayoría de las naciones civilizadas, urge entonces la necesidad de llenar la laguna.

El procedimiento para colmar los vacíos de la ley es el que se conoce con los nombres de integración de derecho o “investigación del derecho”.

Existen cuatro tendencias actualmente sobre el procedimiento que debe emplearse para colmar los vacíos de la ley (Valencizea Arturo, Derecho civil – aplicación metodológica, Ed. Temis, Bogotá, 1995).

1. Las lagunas de la ley deben llenarse por medio del procedimiento analógico.
2. Las lagunas de la ley deben llenarse, en primer lugar acudiendo a la analogía, y si esta no bastare para solucionar el problema planteado, se debe elaborar entonces la norma adecuada empleando el mismo procedimiento que utilizaría el legislador.

3. Las lagunas de la ley deben llenarse por medio de la creación libre de derecho.
4. Otros sostienen que para colmar las lagunas de la ley debe acudirse a la analogía y a la aplicación de las normas y reglas generales del derecho.

## LA ANALOGÍA

1. La interpretación extensiva de la ley que consiste en ampliar el alcance de la ley, formulando el interprete la parte no expresada pero que esta implícita en la norma.
2. La segunda consiste en elaborar una regla jurídica similar a la que existe para un caso previsto por el legislador para aplicarla a una situación no prevista semejante a la primera.

**Abrogar** una ley es anularla (suprimerla) por completo – abolirla.

**Derogar** una ley es eliminar algo de ella (modificarla).

La abrogación (abolición) puede ser táctica: por incompatibilidad entre los dos textos legales que se resuelve en principio a favor de la ley posterior o por la ley especial frente a la general.

**Presunción:** significa una expectación de que “algo” suceda de una forma determinada, no exige necesariamente una fundamentación, indica solamente una determinada dirección en la investigación.

**Sospecha:** es una opinión, basada en ciertos indicios que la suposición es verdadera.



## TEORÍA – PRUEBA – HIPÓTESIS

Hippo: lo que está debajo.

Tesis: lo que se sabe.

Lo que está debajo de lo que se sabe, es decir, lo que se supone.

### DECÁLOGO DE BERNAL PARA LA INVESTIGACIÓN.

Si se utiliza correctamente, toda investigación asegurará profundidad y verosimilitud.

1. Cronología (cuándo)
2. Axioma (quién)
3. Método (cómo)
4. Ontología (que) finalidad
5. Tecnología (con qué)
6. Teleología (para qué) el que estudia los fines últimos.
7. Topografía (dónde)
8. Ecología (contra qué)

9. Etiología (por qué)

10. Experiencia (cuanto)

La hipótesis es el eslabón necesario entre el problema, la teoría y la investigación.

La hipótesis solo será válida si nos lleva al descubrimiento de nuevos hechos.

Una hipótesis tiene que servir para la recolección de datos que posibiliten la solución del problema.

La presentación del problema debe conectarlo mediante la hipótesis a las variables operacionales.

La hipótesis es una proposición anunciada tentativamente para resolver un problema.

### **Las hipótesis son fundamentales:**

1. Sirven para orientar y delimitar una investigación.
2. La claridad en la definición de la redacción de las hipótesis es fundamental para su validez (El condicional: Si...entonces).
3. Las hipótesis deben generar las ideas directrices de cada investigación. Estas ideas son susceptibles de someterse a modificación.
4. Deben establecer las variables a estudiar y fijar sus límites.
5. Deben establecer relaciones entre dichas variables priorizando o calendarizando las posibilidades a tener en cuenta respecto a su influencia y control.
6. Deben mantener la consistencia entre hechos e hipótesis.

**Las hipótesis sirven:**

1. De explicación inicial.
2. De estímulo para la investigación.
3. De fuente de metodología.
4. De criterios para valorar la realidad de la investigación.
5. De principios organizadores.

**Distribución de las partes de la investigación.**

Antecedentes – parte histórica.

Parte normativa.

Derecho comparado.

Conclusiones.

Bibliografía – anexos documentales.

## DIVERSAS FORMAS DE PLANTEAR HIPÓTESIS

### Problema

**General o empírica:** Es la orientadora de la investigación. Intenta enfocar el problema de manera concordante con los objetivos.

Redacción condicional aconsejada para la hipótesis

**Hipótesis de trabajo o investigación:** es la que adecua la hipótesis general al trabajo investigativo realizado empíricamente

Capítulo 1

Objetivos secundarios

Objetivos general o primario (fin último de la investigación)

**Hipótesis nula:** (Ej. “El status académico del profesor incide positivamente en el aprendizaje del alumno”. “El status académico del profesor no es el indicador más importante del aprendizaje del alumno”).

Es la que indica que la hipótesis general propuesta no es totalmente viable respecto a los objetivos planteados debido a la influencia real de las variables.

Se puede plantear entre otras, hipótesis válidas con los siguientes apelativos:

- **Hipótesis estadística:** Expresa la hipótesis de trabajo en forma de ecuación matemática. Por tanto debe ser precisa y concreta.
- **Hipótesis descriptiva:** hacen referencia a la existencia de relaciones entre **los componentes** respecto a un fenómeno dado. “La relación social de las personas se refleja en las instituciones en donde estudian”.
- **Hipótesis causales:** es una proposición tentativa de los factores que intervienen como causa del fenómeno que se estudia.
- **Hipótesis singulares:** la proposición que se estudia se halla localizada en términos limitados, en espacios temporales.
- **Hipótesis generales restringidas:** La hipótesis hace referencia a una totalidad de población incluida en el problema. La restricción se limita al espacio-tiempo.
- **Hipótesis universales no-restringidas:** son el objetivo de toda ley científica, no hay limitaciones

## CUALIDADES DE UNA HIPÓTESIS BIEN FORMULADA

**1. Generalidad y especificidad:** Estas dos cualidades deben complementarse en un equilibrio prudente: la hipótesis debe ser general en cuanto trascienda la explicación universal a lo singular. Debe ser específica en que consienta un análisis completo, correcto, individual de todos y cada uno de sus componentes por separado

### 2. Referencia:

- a. Empírica: cierta en la práctica.
- b. Comprobable: realizable.
- c. Refutable: al refutarla, que esta reputación sea superable.

**3. Referencia a un cuerpo de teoría:** tener una validación y comprobación científica válida, con carácter anterior

**4. Operacionalidad:** que hayan conocimientos técnicos suficientes para trabajar con ellos.

## LAS VARIABLES

### SU NOCIÓN E IMPORTANCIA

Las características fundamentales que presentan las variables son:

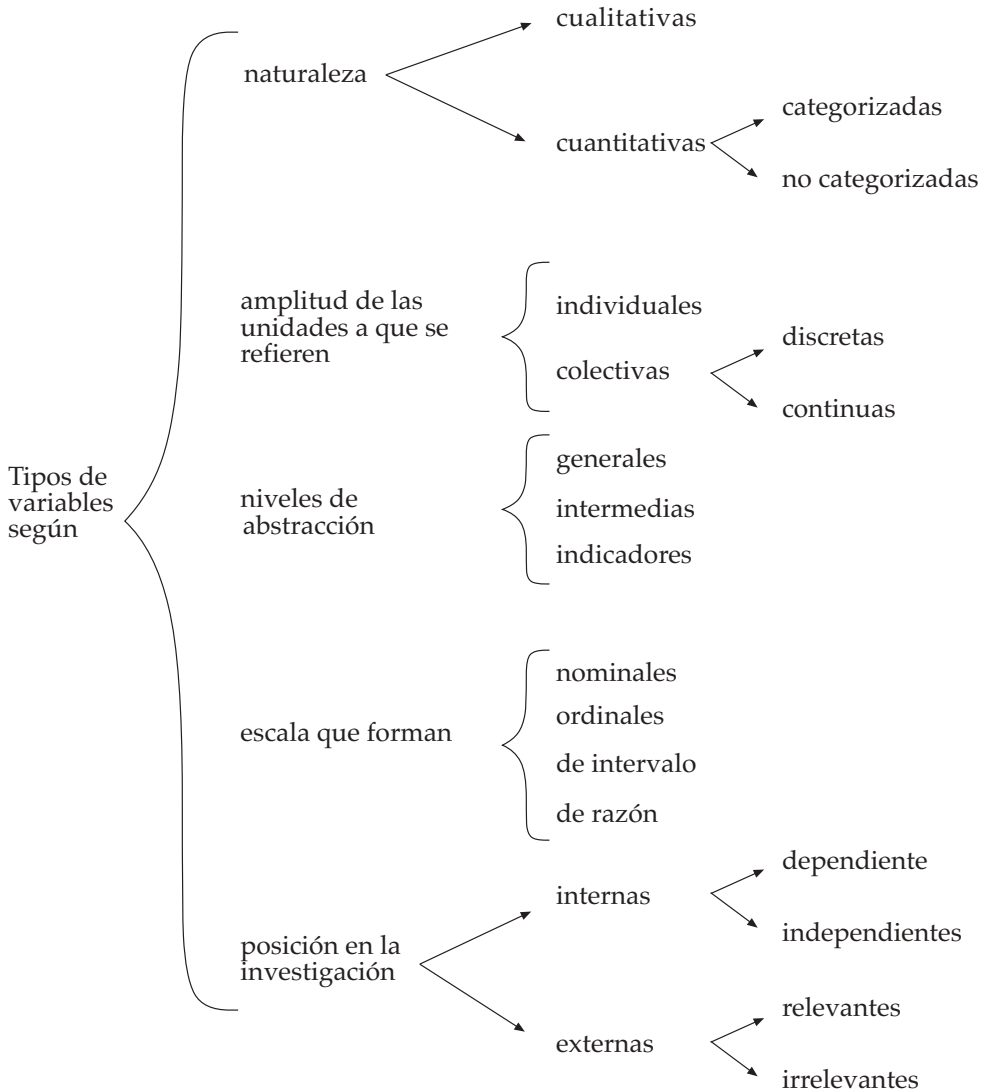
1. Determinan las circunstancias observables de algo.
2. Pueden cambiar o variar respecto al objeto que sirve de problema a la investigación.

### DOBLE NOCIÓN DE VARIABLE

Son susceptibles de adoptar diversos valores y de visualizarse desde distintas categorías. Ej.: nivel de formación, simpatía, situación social.

Pueden averiguar la relación existente y las influencias entre las diferentes variables que intervienen en una investigación. Ej. status social, sexo, ingresos, nivel cultural, influencia política, entre otros.

La finalidad del trabajo científico no es otra que identificar las variables existentes y cuantificar sus relaciones entre si y sus influencias en la hipótesis y los objetivos planteados para resolver el problema.



## Naturaleza

**Cualitativas:** son elementos de variación tienen caracteres cualitativos o no numéricos. Ej. Afecto, simpatía, rencor, odio.

**Cuantitativas:** sus elementos tienen carácter numérico o contable.

### **Amplitud**

**Individuales:** características de las unidades de observación en cuanto estas están formadas por individuos.

**Colectivas:** son conjuntos: grupos, ciudades, universidades, presos.

**Discretas:** solo atienden a valores prefijados de antemano.

**Continuas:** pueden tener un valor cualquiera dentro de su rango

### **Niveles de abstracción**

**Generales:** realidades no inmediatamente medibles empíricamente.

**Intermedias:** dimensiones o aspectos parciales de las variables anteriores.

**(Normales) empíricas o indicadores:** aspectos directamente medibles y observables.

### **Escala que forman**

**Nominales:** comprenden la distribución de diversas categorías sin implicar ningún orden entre ellas.

**Ordinales:** orden entre categorías, pero no igual distancia entre ellas.

**Intervalo:** dimensiones o aspectos parciales de las variables.

**Razón:** distinción entre categorías.

Orden

Distancia

Origen único



## Posición en la investigación

**Internas:** son las que están incluidas dentro del tema que se investiga y no se pueden soslayar.

**Dependiente:** Que se identifica con el problema. Es el objeto a investigar, busca concordar con la hipótesis y ponerla en práctica mediante los objetivos para buscar la solución al mismo.

**Independientes:** son las unidades de observación, las realidades que existen e interaccionan en el problema investigado. De su mayor o menor influencia dependerá la posibilidad de puesta en práctica de la variable dependiente (hipótesis y objetivos)

**Externas:** Son las unidades de observación, las realidades influyen según se desarrolle la investigación de una u otra manera. Varían.

**Relevantes:** son variables imprevistas que tienen una importancia real, hacen convertir la hipótesis en nula.

**Irrelevantes:** variables secundarias fácilmente comprobables y en su caso anulables.

## FORMAS DE TRABAJAR CON LAS VARIABLES

**Agrupadas:** la serie numérica esta dividida a efectos operativos.

**No agrupadas:** se eligen representantes al azar según su rasgo o su sesgo.

## DIVERSOS COMPONENTES DEL MARCO TEÓRICO

### TIPOS DE INVESTIGACIÓN

#### 1. Amplitud

Monográficas: aspecto concreto del instituto investigado.

Panorámicas/ enciclopédicas: Todo lo que se sabe, más los apuntes actualizados.

#### 2. Alcance temporal

Aspectos históricos: cuando trata de asuntos no vigentes.

Aspectos actuales: los temas tratados están vigentes.

#### 3. Relación con la práctica

Básicas: todos los datos, experiencias, conceptos son directamente conseguidos por el autor de la investigación.

Ciencias aplicadas: cuando se utilizan fuentes de otros autores.

#### 4. Naturaleza

Empíricas

De carácter práctico

Observación simple (no provocar ninguna relación extraña - describirla).

Experimental, grupos elegidos sometidos influencias y contrastación.

Teóricas: Estudio de nuevos conceptos racionales con teorías a implementar.

Sobre relaciones: Aplicación de la teoría respecto a las unidades de observación y las variables que con ella se relacionen

Sobre causas y afectos: causa y efecto – El por qué y las consecuencias.

De replicación: comprobar con otros intervinientes los resultados obtenidos en la primera investigación sobre el tema.

#### 5. Por sus fuentes

**Primaria:** realizadas directamente por los autores (original)

**Secundarias:** aplicadas a trabajos anteriores o de otros autores o ediciones distintas del original

Todo conocimiento de la realidad observable se basa en una correcta abstracción; mediante esta actividad intelectual la razón extrae de la realidad sus características inteligibles y forma sus conceptos

## EXISTEN DOS CLASES DE ABSTRACCIÓN:

1. **Total** : abstrae lo general o comœn de los individuos.

Ej.: el concepto libro entre todos los tipos de libros



unidades de observación

2. **Formal**: separa características o aspectos específicos de las cosas.

Ej.: el color de la mesa



Variables

## CONCEPTOS

Los conceptos son una representación intelectual o abstracta de algo o alguien.

**Abstracción:** Aislar mentalmente lo fundamental de algo.

La abstracción es una verdadera separación por lo siguiente:

- Es limitada siempre, ya que nunca es posible abarcar todos los rasgos de una realidad, solo algunos de ellos.
- Entre la realidad observada (cosa) y su concepto abstraído siempre hay grandes distancias a veces insalvables, no solo en lo físico, sino en su esencia, pues toda realidad incluye múltiples manifestaciones.

Para poder concretar una abstracción que defina correctamente los conceptos fundamentales sobre algo, hay que seguir cinco pasos:

1. Discernir o fijarse en los aspectos individuales de los seres.
2. Prescindir de todas las demás características de la cosa conocida.
3. El aislamiento intelectual de los aspectos elegidos.
4. Generalizar este aspecto abstraído a todos los individuos que tengan características iguales o semejantes.
5. La formación mental (teoría nueva) de la noción de la “cosa” ya con el problema resuelto, total o parcialmente.

## NOTAS ÚTILES

**Subsunción:** inducir una “cosa” en algo más amplio que lo comprende y absorbe.

**Exégesis:** explicación o interpretación.

**Glosar:** hacer anotaciones entre líneas o al margen de un texto para explicar palabras o conceptos difíciles de entender.

**Teleología:** fines de algo, cuestión última.

**Cuatro principios que hay que mantener en cualquier investigación jurídica:**

- Integralidad
- Progresividad
- Subordinación
- Proporcionalidad