

“...LA IMPLEMENTACIÓN DEL CÓDIGO PENAL Y PROCESO PENAL...”

COMPENDIO DE MONOGRAFÍAS

INDICE

Introducción.....	
Amilcar Ayala Bonzi	
Derecho de autor e inventor.....	
Artículo 184 del código penal.....	
Desarrollo General.....	
Necesidad de su reforma.....	
Problemas de interpretación de la entrada en vigencia de leyes especiales.....	
Artículo 321.- Adaptación general de las sanciones en leyes penales especiales.....	
Artículo 4º.- Aplicación del libro primero a leyes especiales.....	
Derogación expresa de las penas contenidas en la ley especial 1328/98.....	
Vacío normativo en el código penal.....	
Artículo 184. Violación del derecho de autor o inventor.....	
¿Acción penal privada o pública?.....	
¿Porque debe protegerse el derecho de autor y penalizarse la conducta ilegal?.....	
Bibliografía.....	
Dr. Jorge Enrique Bogarín González	
La nueva modificación del código penal.....	
Reforma o contrareforma.....	
1. Antecedentes.....	
2. Las pautas que debería seguir la modificación de una ley penal.....	
3. ¿Cuál es el camino que debería seguir la reforma, modificación o probación de una ley penal?..	
4. El proceso de formación de las leyes penales.....	
4.1 análisis de la sociedad. Paraguay.....	
4.2. Nullum crimen, nulla poena sine lege, scripta, stricta et previa.....	
5. Política criminal.....	
5.1. Construir la política criminal desde la perspectiva del poder.....	
6. Proceso de formación de las leyes. Parlamento nacional.....	
6.1. Ley. ¿Que es una ley?.....	
7. Conclusión.....	
Bibliografía.....	
José María Cabral Alcaraz	
El estado social de derecho:.....	
Las libertades públicas y los derechos de terceros.....	
Desarrollo General.....	
José Fernando Casañas Levi	
Lineamientos básicos del proceso penal paraguayo.....	
Reseña.....	
Rodolfo Fabián Centurión	
Bases para la medición judicial de la pena en el derecho penal paraguayo.....	
Capítulo único.....	
Bases para la medición judicial de la pena en el Derecho penal paraguayo.....	
Sección Primera.....	
La medición judicial de la pena en el derecho penal.....	
1.- La medición Judicial de la pena. Introducción.	

1.3.- La aplicación de la pena y su incidencia en el condenado en su vida futura en sociedad.

1.4.- No pueden considerarse las circunstancias que pertenecen al tipo legal.....

Sección segunda.....

Criterios normativos para la
medición de la pena y su
aplicación.....

En los tribunales de la capital.....

1.- Introducción.....

1.1.- Los móviles y fines del autor.

1.2. La actitud frente al derecho.

1.3. La Intensidad de la Energía Criminal.

1.3.1. Caracteres esenciales:.....

1.3.1.1. Se basa en la capacidad de obrar del destinatario de la norma:

1.3.1.2. Puede derivar de una actividad de naturaleza física o intelectual:

1.3.1.3. Establece parámetros de mensura:

1.3.1.4. Su aplicación es integrada:

1.4. El grado de ilícito de la violación del deber de no actuar o en caso de omisión, de actuar.....

1.5.- La forma de la realización, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las
consecuencias reprochables del hecho.

1.6. La vida anterior del autor.

1.6.- La conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los
daños.

Sección tercera.....

La función de los marcos penales.....

1. Los marcos penales. Importancia.

Sección cuarta.....

Necesidad de una adecuada fundamentación de la pena.....

1. Importancia.

Sección quinta.....

El proceso de la determinación de la pena a aplicarse.....

1. Las perspectivas de una solución matemática.....

2. El proceso de determinación de la pena.....

2.1. La determinación del marco penal.

2.2. Determinación de los fines de la pena:

2.3. Delimitación de las circunstancias a ser tomadas en cuenta.....

2.4. Valoración de los factores reales de la determinación de la pena.

2.5. Conversión de las reflexiones anteriores en una pena concreta.

3. Conclusión.

Bibliografía.....

Carlos A. Escobar Espínola.....

La medida de mejoramiento de internación en un hospital psiquiátrico en el ordenamiento penal
paraguayo.....

A. Evolución histórica de la figura.....

B. Sobre su legitimidad.....

C. La medida privativa de libertad de mejoramiento, llamada también medida de seguridad
curativa.....

D. La medida de mejoramiento de internación en un hospital psiquiátrico.....

E.	Las patologías y los hechos punibles.....
	El sujeto afectado.....
B.	Evolución del estudio de la enfermedad mental.....
C.	Diferencia entre trastornos psicológicos y trastornos mentales.....
C.1.	Trastornos psicológicos.....
C.3.	Trastornos mentales:.....
C.4.	Las patologías principales.....
C.4.1.	Psicosis y conducta violenta.....
C.4.2.	Esquizofrenia:.....
C.4.3.	Los trastornos bipolares en fase maniaca:.....
C.4.4.	Trastornos de la personalidad.....
-	La psicopatía o Trastorno antisocial de la personalidad:.....
-	La personalidad sádica o Trastorno sádico de personalidad:.....
C.4.5.	En cuanto a las estadísticas.....
F.	A los afectados por trastornos mentales, se aplican penas o medidas?.....
G.	Procedimiento para la aplicación de este tipo de medidas.....
H.	La institución en la cual debe internarse al afectado.....
I.	La duración de la medida y su relación con una pena privativa de libertad impuesta conjuntamente.....
	Conclusión.....
	Bibliografía.....
	Rodrigo A. Escobar
	Implicancia de la ausencia de la tipificación del delito de desacato en el código penal paraguayo....

La provocación, desafío o injuria a un funcionario público estando en sus funciones o con motivo de estas:.....

Ingreso violento a recintos públicos, Tribunales, Parlamento o reparticiones publicas.....

Desobediencia al Mandato Judicial.....

El problema originado en la ausencia del hecho punible de desacato, para la administración de justicia.....

José Miguel Fernández Zacur.....

El cobro indebido de honorarios. Un delito que aporta poco e intrinca mucho.....

1.	Introducción.....
2.	Bien jurídico protegido.....
3.	Autoría.....
3.1.	Funcionarios públicos.....
3.3.	Abogados y demás auxiliares de justicia.....
3.4.	Dominio del hecho y autoría mediata.....
3.5.	Participación.....
4.	Acción típica.....
4.1.	El autor cobra una remuneración que tiene prohibida.....
4.2.	El autor cobra una remuneración excesiva.....
4.3.	El autor recibe una remuneración por un trabajo que no realiza o que ejecuta deficientemente.....
5.	Tipo subjetivo.....
6.	Tentativa.....
7.	El consentimiento del patrimonialmente ofendido.....
8.	Subsidiariedad.....
9.	Conclusión.....

Bibliografía.....	
Gustavo Gamba Paredes	
Tentativa.....	
Introducción.....	
La tentativa en el código penal paraguayo.....	
Actos preparativos previo a la tentativa.....	
Posturas sobre la tentativa de distintos autores.....	
1. Autor alemán (Hans Welzel).....	
1.1. El concepto de tentativa.....	
1.2. La delimitación de las acciones preparatorias de la tentativa.....	
1.3. La tentativa inidonea.....	
1.4. La llamada ausencia de tipo.....	
1.5. El delito putativo y la inidoneidad del sujeto.....	
1.6. La punibilidad de la tentativa.....	
1.7. El desistimiento de la tentativa.....	
1.8. Conclusión.....	
2. Autor español (Enrique Bacigalupo).....	
2.1. Concepto de tentativa.....	
2.2. Elementos del tipo de la tentativa.....	
2.3. Delito imposible.....	
2.4. La teoría de la carencia de tipo.....	
2.5. El desistimiento de la tentativa.....	
2.6. El delito putativo y la tentativa.....	
2.7. Conclusión.....	
3. Autor argentino (Eugenio Raúl Zaffaroni).....	
3.1. Las distintas teorías acerca del fundamento de la punición de la tentativa.....	
3.2. La tipicidad en la tentativa.....	
3.3. Los límites de la tentativa en delitos calificados, en los llamados de pura actividad, en los habituales y en la autoría mediata.....	
3.4. Tentativa de delito imposible.....	
3.5. Tentativa inidonea, delito imaginario (o putativo) y ausencia de tipo.....	
3.6. La inidoneidad del objeto y del sujeto como casos de ausencia de tipo.....	
3.7. La tentativa irreal.....	
3.8. Desistimiento voluntario.....	
3.9. Desistimiento de la tentativa inacabada y de la acabada.....	
3.10. Conclusión.....	
4. Comparación.....	
5. Criterio personal.....	
Bibliografía.....	
Eduardo Ariel González Báez	
La instancia y la prescripción en el derecho penal paraguayo.....	
1. Introducción.....	
2. La instancia.....	
3. Prescripción.....	
Los hechos punibles cuya preocupación es de tres años ya que la pena es la de multa son:.....	
B. Plazo para los casos de pena privativa de libertad menor a tres años y con multa.....	
IV. Comisión nacional de reforma penal.....	
V. Conclusión.....	

Bibliografía.....	
Marlene González de Ovelar	
La proporcionalidad en la sanción penal en el código de la niñez y adolescencia.....	
Introducción.....	
Ubicación histórica normativa.....	
2. Análisis de la implementación del artículo 207 del Código de la Niñez y de la Adolescencia. ...	
3. Análisis del principio de proporcionalidad ante el problema.....	
4. Recomendación en la aplicación del artículo 207 del Código de la Niñez y de la Adolescencia...	
4.1. Formula y Metodología.....	
5. Conclusión.....	
Bibliografía.....	
Alfredo Enrique Kronawetter Zarza	
Reflexiones en torno al movimiento de contrareforma penal.....	
La supuesta crisis del sistema, el “crimen organizado” y el discurso peligrosista que postula el fin del garantismo.....	
1. La convivencia del estado de derecho con el estado “paralelo” y los efectos devastadores en el campo penal.....	
Alfredo Enrique Kronawetter	
Pedro Wilson Marinoni B	
El Narcotráfico y su Jurisdicción	
El Narcotráfico. Generalidades.	
Los Delitos conexos.	
El Lavado de dinero.	
El Terrorismo.	
La Asociación Criminal.	
Nuestra legislación en materia de narcotráfico	
La jurisdicción y la lucha contra el narcotráfico	
Bibliografía	
Joel D. Melgarejo Allegretto	
La Cadena de Custodia de Evidencias en el Código Procesal Penal Paraguayo	
Introducción.....	
I Sistema inquisitivo y sistema acusatorio.....	
1.El sistema inquisitivo.....	
1.1. El juez.....	
1.2. La policía.....	
1.3. El fiscal.....	
2. Sistema acusatorio.....	
2.1 El código procesal penal. Ley 1286/98.....	
2.1.1 El ministerio público.....	
2.1.2 La policía nacional.....	
3.1.3 La policía judicial.....	
3.1.4 El juez.....	
II. Protección jurídica de la evidencia.....	
1. Sustento jurídico de la custodia de evidencias.....	
2. Funciones de los sujeto del proceso ante la cadena de custodia.....	

3. Incumplimiento de la protección de la evidencia.....	
III. Manual de implementación del formulario de cadena de custodia de evidencias.....	
IV Conclusión.....	
V Bibliografía.....	
VI Anexos	
Maria Jose Melgarejo Cuevas	
Presupuestos de la punibilidad: actuación en representación de otro.....	
Introducción.....	
Desarrollo del tema.....	
Conclusión.....	
Bibliografía.....	
Meneleo Insfran Riveros	
El tráfico de personas como hecho punible.-	
Desarrollo	
1. Nociones Generales.....	
2. El trafico de personas.	
3. Causas del Tráfico de personas.	
4. El ordenamiento jurídico nacional.	
Conclusiones	
Milner Marcial Núñez Cabañas	
Las penas principales. Omisión cualitativa	
Introducción.....	
Desarrollo del trabajo.....	
Normas constitucionales.....	
Normas del código penal.....	
Conclusión.....	
Bibliografía.....	
Víctor Ríos Ojeda	
El dolo en el código penal del paraguay.....	
Breve introducción.....	
Teorías sobre el dolo.....	
Teoría del consentimiento.....	
Teoría de la probabilidad.....	
El dolo en el CP del Paraguay.....	
Definición y determinación del dolo en el cp de paraguay.....	
Edgar Adrian Urbieta	
La mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico.....	
La mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico.....	
1. La mediación penal.....	
1.1. Concepto.....	
2. Falencias del sistema actual.....	
3. La mediación penal. Ventajas y críticas.....	
4. Principios de legalidad y oportunidad.....	
Capítulo VI.....	
Propuestas para la implementación de la mediación penal.....	
Conclusiones y aportes.....	
1. Propuestas para la implementación de la mediación penal.....	
2. Conclusiones definitivas.....	

2.1. Influencia de la mediación en los criterios de oportunidad	
2.2. Influencia de la mediación en la suspensión condicional del procedimiento	
2.3. Influencia de la mediación en el retiro de la instancia	
2.4. Influencia de la mediación en la extinción de la acción penal. Conciliación	
2.5. Influencia de la mediación en la suspensión a prueba de la ejecución de la condena	
2.6. Influencia de la mediación en la determinación de la pena	
2.7. Influencia de la mediación en las acciones civiles	
Bibliografía	
Anexo I 3.440	
Que modifica varias disposiciones de la ley nº 1.160/97, código penal	
Libro primero: parte general	
Título I	
La ley penal	
Capítulo I	
Principios básicos	
“Artículo 2º.- Principios de reprochabilidad y de proporcionalidad	
“Artículo 3º.- Principio de prevención	
“Artículo 6º.- Hechos realizados en el territorio nacional	
“Artículo 8º.- Hechos realizados en el extranjero contra bienes jurídicos con protección universal..	
“Artículo 9º.- Otros hechos realizados en el extranjero	
“Artículo 14.- Definiciones	
“Artículo 20.- Estado de necesidad	
“Artículo 21.- Responsabilidad penal de las personas menores de edad	
“Artículo 26.- Actos que constituyen el inicio de la tentativa	
“Artículo 38.- Duración de la pena privativa de libertad	
“Artículo 44.- Suspensión a prueba de la ejecución de la condena	
“Artículo 49.- Revocación	
“Artículo 51.- Libertad condicional	
“Artículo 65.- Bases de la medición	
“Artículo 70.- Medición de la pena en caso de varias lesiones de la ley	
Título V	
Comiso y privación de beneficios	
“Artículo 96. Orden posterior y orden autónoma.	
“Artículo 101.- Efectos	
“Artículo.- 102 Plazos	
“Artículo 103. Suspensión	
“Artículo 104.- Interrupción	
“Artículo 105.- Homicidio doloso	
“Artículo 108.- Intervención en el suicidio	
“Artículo 109.- Aborto	
“Artículo 110.- Maltrato físico	
“Artículo 111.- Lesión	
“Artículo. 113.- Lesión culposa	
“Artículo 125.- Extrañamiento de personas	
“Artículo 126.- Secuestro	
“Artículo 127.- Toma de rehenes	
“Artículo 128.- Coacción sexual y violación	

“Artículo 129a.- Rufianería.....

“Artículo 129b.- Trata de personas con fines de su explotación sexual.....

“Artículo 129c.- Trata de personas con fines de su explotación personal y laboral.

“Artículo 131.- Abuso sexual en personas internadas.....

“Artículo 132.- Actos exhibicionistas.....

Capítulo VI.....

Hechos punibles contra niños y adolescentes.....

“Artículo 134.- Maltrato de niños y adolescentes bajo tutela.....

“Artículo 135.- Abuso sexual en niños.....

“Artículo 137.- Estupro.....

“Artículo 138.- Actos homosexuales con personas menores.....

“Artículo 139.- Proxenetismo.....

“Artículo 140.- Pornografía relativa a niños y adolescentes.....

“Artículo 141.- Violación de domicilio.....

“Artículo 142.- Invasión de inmueble ajeno.....

“Artículo 143.- Lesión de la intimidad de la persona.....

“Artículo 148.- Revelación de secretos privados por funcionarios o personas con obligación especial.....

“Artículo 154.- Penas adicionales a las previstas.....

Título II.....

Hechos punibles contra los bienes de la persona.....

Capítulo I.....

Hechos punibles contra la propiedad de los objetos y otros derechos patrimoniales.....

“Artículo 157.- Daño.....

“Artículo 162.- Hurto agravado.....

“Artículo 163.- Abigeato.....

“Artículo 165.- Hurto agravado en banda.....

“Artículo 181.- Violación del deber de llevar libros de comercio.....

“Artículo 182. Favorecimiento de acreedores.....

Capítulo II.....

Hechos punibles contra el derecho de autor y los derechos conexos.....

“Artículo 184a.- Violación del derecho de autor y derechos conexos.....

“Capítulo III.....

Hechos punibles contra los derechos de la propiedad marcaría e industrial.....

“Artículo 184.b. De la violación de los derechos de marca.....

“Artículo 184c.- DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS SOBRE DIBUJOS Y MODELOS INDUSTRIALES:.....

Capítulo IV.....

Hechos punibles contra el patrimonio.....

“Artículo 192.- Lesión de confianza.....

Capítulo V.....

Hechos punibles contra la restitución de bienes.....

“Artículo 196.- Lavado de dinero.....

“Artículo 198.- Contaminación del aire y emisión de ruidos dañinos.....

“Artículo 229.- Violencia familiar.....

“Artículo 312.- Exacción.....

“Artículo 316.- Difusión de objetos secretos.....

Artículo 2º.- Derogaciones.....

Artículo 3º.-Entrada en vigor.....

Artículo 4º.-Edición oficial.....

Artículo 5º.-Comuníquese al Poder Ejecutivo.....

“...LA IMPLEMENTACIÓN DEL CÓDIGO PENAL Y PROCESO PENAL...”

COMPENDIO DE MONOGRAFÍAS

INTRODUCCION

Desde la instauración de la democracia la figura institucional del estado ha obtenido diversos cambios, entre estos identificamos nuevas instituciones, conllevando en forma simultánea cambios administrativos. La democracia con un discurso estatal reflejado con la instauración de una Constitución Nacional basada en principios democráticos, afirmando la instauración del estado de derecho, con la ratificación de varios tratados, establecieron principios y garantías en la implementación del poder coercitivo estatal.

Con estos indicadores las instituciones fueron propulsoras de diversas reformas en el sistema jurídico nacional, encontrando los nuevos principios propulsores del Código Penal y Procesal Penal, plasmados en la ley 1160/97 y ley 1286/98, siendo implementados en el año 2000.

En el año 2003, la Corte Suprema de Justicia, la GTZ Cooperación Técnica Alemana y el PNUD, han realizado la primera Evaluación del Proceso de Reforma Penal y Procesal Penal, dando sus opiniones y sugerencias para la excelencia en la aplicación de institutos tanto penales como procesales.

Hoy, a ocho años de la implementación del Proceso Penal y a diez años de la promulgación de los Códigos, es necesario, monitorear la opinión de los actores de Justicia en el Proceso Penal, los pareceres de los Jueces, Fiscales y Abogados en el ejercicio de la profesión a fin de llegar a la implementación de un proceso penal justo y respetando el estado de derecho, objeto este, perseguido con la publicación de este libro denominado “**...La Implementación del Código Penal y Proceso Penal...**”.

Así como las opiniones plasmadas en las monografías, en este libro, podemos encontrar las tendencias actuales de contrarreforma, tanto del Código Penal y el Código Procesal Penal, en relación al primero; se ha promulgado la ley 3440 en el año 2007, donde se observan varias modificaciones, ley esta, que fue vetada por el Poder Ejecutivo en tres artículos, el cual incluimos en los anexos.

Las Monografías que encontrarán en el libro “**...La Implementación del Código Penal y Proceso Penal...**” contribuirán en el desarrollo de la implementación y en la creación de nuevos conceptos a ser tenidos en cuenta para Evaluaciones o Reformas al Sistema Penal y Procesal Penal Paraguayo.

Asimismo, quisiera expresar mi agradecimiento a los colaboradores de esta iniciativa, a estos hombres del derecho que contribuyen no solo en la concreción de este libro, sino al sistema de justicia penal, por los aportes realizados en su trabajo, coincidiendo con el parecer de una justicia en respeto a los principios y garantías procesales y en pos de construir un verdadero estado de derecho.

Dr. Miguel Oscar Bajac

AMILCAR AYALA BONZI

DERECHO DE AUTOR E INVENTOR.

ARTÍCULO 184 DEL CÓDIGO PENAL

DESARROLLO GENERAL

NECESIDAD DE SU REFORMA

A partir de la entrada en vigencia de leyes especiales y temporales el referido artículo fue virtualmente dismantelado (derogado en un sentido, modificado en otro, y siempre en virtud de intereses distintos), a más de ser inadecuado, insuficiente y mal redactado desde su misma concepción por lo que su reforma total es incuestionable.

PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LEYES ESPECIALES

A partir de la entrada en vigencia la ley especial N° 1294 “De Marcas” (por el principio de ley especial) hizo inaplicable en cuanto a Calificación Jurídica lo dispuesto en el Art. 184 del Código Penal.

En efecto, el C. P. fue promulgado en fecha 26 de noviembre de 1997 y entro en vigencia el 27 de noviembre de 1998. Antes de que el mismo entrara en vigencia ya fue modificado por la ley especial de marcas en agosto de 1998 y en varios aspectos, como se señalara. Así, necesariamente debemos remitirnos a lo dispuesto en el Art.136 de la Ley especial de marcas que establece claramente que las disposiciones de los códigos de fondo y forma se deben aplicar en forma supletoria a lo que la ley especial regula. Está claro decir que solo puede ser aplicado el Código Penal cuando la ley especial no prevé calificación para la conducta supuestamente ilícita.

En consecuencia, necesariamente siempre se debe tipificar una conducta conforme las disposiciones vigentes en la ley de referencia conforme lo dispone el Art. 89 de la Ley de Marcas. Está expresamente prohibido aplicar otra ley que no sea la especial, cuando la conducta ilícita en la misma este descripta. En consecuencia, el Art.184, no es aplicable.

Estamos básicamente de acuerdo que la calificación jurídica, siempre será en estos hechos las descriptas en el Art. 89 de la Ley de marcas.

Ahora bien, esta ley sufre asimismo una modificación al entrar en vigencia el código penal conforme lo dispone el inc.4 del Art. 321, que adapta en forma general las leyes especiales.

ARTÍCULO 321.- ADAPTACIÓN GENERAL DE LAS SANCIONES EN LEYES PENALES ESPECIALES.

En cuanto las leyes penales especiales vigentes no sean expresamente modificadas por este Código, las sanciones previstas en ellas se adaptarán de la siguiente manera:

1. cuando la ley prevea una pena privativa de libertad menor de un año, la sanción será reemplazada por la de pena de multa.
2. cuando la ley prevea una pena privativa de libertad con un mínimo menor de seis meses, se suprimirá este mínimo.
3. cuando la ley prevea como única sanción una pena privativa de libertad no mayor de tres años, se agregará como sanción facultativa la pena de multa.
4. cuando la ley prevea como sanción única o alternativa una multa, sea ella facultativa o acumulativa, la sanción sólo será pena de multa.

El Art.89 de la ley de Marcas, que poseen sanciones acumulativas de 1 a 3 AÑOS DE PENITENCIARIA Y MULTA DE 1000 A 3000 JORNALES MÍNIMOS, es claramente inconstitucional, por la prohibición de doble pena y las adaptaciones que sufre necesariamente la ley especial, CORRESPONDIENDO HOY SOLO SE APLIQUE A ESTOS HECHOS LA MULTA CONFORME EL ART. DE REFERENCIA.

En otro orden de cosas, siendo que se establece la calificación conforme la norma especial, se debe necesariamente aplicar el Art.4 del C.P. en cuanto a la aplicación de las normas generales (el libro primero del Código Penal) a nuestro proceso, en consecuencia, nos ENCONTRÁNDONOS ANTE UN DELITO Y NO ANTE UN CRIMEN.

ARTÍCULO 4º.- APLICACIÓN DEL LIBRO PRIMERO A LEYES ESPECIALES.

Las disposiciones del Libro Primero de este Código se aplicarán a todos los hechos punibles previstos por las leyes especiales.

Ello implica, que al momento del análisis jurídico de la conducta DEBE APLICARSE LO DISPUESTO EN EL ART.27 INC. 1º, última parte que dispone:

“La tentativa de los delitos lo es sólo en los casos expresamente previstos por la ley”.

Desde ya puntualizamos, que la mayoría de los procesos abiertos en el país se dan al momento de IMPORTAR LOS PRODUCTOS, y en consecuencia en la mayoría de los casos los imputados se encuentran ante el hecho INTENTAR IMPORTAR PRODUCTOS FALSOS (CONDUCTA NO PREVISTA Y EN CONSECUENCIA NO PUNIBLE), y siendo la tentativa en los DELITOS no está penada ni en la ley especial ni en la ley General los procesados deberían o podrían ser absueltos.

DEROGACIÓN EXPRESA DE LAS PENAS CONTENIDAS EN LA LEY ESPECIAL 1328/98

Ante un eventual cambio en el marco penal del artículo 184 del Código Penal, será absolutamente necesario que el texto de la Ley derogue expresamente las penas contenidas en el Título XIV, Capítulo II, Artículos 166, 167, 168 y 170 de la Ley Especial 1328/98 De Derechos de Autor y Derechos Conexos, a fin de que la aplicación e interpretación de la nueva redacción del artículo 184 del Código Penal tenga virtualidad o aplicación práctica, pues en caso contrario, la misma no podría aplicarse efectivamente, cuando que los autores del ilícito puedan invocar la aplicación de la Ley más benigna al reo, recurriendo a la Ley especial, estaríamos ante una aberración jurídica contraria al espíritu que nos impulsa a buscar el mejoramiento del sistema, con el fin de darle al mismo un marco de credibilidad, tan necesaria en estos tiempos.

VACÍO NORMATIVO EN EL CÓDIGO PENAL

El Artículo 184 del Actual Código Penal está redactado en los siguientes términos:

ARTICULO 184. VIOLACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR O INVENTOR.

- 1°. El que sin autorización del titular:
 - a. Divulgara, promocionara, reprodujera o públicamente Representara una obra de literatura, ciencia o arte, protegida por el derecho de autor; o
 - b. Exhibiera públicamente el original o una copia de una obra de las artes plásticas o visuales, protegidas por el derecho de autor,
Será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.
- 2°. A las obras señaladas en el inciso anterior se equiparan los arreglos y otras adaptaciones protegidas por el derecho de autor.
- 3°. Con la misma pena será castigado el que falsificara, imitara o, sin autorización del titular:
 - a. Promocionara una marca, un dibujo o un modelo industrial o un modelo de utilidad protegidos; o
 - b. Utilizara una invención protegida por patente.(Derogado Ley N° 2593/04)
- 4°. La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima. (Modificado por ley 1444/99).
- 5°. En caso de condena a una pena se aplicara, a petición de la víctima o del Ministerio Publico, lo dispuesto en el Art. 60.

El presente artículo, pretende abarcar los derechos de autor e inventor, pero equivocadamente utiliza los vocablos **autor** e **inventor** como sinónimos, cuando que ambas expresiones son substantivos diferentes. Cuando el genio creativo se orienta hacia la estética, la belleza o la expresión concreta de obras del ingenio, se encuentran **los autores**; cuando se orienta a la industria y a la técnica y se manifiesta en forma de invenciones patentables que tengan por objeto la solución de algún problema en algunas de tales áreas, se está frente a **los inventores** de nuevos

productos o procesos.

Adicionalmente, dentro del ámbito del Derecho de Autor se ubica una categoría nueva de derechos que ha merecido una tutela penal separada en razón de los diferentes bienes jurídicos valiosos a los cuales se refiere y que se denomina “Derechos Conexos”. Tales derechos intelectuales coexisten junto al derecho de autor pero tienen como titulares a personas distintas al autor o creador de las obras del ingenio. Dichos titulares son: 1. los artistas e intérpretes cuyas obras artísticas ameritan una protección jurídica separada en virtud de la enorme importancia que tienen para la difusión de las obras ya creadas, sea en forma de grabaciones sonoras musicales o fijaciones audiovisuales. 2. Los Productores de Fonogramas, cuya actividad multidisciplinaria le da forma concreta a la producción de grabaciones sonoras que contribuyen de manera decisiva al conocimiento y difusión de la música en sus más diversas manifestaciones y 3. Los Organismos de Radiodifusión, bajo cuyo rotulo se ubican las empresas de radio y televisión que con sus emisiones juegan papel relevante en la difusión de las obras, interpretaciones artísticas y fonogramas.

Por lo tanto, una cosa es la obra del ingenio, susceptible de reproducción o comunicación al público por cualquier medio o procedimiento, otra la interpretación del artista y ejecutante sobre las obras; otra distinta es el fonograma producido a partir de la obra y la interpretación del artista y otra muy distinta es la emisión del organismo de radiodifusión de la cual puede o no contener obras, interpretaciones y fonogramas protegidos. Todos estos titulares.

La expresión consignada en este articulado de *autor o inventor*, utilizada como expresión alternativa, debería ser necesariamente reemplazada por el epígrafe *Violación de los derechos de Autor, Artistas e intérpretes, Productores de Fonogramas, Organismos de Radiodifusión e Inventores*, por ser esta la expresión correcta, ya que se trata de ramas jurídicas distintas con objetos de protección claramente separados, si bien pertenecientes al mismo tronco común de la PROPIEDAD INTELECTUAL.

Siguiendo con el análisis del artículo 184, podemos observar como su texto ha ignorado la palabra *fonograma, interpretación artística, emisión de un organismo de radiodifusión*, figuras que hacen a los Derechos Conexos al Derecho de autor, de vital importancia. Es importante recordar que en el mundo moderno, el espectro de protección de la Propiedad intelectual, no solo abarca a los derechos de los autores y compositores, sino que también se han consagrado, como hemos explicado anteriormente, derechos específicos a favor de otros grupos de titulares que, debido a sus aportaciones personales, técnicas, empresariales, generan prestaciones y producciones que resultan valiosas tanto para la difusión de las obras del ingenio, como para el enriquecimiento del patrimonio cultural de las naciones. Cabría preguntarnos ¿cuál sería el destino de la mayoría de las obras musicales y audiovisuales sin la producción fonográfica o audiovisual realizada por personas o empresas especializadas en el área? En igual sentido, la difusión por radio o televisión de las obras o de los fonogramas, resulta valiosísima para dar a conocer a los autores o artistas, y esta interrelación genera derechos que deben ser protegidos por las leyes.

Durante los últimos sesenta años, se ha desarrollado rápidamente un conjunto de derechos conexos al derecho de autor. Estos derechos conexos han evolucionado en torno a las obras protegidas por el derecho de autor y proporcionan derechos similares aunque, con frecuencia, más limitados y de menor duración a:

1. los artistas ejecutantes (como actores y músicos) en sus interpretaciones o ejecuciones;
2. los productores de fonogramas (por ejemplo, producción del artista y comercialización de copias fonográficas);
3. los organismos de radiodifusión en sus programas de radio y televisión.

Los Organismos internacionales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) aconsejan una prudente tutela legal, no solo de las obras, sino también de las interpretaciones artísticas, los fonogramas y las emisiones de los organismos de radiodifusión. Estas observaciones han sido plasmadas en tratados internacionales, tales como la Convención de Roma del año 1961, ratificado por nuestro país, por Ley N° 138 del 11 de octubre de 1969, así como también por el convenio de Ginebra del año 1971, ratificado por Ley N° 703 del 8 de agosto de 1978. Para más abundamiento, basta remitirnos al Derecho Comparado sobre la materia en Latinoamérica, que ilustra esta sistemática normativa, que se observa en la legislación de Colombia, Venezuela, Costa Rica, Brasil, México, entre otras.

Las exigencias de un mundo actual, en los campos de la ciencia, tecnología y artes, así como la adecuada protección de ello, hacen impostergable la misión de abordar la tarea de una reforma seria y profunda del Ordenamiento Jurídico Penal, específicamente del Artículo 184 y de las leyes especiales vigentes en la materia y acordes con las necesidades de una Política Criminal en consonancia a la lucha contra el delito.

Es necesario tomar conciencia de la necesidad de adecuar la legislación penal Paraguaya a los desafíos que representan los avances tecnológicos en diversas áreas, las telecomunicaciones y en general, la tecnología de la producción e información, entre muchos nuevos conocimientos, los cuales deben ser protegidos, a fin de paliar el alto grado de desconfianza que siente la población, especialmente las víctimas de delitos, respecto a la justicia penal, debido en gran medida a la crisis del Sistema Penal, la que es ocasionada, en parte, por las insuficiencias e incoherencias de la Política Legislativa, lo que origina desconcierto, sentimientos de discriminación en la población y falta de la mas elemental certeza jurídica.

El progresivo establecimiento real de un Estado social Democrático de Derecho, dispone que el código Penal traduzca en su ámbito, en tanto le sea pertinente, las diversas garantías penales y procesales, así como los diversos mecanismos de protección de los derechos de los ciudadanos, proyectados desde la Constitución vigente. Abordar esta misión con responsabilidad es un paso decisivo para allanar con mayor vigor el camino que conduzca hacia la indispensable democratización del sistema Penal; esto supone extender e innovar mecanismos institucionales de intervención en los conflictos penales que sean oportunos, sinceros y accesibles dentro de una cultura que estimule la tolerancia, la responsabilidad y el resarcimiento dentro del marco de la protección por los derechos humanos en general y de la víctima en particular, con el fin de aliviar la impunidad, cerrándole el paso al autoritarismo y la arbitrariedad, mediante mecanismos civilizados de abordaje de los conflictos.

Es indudable que todo este movimiento va a traducirse inexorablemente en un mejoramiento ostensible de la imagen de nuestro país, en el sentido de que va a darle credibilidad al sistema Jurídico penal, tan necesaria hoy día, pues la imagen internacional de nuestro país se ha visto seriamente afectada por este proceso, en donde la falta de transparencia y seguridad jurídica lo han colocado al borde de serias sanciones comerciales a nivel internacional, menoscabando su situación a la hora de pretender negociar nuestros productos en los grandes mercados, como los Estados Unidos, La Unión Europea, Japón, etc., o dificultando la instalación de Industrias que deseen invertir en nuestro país.

La esfera del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos se ha expandido enormemente gracias a los progresos tecnológicos acaecidos durante los últimos decenios, que han aportado nuevas maneras de divulgar creaciones por formas de comunicación mundial como la radiodifusión por satélite y los discos compactos. La divulgación de obras por Internet es el acontecimiento más reciente que plantea nuevas cuestiones en relación con el Derecho de Autor. Esta evolución de la tecnología trae aparejada también los métodos para el acceso no autorizado a

estas obras y a su utilización ilegal en detrimento a los Derechos de Autor, protegido por la Ley, es el fenómeno que se ha denominado PIRATERÍA.

El advenimiento del disco compacto ha incrementado radicalmente la naturaleza de la piratería musical. El mercado potencial y el lucro a obtenerse de la piratería musical es enorme y creciente. No obstante, las sanciones penales por violación de la legislación sobre los derechos de autor no guardan relación con el potencial de lucros y poseen un valor disuasivo mínimo. Las enormes ganancias obtenidas son inevitablemente utilizados para afianzar la posición de los Piratas, resguardar las redes de fabricación y distribución por medio de la violencia, intimidación y corrupción, subvirtiendo las instituciones y los procesos estatales, sin dejar de considerar seriamente que los lucros obtenidos son reinvertidos frecuentemente en otras actividades delictivas aun más graves, tales como el tráfico de drogas y el lavado de dinero, sin olvidar las pérdidas sufridas por el Fisco Nacional, traducidas en la baja o nula recaudación impositiva, reflejada en la venta de millones de copias piratas que evaden impuestos.

INSUFICIENCIA DE LAS PENAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 184 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo en cuestión establece una pena alternativa de hasta tres años de prisión o multa, a criterio del juez y conforme a las circunstancias particulares de cada caso. Evidentemente que se trata de una de las penalidades más bajas del Código Penal, con relación a la violación de un derecho especial de propiedad. El presente articulado, no toma en consideración que la Propiedad Intelectual, como forma especializada y evolucionada del derecho de propiedad que es, amerita un tratamiento equitativo y su violación debe tener asignada una pena similar a la que se aplica a la violación del derecho de propiedad tradicional.

Por el principio de que la pena no puede ser de mayor gravedad que la que corresponde a la gravedad de la culpabilidad del autor, cabe preguntarse ¿ es mayor el grado de culpabilidad o reprochabilidad del autor que haya hurtado un reloj de pulsera a una persona o cien mil copias de la última película de Disney o del último Álbum del artista Julio Iglesias? La respuesta, si observamos las disposiciones del artículo 161 del código Penal, que tipifica el delito de hurto simple, establece una pena de hasta cinco años de prisión o multa, sería de que el actual código, no considera la gravedad del apoderamiento ilícito de obras del intelecto humano; en este mismo sentido, el artículo 162 que tipifica el hurto agravado, entre cuyos numerales figura el apoderarse de “una cosa significativa para el arte, la ciencia, la historia o el desarrollo técnico..” establece una pena de hasta diez años de prisión. Sin ninguna duda, este aspecto debe ser sometido a una profunda revisión, considerando el número de afectados y el enorme daño económico y moral que involucra la piratería de bienes intelectuales, en comparación a otros delitos tradicionales.

En estos delitos corresponde necesariamente aumentar la pena a los infractores, pues la actual, en lugar de disuadir a los delincuentes, produce el efecto contrario de incrementar las actividades delictivas. Además, contribuye en especial medida a desprestigiar el crédito de nuestro país, hasta el grado más grave de convertirlo en el paraíso de los negocios ilícitos de la falsificación.

De lo que se trata es de motivar a los ciudadanos a un comportamiento conforme al Derecho. Eso puede ocurrir mediante el desestímulo de la conducta disvaliosa a través de la amenaza de una pena. También, de un modo positivo, conformando los mandatos y prohibiciones legales, a la conciencia jurídica de los ciudadanos y determinando su comportamiento social. Esta tarea preventiva puede ser realizada por la pena de varios modos: a través del mero internamiento, mediante el efecto intimidante que ejerce sobre el delincuente y, sobre todo, a través de la mejora del delincuente, lo que en Derecho Penal se denomina Resocialización o socialización del mismo.

El análisis actual muestra que la legislación Penal por su benignidad no resulta en modo alguno

disuasiva. En la Doctrina existe hoy unanimidad acerca que la pena ha de ser limitada por la culpabilidad del autor. En consecuencia, por razones de prevención general o especial, corresponde el aumento de las penas, en razón de la gravedad de los hechos cometidos en estos delitos que perjudican hasta el buen nombre de la República.

¿ACCIÓN PENAL PRIVADA O PÚBLICA?

El artículo 184 del código penal, establece en su punto 4° que la persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima. Esta disposición ha sido derogada por el artículo 18 de la Ley 1444 que *“Regula el periodo de Transición al nuevo Sistema Procesal”*, expresamente en estos términos: *“Que estos tipos penales (violación del Derecho de autor o inventor, Artículo 184 del código Penal) son de acción penal publica que no requieren instancia de la víctima, como se halla establecido tanto en la Ley 1160 Código Penal, como en la Ley 1286 código Procesal Penal, artículo 17.*

La Ley 1.444 que regula el periodo de transición al nuevo sistema procesal, es una Ley Temporal, que rige por un tiempo determinado, y cuando esta caduco, la violación del derecho de autor o inventor (artículo 184 del código Penal), puede interpretarse a favor del Imputado en caso de duda como que su persecución, ha de ser a instancia de la víctima. Por ello es necesario modificar también este aspecto en el artículo 184 en cuestión y poner claridad al asunto.

La respuesta para la aplicación de la Ley debe ser proporcional y de costo efectivo, NO puede llevarse a cabo hasta tanto el problema no sea reconocido y estudiado a fondo como un fenómeno de carácter social que perjudica la inversión de capitales extranjeros en el territorio nacional y empobrece notablemente la Hacienda y Finanzas Publicas, perjudicando el empleo de mano de obra nacional lícita.

El campo de la piratería se ha tornado mucho más importante en el actual medio comercial, digital y electrónico. El reto para los Gobiernos es encontrar los mecanismos de aplicación de la Ley para conseguir buenos resultados en materia de protección al público contra una amenaza insidiosa y creciente, cual es el robo y destrucción de la propiedad a raíz del contrabando y la falsificación, lo que justifica plenamente la intervención directa del contralor estatal, pues los bienes e intereses en juego son de carácter público y social, pues el problema de la piratería no puede ser visto como un fenómeno aislado que afecta solamente los intereses particulares de los autores, artistas y productores de fonogramas, sino también por su fuerte incidencia en la corrupción derivada del funcionamiento de sus empresas generalmente vinculadas a otras figuras delictuales.

¿PORQUE DEBE PROTEGERSE EL DERECHO DE AUTOR Y PENALIZARSE LA CONDUCTA ILEGAL?

El Derecho de Autor y los Derechos Conexos son esenciales para la creatividad humana ya que ofrecen a los creadores incentivos bajo forma de reconocimiento y recompensas económicas equitativas. En virtud de este sistema de Derechos, los creadores cuentan con la garantía de que sus obras serán divulgadas sin tener que preocuparse por la copia no autorizada o la piratería. Esto contribuye, a su vez, a facilitar el acceso y a intensificar el disfrute de la cultura, el conocimiento y el entretenimiento en todo el mundo.

Ante las grandes proporciones que ha adquirido el fenómeno de la Piratería, a nivel regional en

América Latina, numerosas legislaciones, como El Código Penal Federal de México (Artículo 424 bis, y otras, han integrado al texto legal un tipo penal específico para sancionar la conducta que consiste en la *provisión de materias primas o insumos para la elaboración de ejemplares piratas de obras del ingenio, interpretaciones artísticas o fonogramas*. La mencionada materia prima es entendida como el material suministrado para la fabricación de las copias o reproducciones apócrifas. Como es sabido, la materia prima para las grabaciones espurias, son los discos compactos vírgenes casetes y otros soportes materiales.

Debe observarse que la tipificación penal que se propone no tiene como finalidad la calificación criminosa de las materias primas e insumos *per se* sino que se refiere a la conducta de carácter doloso que contribuye en forma decisiva a la producción del resultado dañoso que es la violación de los derechos intelectuales tutelados. Esta nueva figura tiene una relevancia en lo política criminal de un estado de tal magnitud que rebasa los conceptos tradicionales de participación en el hecho criminal, como la complicidad y deviene en una figura delictiva autónoma.

Ciertamente que la Piratería de Bienes Intelectuales se presente hoy día bajo la figura del Crimen Organizado y son varias y muy diferentes las actividades que se realizan en el seno de las organizaciones que producen los ejemplares piratas para llevar el producto ilícito al público consumidor. La manufactura de diferentes sub-productos y la importación y tráfico de materiales con destino a la piratería es una de esas actividades fundamentales.

Al sancionarse con pena de prisión a todo aquel que se dedique al suministro de materia prima para la piratería estaremos dando un paso contundente en la interrupción de la cadena de fabricación de productos piratas estaremos atendiendo a las causas orígenes del problema, en lugar de atacarlo solamente en sus consecuencias más visibles y, en todo caso, inevitables.

En los últimos años ha habido un incremento muy notable en la producción de diferentes soportes vírgenes y aparatos para la grabación sonora y audiovisual, pero en contraste, los mercados de grabaciones legítimas de música han caído en una proporción que amenaza la subsistencia de miles de puestos de trabajo y otros muchos que ya se han perdido en el Paraguay y en toda Latinoamérica. La conclusión que deriva es obvia y evidencia que todo ese material virgen y aparatos de alta tecnología no han ido a parar a los circuitos comerciales lícitos sino que están alimentando las organizaciones que lucran con la creatividad, el talento y la industria ajena.

El resultado final de este proceso es el empobrecimiento de las industrias locales del entretenimiento con el consecuente perjuicio a la cultura del país porque a medida que se pierde la rentabilidad en la producción de bienes intelectuales, tanto los creadores de obras, como los artistas y los productores prefieren dedicarse a otras actividades aun abandonar el país en busca de mejores condiciones para desarrollar sus talentos o realizar su inversión.

Por estas razones y tomando en consideración la proliferación que ha experimentado esta modalidad delictiva en los últimos tiempos, creemos prudente que el legislador tome en cuenta la inclusión de esta actividad dentro de la cadena delictiva, pues constituye una conducta relevante y suficientemente grave, por lo que se ha convertido en un fenómeno social que rebasa el interés particular de los autores o productores de fonogramas, perjudicando ya intereses estatales y por ende enturbiando la imagen internacional del país.

BIBLIOGRAFÍA

- BENÍTEZ RIERA, Luis María, BOGARÍN GONZÁLEZ, Jorge, MACCHI, José Ignacio, “Nuevo Procedimiento Penal Paraguayo
- BINDER, Alberto, “Introducción al Derecho Procesal Penal”. Ad-Hoc, Buenos Aires 2000.
- BINDER, Alberto, “Ideas y materiales para la reforma de la Justicia Penal”. Ad-Hoc, Buenos Aires 2000.
- CASAÑAS LEVI, José Fernando, “Manual de Derecho Penal”.

- CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo Fabián, "Introducción al Derecho Procesal Penal Paraguayo",
- CARNELUTTI, Francesco "Principios del proceso penal", p. 43, nota 19, Ejea, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires.
- CARLOS, Eduardo B., voz, Jurisdicción, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XXII, p. 538.
- Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales Manuel Osorio, 28ª Edición año 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", Editorial Trotta 1997.
- KHON MARCOS. Manual para Jueces Penales, Editado por National Center For State Courts, año 2000.
- LLANES OCAMPOS, María Carolina, "Manual para Fiscales Penales", Nacional Center for State Courts, Paraguay 2000.
- LLANES CAROLINA. Lineamientos sobre el Código Procesal Penal Paraguayo. Editorial Litocolor SRL, Asunción - Paraguay, 2002.
- LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER. Proceso Penal Comentado. Edición UCI, Costa Rica, año 1998.
- MAIER JULIO. Derecho Procesal Penal, I Fundamentos 2da. Reimpresión. Ediciones del Puerto SRL. Bs. As, Año 2002
- RIQUELME, Víctor, "Instituciones del Derecho Procesal Penal Paraguayo"
- ROXIN, Claus, "Derecho Procesal Penal", (trad. revisada por Julio Maier) Editores del Puerto, Buenos Aires 2003.
- SERRANO, Armando A., RODRÍGUEZ, Delmer E., CAMPOS VENTURA, José D. y

DR. JORGE ENRIQUE BOGARÍN GONZÁLEZ

LA NUEVA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL REFORMA O CONTRAREFORMA

Dr. Jorge Enrique Bogarín González¹

1. ANTECEDENTES

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Docente Universitario: Encargado de Cátedra Derecho Penal UCA, Profesor Instructor de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción y Coronel Oviedo. Profesor del Módulo Penal Escuela Judicial del Paraguay, dependiente del Consejo de la Magistratura. Profesor del Módulo Procesal Penal del Curso de Especialización y Doctorado UCA. Magistrado: Ex -Juez Penal de Liquidación y Sentencias Nro. 2 Circunscripción Judicial de la Capital. Actualmente ejerce la profesión y es Director del Estudio Jurídico BD-Abogados y del Instituto de Especialización en Ciencias Penales y Sociales.

A diez años de la vigencia del Nuevo Código Penal asistimos con mucha preocupación a un movimiento que pretende ser de “nueva reforma”, aunque ya se han alzado voces que en realidad hablan de una verdadera “contrarreforma”.

En noviembre del año 1997 se promulgó la Ley N° 1.160 el Nuevo Código Penal de la República del Paraguay. Se establecía una “vacatio legis” de un año, vale decir, el citado cuerpo legal entró en plena vigencia un año después, noviembre del año 1998.

Mujeres y hombres que estamos en el campo del Derecho, observamos con suma alegría aquel acontecimiento, ya que dicha ley de fondo reemplazaba al “Código” del Prof. Teodosio González, del año 1910. Si bien el citado autor fue uno de los más brillantes juristas de nuestro país y el código de referencia, constituyó un cuerpo normativo fundamental para aquel tiempo, no es menos cierto que ya se había convertido en una ley desfasada de la realidad que se pretendía legislar.

En efecto, el “Código Teodosio” estaba basado en el Código Alemán de Feuerbach del año 1810, el Código Español de Pacheco y el Código Argentino del Prof. Tejedor, todo ellos cuerpos legales vigentes en el siglo pasado.

En aquella época, “la crisis del sistema penal” se acentuaba y se intentaba administrar justicia con dos códigos absolutamente desfasados de la realidad. En materia de fondo, el citado “Código Teodosio”, vigente desde el año 1910 y en cuanto a la ley procesal, el código autoría de dos ciudadanos españoles residentes en el país en la época de la post guerra, Ricardo Brugada y Ramón Zubizarreta. Había instituido un procedimiento escrito, largo, engorroso, con características inquisitivas, el cual ya no responde a las exigencias de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Si bien es verdad, el nuevo código penal promulgado a través de la Ley N° 1.160, con vigencia plena a partir de noviembre del año 1998, ha introducido revolucionarias modificaciones y constituye un instrumento idóneo para el afianzamiento de un Estado Social y Democrático de Derecho, no es menos cierto que trae consigo algunos aspectos que implican una necesaria adaptación ciudadana.

La técnica legislativa más “a lo español”, más narrativa es sustituida por una técnica más “a lo alemán”, un estilo más abstracto. Independientemente de la evolución del predominio de las “teorías causalistas” del Código Teodosio a las “teorías finalistas” predominantes en el NCPP², ello constituye una garantía para la protección de los derechos ciudadanos, la adopción de nueva nomenclatura y la incorporación de nuevas instituciones implica un lapso de necesario conocimiento ciudadano.

No debemos olvidar nunca que el principal usuario y destinatario de una Ley Penal es el ciudadano común. El es quien debe entender y comprender cuáles son las conductas consideradas delictivas. La técnica legislativa debe tener en consecuencia, una redacción clara y sencilla, perfectamente comprensible por todos los ciudadanos.

2. LAS PAUTAS QUE DEBERÍA SEGUIR LA MODIFICACIÓN DE UNA LEY PENAL

A casi diez años de vigencia del nuevo sistema, nos hemos encontrado sin embargo, con la “sorpresa” de que la Cámara de Diputados ha aprobado una serie de modificaciones al código, las

² Nuevo Código Penal Paraguayo.

cuales una vez remitidas a la Cámara de Senadores fueron rechazadas parcialmente.

Se han producido incluso movimientos y protestas sociales contra la denominada “ley antiterrorista”, las cuales han terminado por “convencer” a los Senadores de la no conveniencia de su adopción y finalmente el rechazo por reglamentación parlamentaria; y nuevamente son remitidos a la Cámara originaria.

Siempre puede ser interesante que el Derecho acompañe una determinada evolución social, pero no es menos cierto que dicho acompañamiento debe ser sistemático, lógico y racional.

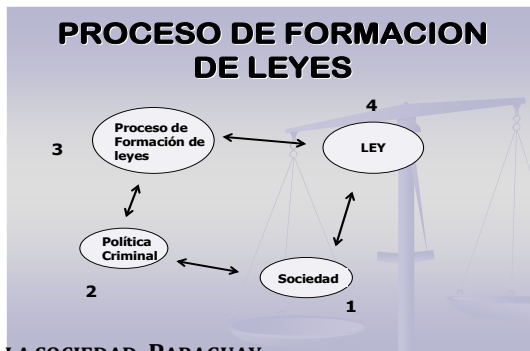
Hay un peligroso y desconcertante desconocimiento de las citadas reformas y, la primera percepción es que nuevamente está predominando lo político por encima de lo técnico. Hay un desconocimiento del norte de la reforma y fundamentalmente qué es lo que se está modificando. Es fundamental un adecuado nivel de participación ciudadana en dichos debates, ya que está fehacientemente comprobado que las reformas “entre cuatro paredes” no funcionan ni pueden funcionar por los motivos que iremos exponiendo.

3. ¿CUÁL ES EL CAMINO QUE DEBERÍA SEGUIR LA REFORMA, MODIFICACIÓN O APROBACIÓN DE UNA LEY PENAL?

La teoría de las fuentes en el Derecho Penal está presidida por la vigencia del principio de legalidad: solo la Ley Penal puede ser, en nuestro derecho fuente formal o directa del derecho penal; la Ley Penal es así la única norma que puede establecer las conductas delictivas y sus penas cumpliendo una función de garantía de los ciudadanos, pues el monopolio de la ley satisface las exigencias constitucionales de seguridad jurídica y de certeza propia del Estado de Derecho.

El Paraguay tiene una verdadera “tradición” de leyes absolutamente desfasadas de la realidad social que se pretende legislar. Ello sucede en muchas ocasiones en que el Paraguay ha adoptado, adaptado o sencillamente copiado leyes del extranjero, correspondientes a otras realidades sociales y generalmente hemos realizado el proceso a la inversa de cómo debería hacerse.

4. EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LAS LEYES PENALES



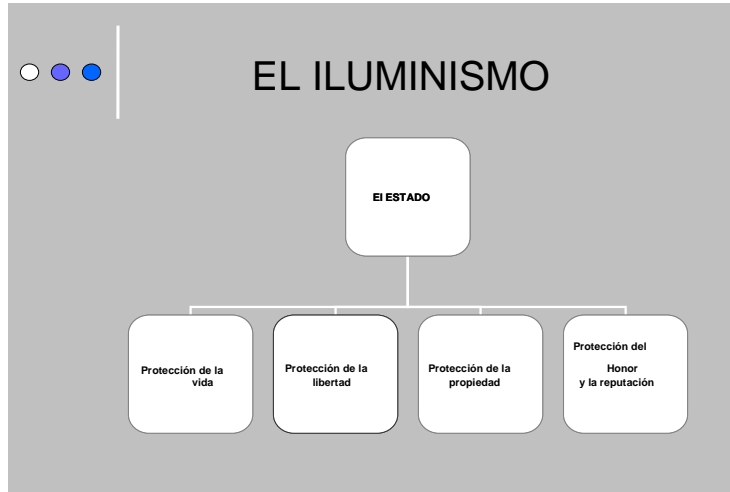
4.1 ANÁLISIS DE LA SOCIEDAD. PARAGUAY

El Estado Social de Derecho tiene como objetivo el desarrollo de todas las personas y de “toda la persona”. Su misión concebida como incitación antes que como subrogación, ello dentro de un todo armónico establecido en la Constitución.

La C.N. es la Ley fundamental de nuestro país: Ella es el producto del poder constituyente, es decir, de la capacidad y el derecho que tiene el pueblo de establecer su propio gobierno y de fijar

las normas básicas de la convivencia social³.

El pueblo en su conjunto, es el único sujeto con legitimidad para establecer una Constitución, que fue el producto histórico de un largo proceso que finalmente cristalizó las ideas del ILUMINISMO.



A partir de las Ideas del ILUMINISMO se ha creado una superestructura denominada ESTADO, para la protección de los derechos esenciales de los ciudadanos. Ello pasa lógicamente por la previa definición de los bienes jurídicos dignos y merecedores de protección.

La tarea pendiente de la Constitución es lograr que todos y cada uno los derechos y garantías constitucionales tengan efectiva vigencia para todos los habitantes de la República.

El Derecho Penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social.

En ese sentido, el mismo procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considerable: Sus sanciones son las más rigurosas que se conocen en el sistema social y los comportamientos a los que se conectan son los más intolerables en dicho sistema.

El Delito es, en sentido general, una forma de comportamiento desviado que se considera grave dentro de un sistema social y que es calificado de tal por órganos legislativos con competencia para ello. El Derecho Penal forma parte del aparato de imposición necesario para el mantenimiento de la estabilidad de una sociedad.

El Principio de Legalidad está formulado a partir del Art. 1º del CP.

Artículo 1.- Principio de legalidad

Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción.

4.2. NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE, SCRIPTA, STRICTA ET PREVIA

³ Art. 137 Constitución Nacional. Prelación de las leyes. Pirámide de Kelsen.

En primer lugar, el proceso debe realizar un profundo análisis de la realidad social que se pretende legislar. Para ello debe recurrirse fundamentalmente a las denominadas ciencias empíricas, tales como la Criminología y otras y; a partir de dichos análisis, deben definirse los bienes jurídicos dignos y merecedores de protección, las conductas a ser consideradas criminales, los tipos de delitos que se cometen en dicha sociedad.

Aquí encontramos, un primer inconveniente en el proceso de reforma o contra reforma que venimos analizando, ya que no se ha realizado ningún análisis o diagnóstico de la realidad social de nuestro país y, mucho menos, los problemas que podría haber tenido el nuevo Código Penal en estos primeros diez años de implementación. Es como una persona que acude a un médico y el mismo lo primero que hace es una revisión total y análisis de su situación; posteriormente, elabora un diagnóstico, que es lo que está mal, de qué es lo que está enfermo y se buscan posibles soluciones a dichos males.

Esto es lo que claramente no se ha hecho en nuestro sistema, pues no existe ningún análisis serio sobre que es lo que está mal o que debe corregirse en el nuevo Código Penal y en consecuencia, no se sabe a ciencia cierta que es lo que busca esta reforma o contra reforma, y es lo que da pie a pensar que estamos en presencia de una intención política en las mismas.

Un proceso serio de implementación de una Ley Penal, a partir del análisis de la realidad social mencionada, debe formular una *política criminal*.

5. POLÍTICA CRIMINAL

Debe destacarse, la estrecha relación existente entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal como corresponsables de la configuración de la política criminal y como ejes estructuradores del denominado sistema penal o sistema de justicia penal, que es el conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal.

La política criminal es en consecuencia, el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal. Y forma parte del conjunto de la actividad política de una sociedad.

5.1. CONSTRUIR LA POLÍTICA CRIMINAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL PODER

Un modelo de política criminal se debe construir como un deber ser del poder. Es un conjunto de decisiones que definen como encarar la lucha contra la criminalidad en una determinada sociedad.

En concreto, la política criminal es como luchar preventiva y represivamente contra los comportamientos indeseables o delictivos. Si bien es verdad, la dogmática penal moderna hace un énfasis en aspectos fundamentalmente preventivos, no es menos cierto que se habla también de represión, como respuesta estatal a los delitos. Hablar del Derecho Penal, es hablar de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho Penal (Homicidio, Robo, Secuestro, etc.). Violenta es también la forma en que el Derecho Penal soluciona estos casos (cárcel, internación psiquiátrica, suspensión e inhabilitación de derechos, etc.). El mundo está impregnado de violencia y no es por tanto, exagerado decir que esta violencia es un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo, también del Derecho Penal.

Otra deficiencia que encontramos en este proceso, es que no existe en nuestro país un POLÍTICA CRIMINAL y mucho menos, ha sido formulada en este caso en particular. Un adecuado proceso de formación de las Leyes Penales, debería formular una política criminal y llevar la misma al Parlamento Nacional, órgano competente, a los efectos del análisis y creación del cuerpo legal.

6. PROCESO DE FORMACIÓN DE LAS LEYES. PARLAMENTO NACIONAL

En el Parlamento Nacional debería darse una discusión, debate y difusión de la Política Criminal citada en líneas precedentes. Es el órgano natural con competencia para ello en la división constitucional que establece el equilibrio o separación de poderes.

En muchas ocasiones, en el Paraguay se han aprobado leyes penales copiadas de otros países. Ello trae consigo, una serie de inconvenientes, pues en ese caso, corresponden a otras realidades sociales.

Por otra parte, en la misma aprobación del Código Penal que cumple 10 años de vigencia, se han producido una serie de deficiencias, tanto en la discusión como en la difusión de las nuevas instituciones que se incorporaban. En efecto, la ciudadanía en general y las organizaciones sociales tuvieron escasa participación tanto en el debate, como en un pleno y acabado conocimiento del entonces nuevo Código Penal. El resultado fue que pese a que se trataba de un Código moderno e idóneo para los nuevos tiempos, hubo mucha resistencia al cambio y serios problemas en su implementación, fundamentalmente por desconocimiento de la ciudadanía.

Esa misma situación se está viviendo en estos momentos, pues la ciudadanía en general prácticamente no ha participado en los cambios a ser introducidos y obviamente desconoce los mismos. Ello es sumamente peligroso para el cumplimiento de los fines del derecho penal y que el Código se convierta en un adecuado instrumento de control social y protector de los bienes jurídicos de los ciudadanos. El principal usuario y destinatario de la protección que se establece en las Leyes Penales, es el ciudadano común. El mismo debe conocer acabadamente cuales son las conductas consideradas delictivas, los comportamientos sociales reprobados y en consecuencia, su no participación y desconocimiento conspira contra la eficacia que se requiere de una Ley Penal.

Hemos asistido a varios seminarios en los cuales han participado representantes de gremios de Abogados, Escribanos, estudiantes de Derecho y ha quedado latente la preocupación que existe por el desconocimiento de las reformas introducidas al nuevo Código Penal, las Leyes Anti-Terroristas en la Cámara de Diputados y el posterior rechazo de algunas instituciones en la Cámara de Senadores.

6.1. LEY. ¿QUE ES UNA LEY?

De Santo⁴ define LEY es el precepto dictado por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados. Ni siquiera en Derecho tiene un significado único. En sentido amplio, equivale a la norma jurídica, ya derive de los órganos del Estado, de la costumbre o de cualquier otra fuente a la que el ordenamiento jurídico atribuya poder de dictar o crear normas.

Si se implementa el proceso de formación de leyes de la manera que estamos propugnando, se dictará una Ley adecuada a la realidad que se pretende legislar. El problema es que en el Paraguay, en muchas ocasiones se ha hecho el proceso a la inversa, “importando” o copiando una ley extranjera, lo cual siempre ha tenido como resultado la imposibilidad de aplicarla en una realidad totalmente distinta.

7. CONCLUSIÓN

⁴ De Santo, Víctor – “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía”. Editorial Universidad, pp. 598.

Hacemos votos para que nuestros representantes – los legisladores- realicen los máximos esfuerzos en transparentar el debate, discusión y difusión de las modificaciones que se pretenden introducir al sistema penal. Va a resultar fundamental que la ciudadanía y las organizaciones sociales participen efectivamente, aporten sus experiencias y conocimientos a los efectos de buscar una eficiente y humana protección de los derechos ciudadanos.

El desconocimiento que hoy tiene la ciudadanía de las modificaciones introducidas al Código Penal arrojan dudas sobre el objetivo real de las mismas. La percepción ciudadana es que la reforma tiene un norte político antes que técnico o garantista y ello ha llevado a la conclusión a algunos juristas nacionales, que en realidad nos encontramos ante una CONTRA REFORMA. Los legisladores tienen la palabra a fin de desmentir esta situación, ya que ello resultaría sumamente pernicioso para la larga lucha que se ha llevado en nuestro país por la vigencia de los derechos humanos y esenciales de los ciudadanos.

Buscamos con estas observaciones, que el derecho se convierta en un verdadero instrumento en la construcción de la sociedad distinta que anhelamos. Abrigamos la esperanza que las mismas despierten en los ciudadanos una verdadera vocación transformadora.

Conocer el derecho es solo la base para afrontar la verdadera tarea de los juristas latinoamericanos: Acompañar las luchas de nuestro pueblo humilde; evitar que el derecho consolide la dominación de los más poderosos y diseñar así las normas de una sociedad verdaderamente igualitaria, verdaderamente democrática y justa... esforzadamente justa.

BIBLIOGRAFÍA

- a. CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY
- b. JOSE IGNACIO CAFFERATTA NORES “Principios del Derecho Procesal Penal”.
- c. ALBERTO BINDER “Introducción al Derecho Procesal Penal”. Editorial AD-HOC – Buenos Aires, Argentina
- d. MAIER JULIO B. “Derecho Procesal Penal Argentino” Tomos 1-A y 1-B Fundamentos. Editorial Hammurabbi, Bs. As. Argentina.
- e. ABALOS, RAUL WASHINGTON “Derecho Procesal Penal”, Tomos I, II y III. Ediciones Jurídicas CUYO. Santiago de Chile.
- f. VAZQUEZ ROSSI, JORGE “Derecho Procesal Penal”, Tomos 1 y 2. Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe- Argentina.
- g. CARRIO, ALEJANDRO “Garantías Constitucionales en el Proceso Penal”. Editorial Hammurabbi – José Luis Desalma Editor, Buenos Aires- Argentina
- h. MARIA CAROLINA LLANES “Lineamientos sobre el Nuevo Código Procesal Penal”
- i. BOGARIN GONZÁLEZ, JORGE ENRIQUE; GONZÁLEZ MACCHI, JOSE I.; BENITEZ RIERA, LUIS MARIA “Nuevo Procedimiento Penal Paraguayo”. CIDSEP – Paraguay
- j. ROXIN, CLAUS “Derecho Procesal Penal”.

JOSÉ MARÍA CABRAL ALCARAZ

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO:

LAS LIBERTADES

PÚBLICAS Y LOS DERECHOS DE TERCEROS

DESARROLLO GENERAL

En la sociedad post dictatorial se ha producido una serie de nuevos acontecimientos sociales y políticos, no imaginado por la población que vivió el largo periodo de frustración de libertades.

Unas de las razones podríamos atribuir al nulo ejercicio de las libertades públicas en el citado periodo, por lo tanto, al producirse la caída del dictador, la sociedad fue ejerciendo sus derechos y en consecuencia, se generaron nuevas situaciones que merecen unas reflexiones.

En algunos casos, la problemática se presenta como una casi confrontación de derechos. A modo de ejemplo citaremos: el ejercicio de la libertad de reunión y manifestación versus el derecho de libre tránsito, circulación e inclusive la protección a los bienes de terceros.

Los sociólogos han identificado a la sociedad actual como la sociedad mediática; en la misma los medios masivos de comunicación (artículo 27 CN y concordantes) presentan la información como un producto que ofrecer en directa relación a la medición de audiencia. Inclusive, como una competencia deportiva se premian a programas informativos en función a la medición de audiencia y no a la calidad del informe (artículo CN 28 y 29).

Otro actor social a tener en cuenta es la opinión pública. Ésta debe estar informada conforme los canones de los artículos constitucionales citados, ella es una fuerza generalmente silenciosa que no puede ser solo objeto del marketing de medición sino debería concurrir a las grandes decisiones bajo las bases del fortalecimiento de objetivos cualitativos, los principios éticos, por citar algunas características, a fin de constituirse en uno de los actores sociales que diriman con otros actores en el ámbito de los medios masivos de comunicación con una actitud crítica ante los hechos que se presentan.

Podemos mencionar otros actores sociales no tan silenciosos como los citados, pero que han extendido su poder fáctico. Son los denominados excluidos por el sistema económico y que han adoptado distintas denominaciones como ser: los campesinos sin tierra, las organizaciones sin techo, pueblo estafado en acción, grupos organizados identificados al derecho que pretenden defender. Encontramos así, la más amplia variedad de organizaciones con una característica definida, hacer efectivo el derecho en su ejercicio cotidiano, material y no solo como declaración formal.

Lo relatado hasta el momento no debe sorprendernos pues es la característica de la sociedad globalizada; el predominio de los grupos organizados buscando la defensa de sus derechos y la superación del reclamo individual.

La actual constitución se encuentra estructurada bajo dicha influencia y se refleja en sus artículos que citamos a modo de ejemplo: de los intereses difusos (artículo 38), de la igualdad de derechos del hombre y de la mujer (artículo 48), de la protección de la familia (artículo 49), de la igualdad de los hijos ante la ley (artículo 53), de la protección al niño (artículo 54), de la juventud (artículo 56), de la tercera edad (artículo 57), de los derechos de las personas excepcionales (artículo 58), de la protección contra la violencia (artículo 60), de los pueblos indígenas y grupos étnicos (artículo 62).

La lógica de la sociedad se puede resumir en la siguiente frase: “solo los grupos organizados pueden hacer efectivos sus derechos consagrados en la constitución, las convenciones internacionales y las leyes y han superado el esquema del reclamo individualista”. Inclusive, estas

razones sociológicas, se convirtieron en normas jurídicas y se consagraron en la constitución del año 1.992, por ejemplo, en el artículo treinta y ocho cuando expresa: “Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del habitad, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo”.

La exposición realizada absolutiza el predominio del constitucionalismo social, como se establece en el artículo primero, por lo tanto, los derechos consagrados buscaran ante todo la vigencia y eficacia de los mismos y no solo mantener un orden legalista. La exigencia material de la eficacia de los derechos será la clave para el verdadero funcionamiento del estado de derecho.

Luego del desarrollo del contexto general y retomando la confrontación a la cual hacíamos referencia en párrafos anteriores, debemos enfocar el estudio hacia el análisis desde la perspectiva de la constitución, los convenios de derechos humanos firmados por el estado paraguayo y el código penal.

La sociedad actual nos presenta unos dilemas sociales y una escasa posibilidad de alternativa de distribución de riqueza en el Paraguay, como consecuencia de estas realidades por ejemplo, surge un importante éxodo de paraguayos (contraviniendo al artículo 86 del derecho al trabajo o artículo 87 del pleno empleo). Esta realidad nos presenta varias aristas de un mismo problema y para algunos casos, la literatura social y jurídica, ha analizado los alcances de la denominada pareja descasada, con los siguientes rasgos: una escasa posibilidad de empleo formal con la consiguiente inestabilidad, se rompe el esquema de un jefe de hogar como principal proveedor del bienestar económico, la masiva incorporación de la mujer al campo laboral, esta última situación no es criticable sino al contrario, efectiviza una norma constitucional (artículo 48), pero lesiona, por los efectos de la denominada teoría de la pareja descasada, el artículo 86 de la C.N. del pleno empleo. Por otro lado, el modelo de sociedad predominante repercute en detrimento de los artículos constitucionales que fueron dispuestos para garantizar los derechos de la mujer, por ejemplo, vulnera el artículo 46 de la igualdad, el artículo 47 de las garantías de la igualdad.

Merece un párrafo aparte el hecho de la jefatura femenina del hogar, hecho éste que debe ser respetado y considerado como un avance dentro del proceso de igualdad. Sin embargo, el precio que paga la mujer, la convierte en víctima y no en sujeto de derecho como lo desearía el estado social de derechos. Otra circunstancia a tener en cuenta se presenta con la incorporación, no solo de la mujer al campo laboral, sino también, con la incorporación de otros miembros del núcleo familiar, en ciertos casos, jóvenes e inclusive menores de edad como ser los niños. Esta forma de incorporación sin la debida protección estatal vulnera el artículo 48 de la CN que dice: “El hombre y la mujer tienen iguales derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales. El estado promoverá las condiciones y creara 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”. En este caso, la vulneración del derecho establecido en el artículo citado no se puede atribuir a la mujer o los mas jóvenes, sino al propio estado, que a pesar de haber firmado los convenios de derechos humanos, los viola constantemente desde el momento en que no crea las condiciones reales y efectivas de hacer posible el cumplimiento del artículo 48 sobre la igualdad real y efectiva.

A modo de ejemplo citaremos algunos de los convenios de derechos humanos y sus artículos para avalar que tanto el constitucionalismo social como las obligaciones dispuestas para el estado en virtud de los Derechos Humanos deben garantizar el real y efectivo cumplimiento de estos derechos:

1. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, en sus artículos: artículo

tercero sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, el artículo 23 sobre la protección del estado a la familia, el artículo 24 sobre la protección del estado al niño, el artículo 26 sobre la no discriminación.

2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 17 de la protección a la familia, artículo 19 protección a los derechos del niño.
3. La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer.
4. Convenios sobre eliminación de formas de discriminación racial, contra la trata de personas o la protección a la Infancia.

En el Paraguay, de la forma como el estado distribuye el gasto público y ante la casi nula forma de control del mismo, se puede sostener que el estado tendrá una gran incidencia sobre las personas e instituciones al actuar como el gran contratista. En consecuencia, regulará las relaciones entre personas e incluso las relaciones entre las unidades colectivas. No como lo haría dentro de lo que se denomina el régimen de bienestar sino como un estado patrimonialista.

Esta forma de estado vulnera el constitucionalismo social, aumenta el riesgo social y aunque exista un riesgo social natural, en ningún momento el estado se debería atribuir la competencia de ser uno de los generadores de dicho riesgo sin afectar sus propios cimientos constitucionales, violando sus normas constitucionales de derechos humanos y los convenios de derechos humanos suscriptos por el Paraguay, como estado soberano.

El riesgo social al cual se hacía referencia en el párrafo anterior nos puede conducir a desviar la atención del problema central. Sostenemos que la constitución nacional debe ser cumplida por la propia filosofía que la sustenta, plasmada en el artículo 1, al constituirse en estado social de derecho y en segundo lugar por los compromisos asumidos en función a los convenios suscriptos en el ámbito de los derechos humanos.

Cuando nos referimos a desviar la atención, debemos hacer referencia a la denominada criminalización de la protesta social. Como consecuencia de la pobreza y la incapacidad del estado de asumir, dentro del constitucionalismo social, su rol de propiciar el estado de bienestar, se producen nuevas formas de protesta que generan dentro del derecho constitucional varios conflictos de derechos, como ser el derecho de reunión y petición versus el derecho de circular de los terceros ajenos a la protesta. Este fenómeno tuvo una profusa difusión en nuestro país en razón del denominado movimiento piquetero en la Argentina o el impedimento actual del cierre de rutas en el vecino país como consecuencia de la habilitación de una fábrica vecina al territorio del Uruguay.

En nuestro país fuimos testigos de invasiones de tierras a propiedades explotadas y no explotadas por sus propietarios o la paralización del derecho de circulación en el micro centro de Asunción en razón del ejercicio del derecho de reunión. En ambos casos se debería aplicar el código penal en caso de encontrarse reunidos los presupuestos de punibilidad. Este estudio lo dejaríamos a los científicos del derecho penal, no por desconocimiento del tema sino por que el eje central del presente trabajo es justamente la vulneración del estado social de derecho y el incumplimiento de los acuerdos sobre derechos humanos con su consecuencia de aumento peligroso del riesgo social y la respuesta estatal con la criminalización de la protesta social.

En consecuencia y como breve conclusión al presente trabajo, sostenemos que si bien el juez se encuentra como un cuerpo intermedio entre la sociedad y el estado siguiendo la corriente norteamericana, no es menos cierto que el estado de derecho descansa en el cumplimiento y la efectividad de los derechos con el contenido del estado social como lo prescribe el artículo primero de nuestra constitución. Esta omisión del deber constitucional conduce a delegar su atribución en el derecho penal o a otras normas jurídicas sancionatorias prevaleciendo éstas

sobre la constitución por las razones precedentemente citadas.

Abogado José María Cabral Alcaraz

Egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la UCA

Profesor Asistente más antiguo de la Cátedra de Derecho Constitucional Nacional y Comparado.

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la UCA

Miembro del Consejo Editor de la Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCA desde el año 1992 hasta la fecha.

Ex Director Ejecutivo de la Escuela Judicial del Paraguay desde el año 2000 hasta el año 2007.

Miembro Titular del Consejo de la Magistratura en representación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la UCA

JOSÉ FERNANDO CASAÑAS LEVI

LINEAMIENTOS BÁSICOS DEL PROCESO PENAL PARAGUAYO

El Profesor Víctor Báez Riquelme⁵ distingue entre el Derecho Procesal, el procedimiento y el proceso. Mientras el Derecho Procesal se ocupa de la razón de ser de los principios y valora los derechos originarios consagrados por el Derecho natural al afirmar la dignidad humana, el *procedimiento* constituye el conjunto de normas y reglas para la realización de la justicia penal. Es la manera de obrar, de recorrer, de actuar, de avanzar, y finalmente conceptúa el *proceso* como su exterioridad, el camino recorrido, el conjunto de las actuaciones regulares y hábiles del juez.

Por su parte Manzini refiere que el derecho penal formal es el conjunto de normas, directa o indirectamente sancionadas, que se funda sobre la institución del órgano jurisdiccional y que regula la actividad dirigida a la comprobación de las condiciones que hacen aplicable en concreto, el Derecho penal sustantivo⁶.

Claus Roxin⁷ encara la conceptualización del Derecho Procesal Penal, desde el punto de vista de su vinculación con el derecho penal de fondo. Así, refiere que para implementar el derecho penal, y asegurar el castigo de quienes cometen hechos punibles, se requiere de un procedimiento jurídicamente ordenado. Desde esta perspectiva, el proceso penal debe ser concebido en tres aspectos: a) sus reglas deben permitir la aplicación del derecho penal de fondo; b) al mismo tiempo deben limitar la intervención del órgano de persecución (Ministerio Público) en protección de la libertad de los individuos; y c) apuntar al restablecimiento de la paz social quebrantada.

Expliquemos sucintamente estos conceptos.

- a. **El derecho procesal como instrumento de aplicación del derecho penal material.** Mientras el derecho penal de fondo contenido en los códigos penales y en las leyes especiales que contienen normas penales, refiere reglas jurídicas sobre la conducta humana antijurídica, así como a principios para la aplicación de esos preceptos. Las leyes procesales tienen entre otras cosas, la tarea de establecer el camino a seguir para lograr la aplicación de la amenaza penal que refieren las normas penales de fondo. En el derecho formal se indican los actos procesales necesarios para reclamar los derechos reconocidos tanto en leyes como en la misma Constitución Nacional. La ley procesal señala por ejemplo los requisitos que debe llenar una reclamación (denuncia o querrela) por quien se considera víctima de un hecho punible. Asimismo establece el comportamiento que debe tener cada protagonista -juez, imputado, víctima, etc.- del proceso dentro del mismo.
- b. **Es función del derecho procesal limitar el poder.** La evolución del derecho en general lo inclinó hacia la humanización. La rama procesal no ha escapado a este mejoramiento. Como puede percibirse en la práctica del derecho, el momento crucial en el que el ciudadano siente la

⁵ Riquelme, Víctor Baez, Instituciones de Derecho Procesal Penal, p. 14.

⁶ Cit. Por Riquelme, p. 13.

⁷ Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, Verlag C.H. BECK, 25 Auflage, München 1.998, p. 1.

mano del Estado es cuando dentro del proceso interviene, sea como víctima, imputado, abogado, testigo, etc. En efecto la aplicación del derecho es una de las modalidades de ejercicio del poder que más cuidado requiere, de tal forma que no se convierta en un abuso y consecuentemente sea una herramienta para la imposición de políticas autoritarias.

Con el fin de evitar esta situación, los pueblos han ido introduciendo en sus constituciones y en las leyes procesales, normas que regulan la actividad jurisdiccional y requirente⁸, y al mismo tiempo limitan el ejercicio del poder que les es conferido por imperio de los distintos cuerpos normativos. Así, mientras el Juez tiene la potestad de *decir el derecho* - jurisdicción -, el Fiscal tiene a su cargo ejercer la titularidad de la acción penal en representación de la sociedad. Ambas tareas son formas de ejercicio del poder Estatal. Y como tales, en un Estado social democrático de derecho deben conocer de límites. Ningún derecho en este tipo de Estados es ilimitado o irrestricto.

La concepción de Roxin es la que responde a una percepción más completa de la evolución del derecho procesal penal, pues se refiere también a los fines que debe perseguir esta rama del derecho. El garantismo, que aparece como uno de los pilares del orden jurídico penal paraguayo, desde la Constitución Nacional de 1992, impone que la ley penal de forma se ocupe del respeto de los derechos de los imputados y condenados, y no sólo de viabilizar la aplicación del derecho penal como forma reactiva de la sociedad.

c. Apuntar al restablecimiento de la paz social quebrantada. El conflicto social suscitado a partir de los hechos debe ser solucionado por el órgano jurisdiccional. Esta solución implica no sólo emitir una decisión judicial poniendo fin a la discusión procesal. Es más que eso. Se trata de que tanto el órgano de persecución como el jurisdiccional encuentren la medida justa a la denominada paz social. Se entiende por tal, la conciencia de las partes, de que la solución encontrada fue la más justa para todos, de acuerdo a lo que establece el orden jurídico. En efecto, no existe situación más conflictiva, que aquella en la que el derecho es aplicado de manera arbitraria, y donde factores exógenos extra jurídicos son los que terminan por inducir la voluntad de la magistratura.

Respecto de su contenido, podemos decir que el derecho procesal penal se ocupa en la actualidad de concretar en parte los postulados constitucionales que se refieren a las garantías de los ciudadanos, la aplicación del derecho por parte del órgano jurisdiccional y del de persecución, así como de la estructura del proceso penal.

En este sentido, la delimitación del campo de acción de los diferentes actores del Estado (jueces y fiscales) pretende cumplir la tarea de controlar el ejercicio del poder, de tal forma a que no sea mal empleado en detrimento de los ciudadanos. Por diversas razones, las influencias y presiones de diferentes sectores de la sociedad que manipulan el poder, pretenden dirigir los procesos penales. Una de las armas más efectivas para evitar esta desviación de la justicia es precisamente la prescripción de normas que limiten el poder estatal ejercido por los órganos que administran el poder en y desde el proceso penal.

El proceso penal apunta a lograr determinados fines. En primer lugar, debe servir de instrumento para la aplicación del derecho penal material. Vale decir, es su tarea permitir la concreción del derecho de fondo. La descripción de la conducta humana punible descrita en la ley requiere de una forma para ser concretada en un juicio. El derecho procesal penal pretende que la actuación de las partes tendiente a la demostración de sus respectivas hipótesis (acusación y

⁸ En el sentido de la función de requerir que tienen los órganos de persecución como el Ministerio Público.

defensa) pueda ser ejercida correctamente en el marco de un proceso ante el poder judicial.

El otro fin del proceso, como se adelantara, es el de poner límites al poder del Estado, quien a través del Poder Judicial y el Ministerio Público administra justicia. El Poder Judicial en su carácter de órgano jurisdiccional, y el Ministerio Público como órgano de persecución. De alguna manera puede decirse que esta es la *función de garantía* del derecho procesal penal. El ciudadano sometido al proceso penal tiene derecho a que sus derechos sean respetados y garantizados a partir de lo que señala la Constitución Nacional. Sólo contemplando normas de control del ejercicio del poder punitivo, se alcanzará el anhelado debido proceso.

Etapas del proceso penal: Preparatoria, intermedia y juicio oral.

En la actualidad, a partir de la modificación de la ley procesal penal que arrancara en los primeros años de la década del noventa bajo la batuta del Prof. Alberto Binder, motivada por la promulgación de la última Constitución Nacional del año 1.992, el proceso penal ordinario se compone de las etapas preparatoria, intermedia y juicio oral.

Es importante rescatar lo dicho por los anteproyectistas respecto de la tendencia de la ley procesal. En este sentido refieren que se sustenta en los principios consagrados en la Carta Magna, y encara una reforma total y no parcial. Sus referentes normativos fueron el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, el Código Procesal Penal Italiano, la reforma a la Ordenanza Procesal Alemana⁹, el procedimiento abreviado introducido en la ley de enjuiciamiento Criminal Española, el Código Procesal Penal de Guatemala, los nuevos Códigos Procesales Penales de la Provincia de Córdoba y Tucumán, de la Argentina, el Proyecto de Código Procesal Penal del Ecuador y el Proyecto de Código Procesal Penal de la República del Salvador.

La ley se divide en dos grandes partes (primera y segunda parte). En la primera se cuenta con seis libros referidos a las cuestiones generales. La segunda parte está destinada a los procedimientos, ordinario y especiales. Esta parte se divide en cuatro libros.

Las normas del libro preliminar son el reflejo del sistema constitucional de garantías individuales consagrado a partir de la Constitución Nacional de 1.992. A esto se suma el hecho de que estas disposiciones son aplicables a cualquier proceso del que pueda derivar pena o sanción. Con esto se incluye también a los procesos originados en sede administrativa como en la justicia policial o militar. Esto significa que en este tipo de sumarios deben ser respetados los principios de contradicción, presunción de inocencia, concentración, igualdad de oportunidades procesales, así como todos aquellos contemplados en la Carta Magna. No podemos cerrar los ojos ante la escena patética que ofrecen normalmente los procesos en sede administrativa como un ejemplo de arbitrariedad y negación del derecho. Por esta razón, debe ser la máxima instancia judicial (Corte Suprema de Justicia) la que debe encargarse en su momento de corregir estos vicios anulando estos sumarios, cuando así corresponda y declarando su inconstitucionalidad.

En cuanto a los procedimientos, el más relevante, por su connotación social es el denominado *ordinario*, empleado para el desarrollo de los actos procesales que se ocupan de hechos punibles de acción penal pública. Existe una notoria diferencia con respecto a lo que se contemplaba con el proceso de tinte inquisitorio, en el que el Juez de la causa era al mismo tiempo quien tenía a su cargo la investigación. En efecto, el artículo 144 del Código de Procedimientos Penales de 1.890, dice: "*El Juez que instruyese el sumario practicará todas las diligencias que juzgue oportunas y las que le propusiere el Agente Fiscal, el querellante particular o el defensor del encausado, siempre que no las repute innecesarias o perjudiciales. Contra el auto denegatorio de las diligencias pedidas*

⁹ Se denomina así a la ley Procesal Penal de la República Alemana a partir de la traducción hecha del término alemán Ordnung (ordenanza, orden) empleado en la citada ley "Prozessordnung". (Ordenanza Procesal).

*podrá interponerse el recurso de apelación, que será concedida en un solo efecto*¹⁰. Puede percibirse claramente que existe una conjunción de tareas de investigación y juzgamiento en la persona del Juez.

Por el contrario, en el Código Procesal Penal vigente, marcado por el sistema acusatorio, las tareas de investigación (persecución penal propiamente dicha) y de juzgamiento, están encargadas a instituciones distintas. Mientras la primera corresponde esencialmente, con excepciones, al Ministerio Público, la segunda está a cargo de los Jueces.

Una vez delineada brevemente la estructura y tendencia del sistema procesal, corresponde adentrarse a modo de introducción, en la estructura del proceso ordinario y sus respectivas etapas.

La noticia del crimen puede tener varios orígenes, como por ejemplo una denuncia formal, verbal o escrita, una comunicación policial, publicación periodística, etc. En este orden de ideas, cualquier medio es válido para que el Ministerio Público disponga la apertura de la investigación fiscal (Art. 18 CPP).

Incluso, en determinados casos, en los que puedan existir dudas sobre la legalidad de la evidencia (escucha telefónica sin autorización judicial), el inicio de una investigación no requiere de ninguna plena prueba, sino que basta con que el indicio fáctico sea sólido, y no una mera referencia verbal. Esta sospecha inicial podrá fortalecerse o desvanecerse en el transcurso de la investigación. Si la misma se encuentra en la etapa previa a la imputación, corresponderá la desestimación (305 CPP), y en caso de que se haya producido esta, la vía procesal será el sobreseimiento de los imputados.

Así como al recibir la noticia criminis, el Fiscal debe hacer un análisis de los elementos de convicción, para determinar su *seriedad* o inconsistencia, al final de la etapa de investigación o preparatoria, debe volver a realizar un estudio sobre el peso de los elementos recogidos. Este segundo estudio tiene por objetivo, considerar si el caso tiene méritos para ser sometido a un juicio oral y público. O dicho de otra forma, si los elementos de convicción permiten sostener una acusación formal ante un Tribunal (347 CPP).

Este requerimiento denominado *conclusivo* es presentado el día fijado por el Juez Penal, luego de que el Fiscal haya imputado a alguna persona. Del mismo, se corre traslado a las partes involucradas en el procedimiento para que a su vez formulen sus cuestionamientos y planteamientos ante el Juez Penal de Garantías.

Las posiciones son discutidas en una audiencia oral, a la que se intitula en el Código de Forma preliminar. Su nombre pretende señalar una fase previa a la discusión central y principal, en la que el objeto del proceso, *la búsqueda de la verdad*, encuentra su punto culminante, que es el juicio oral y público.

Esta fase *intermedia* se agota en la audiencia oral, en la que el Juez escucha las pretensiones de cada una de las partes y resuelve si el caso irá a juicio oral, o de lo contrario, si corresponde el sobreseimiento definitivo o provisional de los imputados. Es en esta oportunidad también cuando se discuten los vicios que pudo haber tenido la investigación, sobre todo en cuanto a violaciones a derechos o garantías del imputado, o a la obtención de evidencias.

Al final de la audiencia, que debe desarrollarse sin interrupción alguna, el Juez debe resolver todas las cuestiones planteadas en ella. Si la decisión consiste en remitir el caso a juicio oral, los antecedentes son enviados al Tribunal de Sentencia competente. Luego de la preparación del

¹⁰ Cfr. Art. 52, 315 y 317 del CPP Ley 1.286/98.

juicio, en el mismo se discute de manera contradictoria y con producción de pruebas, la existencia del hecho, su punibilidad, así como las condiciones personales del autor, como por ejemplo, su reprochabilidad. La conclusión del Tribunal puede consistir en la absolución o condena del acusado.

Existen los denominados procedimientos especiales, como el de reparación de daños, de delitos de acción penal privada, de hechos cometidos en comunidades indígenas, entre otros. La diferencia principal existente entre estos procedimientos y el ordinario radica en la inexistencia de la etapa de investigación a cargo del Fiscal, así como de la audiencia preliminar. Las reglas del juicio oral son básicamente las mismas.

A partir de la conclusión del juicio y el dictamamiento de la Sentencia Definitiva, el siguiente paso procesal guarda relación con los recursos que puedan deducirse contra la misma.

La relación procesal. Los sujetos procesales y sus derechos.

La relación procesal es una situación jurídica vinculante con carácter dinámico, en la que están involucrados todos los sujetos que participan de alguna manera del proceso. Si adoptamos un criterio restringido, los involucrados serán únicamente quienes tienen algún interés en la tramitación del mismo (imputados, víctima, órgano de persecución, órgano jurisdiccional). Y en el sentido amplio, estarían afectados por esta relación, incluso aquellos que no tienen un interés más allá de cumplir con un deber legal (por ej. Los testigos imparciales).

Se trata de una situación jurídica, pues son sucesos que acontecen en el marco de un sistema normativo determinado. Tiene el carácter dinámico, pues esencialmente se producen actos procesales que llevan a un fin conclusivo. Esta dinámica se percibe muy bien cuando cada una de las partes formula su requerimiento, que encuentra acogida o no en la decisión del Juez.

Etimológicamente *relación* significa conexión de una cosa con otra. En el caso de la relación procesal esta conexión se da entre dos o más sujetos que están *conectados* dentro de un procedimiento previsto en la ley.

Como referencia doctrinal, dice Velez Mariconde¹¹ que se trata de una relación jurídica autónoma de la sustancial. Es un vínculo jurídico entre los sujetos de proceso, producido en virtud del ejercicio de los poderes y del cumplimiento de los deberes que el derecho procesal les acuerda o les impone.

Son sujetos procesales indispensables para la doctrina dominante el Tribunal, el Representante del Ministerio Público, el Querellante, el Denunciante, y la víctima. El criterio de esta clasificación responde al interés que tengan estas personas en la tramitación de la causa.

Al Tribunal, unipersonal o colegiado, le compete atender las cuestiones jurisdiccionales, a partir de lo que disponen las reglas procesales (Arts. 38 al 44 CPP). Dependiendo del procedimiento y del momento procesal, la actuación del Magistrado estará enmarcada en un cierto contexto normativo.

Así, si se trata de un Juez Penal de Garantías, su tarea principal consiste en controlar que durante la etapa de investigación se respeten estrictamente los derechos de las partes involucradas, así como que el procedimiento avance conforme lo señalan los principios constitucionales consagrados la mayoría de ellos en el propio código procesal penal. Cuando el Magistrado se constituye en Tribunal (unipersonal o colegiado), su función se concentra en decidir la causa.

¹¹ Op. Cit., TII, p. 149.

La intervención se produce en un juicio, cuando el proceso está en primera instancia. Al ser un Tribunal de Alzada, su competencia se limita a conocer de los recursos.

Otro sujeto procesal es el representante del Ministerio Público. Su participación como tal, tendrá lugar en los procesos en los que el objeto sea un hecho punible de acción penal pública, conforme está reglado en el régimen de la acción, prescrito en el Código Penal, así como en el Código Procesal Penal. En una primera fase, su tarea es la de investigar el hecho que llega a su conocimiento, y en tal sentido es el protagonista principal del procedimiento, al punto incluso que algunos autores lo denominan “*el señor del proceso*”, lo cual responde de alguna manera al hecho que es el titular de la acción penal, y quien finalmente (al concluir la etapa preparatoria) debe sostener una determinada decisión, sea formulando acusación o solicitando el sobreseimiento.

Posteriormente, en el juicio oral tiene como actividad central demostrar la existencia del hecho y la responsabilidad penal de quienes fueron acusados por él.

El otro sujeto procesal es el *imputado*. Conforme lo que señala el Código Procesal Penal, es considerado tal quien sea señalado como autor o partícipe de un hecho punible; y en especial al referido en el Acta de Imputación. Esta persona adquiere la calidad de *acusado* cuando el Ministerio Público o el querellante formulan acusación contra ella. Otra condición procesal es la de condenado, la que se concreta cuando sobre el mismo recae una sentencia condenatoria por parte de un tribunal. Sus derechos, a partir de la evolución del derecho constitucional, y de la ciencia penal se encuentran plenamente reconocidos y consagrados en la Carta Magna, en Tratados Internacionales, así como en leyes positivas que afecten su ámbito privado.

Otro sujeto procesal es la *víctima* del hecho punible. Se entiende por tal el sujeto que padece la acción antijurídica, sea en su persona o en sus bienes.

El Código de Forma refiere en su artículo 67 que se considera víctima a 1) la persona ofendida directamente por el hecho punible; 2) el cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o por adopción, o segundo de afinidad, al representante legal y al heredero testamentario en los hechos punibles cuyo resultado sea la muerte de la víctima; y 3) los socios, respecto de los hechos punibles que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan, o sus gerentes.

La víctima puede intervenir en el proceso de diferentes maneras: como denunciante, querellante o testigo. Y como tal sus derechos están expresamente consagrados en la ley citada, cuyos principales aspectos pueden constatararse en el artículo 68.

En los hechos punibles de acción penal pública, cuando la víctima se limita a intervenir como denunciante o testigo, su participación en el procedimiento es limitada, ya que no es *parte* propiamente dicho. En cambio, cuando decide asumir el rol de querellante, su protagonismo aumenta, pues se convierte en un sujeto obligado en cualquier actividad procesal desarrollada en el caso. La calidad de querellante en estos hechos punibles es *adhesiva* –Art. 69 CPP-, recibiendo esta denominación debido a que la titularidad la tiene el Ministerio Público.

Por el contrario, cuando el hecho antijurídico es de acción penal privada, su protagonismo es decisivo, pues sin su impulso, la causa no tendrá vida. Esto ocurre por ejemplo en el delito de lesión (112 CP).

Por otro lado, están los sujetos procesales eventuales o circunstanciales, entre los que se encuentran los testigos, peritos, consultores, auxiliares, actuarios, etc. Estas personas, si bien intervienen en el curso del proceso, no tienen un interés en el desarrollo de la misma, no son *parte* esencial de la misma.

FUNCIÓN JUDICIAL. Actividad judicial: requirente y jurisdiccional.

Cuando se habla de la función judicial, se hace referencia a la actividad que desarrollan los órganos públicos en el marco de un proceso, enmarcado por la Constitución Nacional y las leyes positivas de inferior jerarquía como el Código Procesal Penal, el Código de Organización Judicial, la Ley Orgánica del Ministerio Público entre otras.

En este contexto dos son los principales estamentos que intervienen en el proceso: el Ministerio Público y el Poder Judicial. Mientras el primero lo hace representado por el Fiscal General del Estado y los Agentes Fiscales, el segundo tiene su participación en la actividad del Juez unipersonal o colegiado.

En el sistema procesal penal vigente, existe un órgano encargado de la persecución penal de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, tarea que realiza como representante de la sociedad.

La persecución penal la desarrolla teniendo a su cargo la investigación del hecho en una primera fase, y acusando en un juicio oral, en caso de existir méritos para ello. Su protagonismo marcado se da en la etapa de recolección de evidencias, momento en el que se avoca a la tarea de reunir elementos de convicción que le permitan llegar a una conclusión sobre las posibilidades reales de sostener una acusación ante un Tribunal en un juicio público.

De la misma forma, si los elementos no le permiten presentar una causa ante el Tribunal de Sentencia, está obligado a concluir con el sobreseimiento, definitivo o provisional del o los imputados.

Los actos que lleva adelante el Fiscal durante su investigación se enmarcan dentro de lo que se conoce como la *actividad requirente*. Del verbo requerir, solicitar o pretender.

La actividad o tarea *jurisdiccional*, de decir o decidir el derecho está a cargo de quienes se desempeñan como jueces. En este sentido se ocupan de resolver las cuestiones que afecten a los derechos de las partes y que se encuentren bajo su competencia.

Esencialmente, al órgano jurisdiccional le corresponde decidir *quien tiene razón* a lo largo del proceso. Recordemos que el proceso es como un gran conflicto en el que se van librando numerosas batallas. Es función del Juez, aplicando el derecho decidir quien sale victorioso en cada una de ellas. Por ejemplo, en la etapa de investigación, el Juez Penal de Garantías resuelve lo atinente a las medidas cautelares aplicables al imputado, la modificación de las mismas, los pedidos de allanamiento solicitados por el Fiscal, la elevación o no de la causa a juicio oral, entre otras cosas.

Por su parte, corresponde al Tribunal de Sentencia llevar adelante el juicio oral, recibiendo las pruebas de cada una de las partes, escuchar los alegatos a partir de las mismas, y dictar sentencia condenando o absolviendo al acusado.

Luego de hacer esta breve reseña del esquema procesal vigente se puede concluir que tiene una estructura lógica que responde al sistema continental europeo y que respeta los criterios democráticos prescritos en la Carta Magna, sobre todo en lo atinente a la división de las tareas que el Estado debe encarar desde el momento en que se comete un hecho punible, sea este de acción penal pública o de interés particular.

Desde el punto de vista de la aplicación de la ley, la experiencia del 2000 a esta parte nos ha enseñado que la sola práctica en los procesos no es suficiente para alcanzar el nivel óptimo que garantice el cumplimiento estricto de las reglas de un estado de derecho. Al respecto, aún sigue pendiente una reforma más profunda de los métodos de enseñanza en las universidades, mayor volumen y calidad en la investigación científica, y un compromiso serio de parte de todos los

actores en mejorar el nivel técnico profesional.

RESEÑA

Egresado de la Universidad Católica Ntra. Sra. De la Asunción con mención de alumno distinguido. Ex Becario de la Fundación Konrad Adenauer. Maestría con calificación Magna Cum Laude en la Universidad de Friburgo, Alemania. Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal. Docente de la Escuela Judicial y de cursos de pos grado en la Universidad Católica de Asunción.

RODOLFO FABIÁN CENTURIÓN

BASES PARA LA MEDICIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL PARAGUAY

CAPÍTULO ÚNICO

BASES PARA LA MEDICIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL PARAGUAYO

SECCIÓN PRIMERA

LA MEDICIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL

- 1.- La medición judicial de la pena. Introducción.** En el derecho penal, se entiende por medición judicial, al acto de naturaleza jurisdiccional en virtud del cual, el Tribunal emite un juicio de valor sobre la conducta reprochable. Entre sus notas características, puede destacarse su naturaleza eminentemente subjetiva si bien, circunscripta a factores objetivos, conocidos como aquellos previstas en el código penal.

Debe tenerse en cuenta que en esta delicada actividad, se presentan ante el órgano jurisdiccional valoraciones de muy diferentes clases, casi siempre difíciles de congeniar, y hasta en muchas oportunidades antagónicas, como ser los del autor y la víctima, los medios de comunicación que se ha erigido en verdaderas instancias contraloras que acompañan cada vez con mayor fuerza los procesos judiciales así como la sociedad interesada en la reafirmación de las normas, por no decir, en la mayoría de las veces una pena retributiva, acompañado con el correspondiente reclamo del encierro.

En este mismo orden de ideas, tampoco es ajena a la tarea de los jueces la ponderación de intereses contradictorios y su conciliación, siendo esta uno de los ejes de la actividad jurídica, ya que para el juez que debe fijar una sanción, solo es posible valorar los hechos y argumentar a favor de reaccionar con determinada pena.

Los criterios para la determinación de la pena, encuentran su principal sustento en el Artículo 65 *"Bases de la medición"*, entre los que podemos señalar:

- 1.1.- La reprochabilidad del autor, el cual encuentra su limitación en ella. Entre las pautas o indicadores, el Código Penal en el artículo 65, señala que la medición de la misma se basará en la reprochabilidad del autor y será limitada por ella, en virtud al principio de proporcionalidad, previsto en las disposiciones de la parte general del código penal; y, teniendo presente el principio de prevención penal, se atenderán también los efectos de la pena en su vida futura en sociedad.
- 1.2.- El Grado de Reproche como marco de referencia para la determinación judicial de la pena. En lo que concierne a la reprochabilidad, esto implica que el tribunal deberá realizar un juicio de valor en lo concerniente a la capacidad que tenga el imputado a motivarse conforme a la norma, es decir, comprenderla, y, de actuar de acuerdo a ese conocimiento o su propia autodeterminación. Por otra parte, el órgano jurisdiccional que va a imponer una pena debe hacer una necesaria proyección de los efectos que tendrá la misma en la vida del imputado; en tal sentido, el Juzgador debe tener presente la posibilidad de los efectos que tendrá en el entorno familiar, laboral o social del condenado, en lo que concierne a su alejamiento del mismo y cual podría ser los efectos de esa medida en esa persona, más allá de la protección de los bienes jurídicos, que forma parte del principio de prevención, establecido en el Código Penal.

Sobre la reprochabilidad y su injerencia en las bases de medición de la pena, es conducente hacer alusión a algunas reflexiones la jurista argentina, Patricia Ziffer, quien señala que, no puede hablarse que lo decisivo sea la *"posibilidad de motivarse conforme la norma"*, sino, que de lo que se trata es de una decisión normativa. La misma situación psíquica (p.ej. , un particular o un bombero frente a una situación de estado de necesidad disculpante) no conduce a igual culpabilidad si la finalidad de la norma es diferente. Para definir, si una circunstancia agrava o no la culpabilidad es necesario establecer previamente que finalidad tiene¹².

Por otra parte, el Prof. Wolfgang Schone, haciendo igualmente referencia sobre las bases de la

¹² Considera Ziffer que: "...Esto significa, en primer término, que la intensidad de la pena sobre el autor en concreto y las consecuencias que se espera de ella deriven, deber ser tomadas en cuenta al determinar la pena. Así, por ej., se debe tratar de evitar la desocialización, pero también se debe ponderar que la pena viene acompañada de una serie de perjuicios para quien la sufre (pérdida del trabajo, medidas disciplinarias, etc.) Prolongar la duración de la pena por razones de prevención especial más allá de la culpabilidad es considerado como inadmisibles. Pero mientras que con relación a este punto existe acuerdo en doctrina, ello no ocurre en la que respecta a la cuestión contraria: la posibilidad de admitir una pena por debajo de la culpabilidad..." ROXIN, BELOFF y Otros. Determinación Judicial de la Penal. Patricia S. Ziffer. "Problemática de la individualización de la Pena". Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires- Argentina. Año 1.993. P. 93.

medición de la penal, apunta hacia el hecho que "...atendiendo el principio de reprochabilidad el art. 65 de nuestra ley penal de fondo, establece bases de la medición que obligan y permiten al tribunal fijar la reacción penal al hecho punible concreto en la forma más individual posible; es aquí donde hay que considerar entre otros factores "la vida anterior del autor", condenas anteriores incluso...". Sobre este punto, se refiere a la diferencia, por ejemplo, entre la persona que siempre ha sido respetuosa del derecho y que ahora ha obrado bajo la influencia de un conflicto interno, por un lado, y la persona que se burla de la ley y la utiliza sólo como dato para calcular riesgos de una conducta destinada a obtener ventajas ilegales¹³.

1.3.- La aplicación de la pena y su incidencia en el condenado en su vida futura en sociedad.

En cuanto a los fines de la aplicación de las penas, recién producida la reforma constitucional de 1.992, no existía una clara disposición normativa con relación a los fines de la pena, la idea del fin resocializante de la pena siempre ha estado presente en el sistema normativo. La incorporación de la Convención Americana de los derechos Humanos (*Pacto de San José de Costa Rica*) como ley 1/ 89, ya significó el reconocimiento explícito de la reforma y de la reinserción social del condenado como fines de esenciales de la pena. Hay que poner de relieve que el *Pacto de San José de Costa Rica* fue firmado en 1.969, en una época que la resocialización no era observada con el escepticismo con que es vista en la actualidad. Por otro lado- *y como se objeta habitualmente*- para que la resocialización se convirtiera realmente en el fundamento único de la pena, la sociedad debería estar dispuesta a renunciar a la pena en todos los casos en los que no exista esta necesidad, por ejemplo, por que el autor esta "socializado" o por que el delito, por su levedad, no justifica las medidas extremas necesarias para su tratamiento.

La Prevención especial nunca puede constituir un parámetro decisivo para la determinación de la pena, por lo menos, no en tanto se pretenda organizar el sistema penal como un sistema de afirmación de ciertos valores sociales, pues esto presupone necesariamente la relación entre la gravedad del hecho y la magnitud de la sanción.

En materia de prevención especial, explica Patricia Ziffer, explica que el fracaso de las técnicas de rehabilitación ha producido un notable retroceso de la idea de resocialización en todo el mundo. La desconfianza frente a la prevención especial se ha visto favorecida por diferentes factores: La constancia relativa de las cifras de reincidencia a pesar de los esfuerzos en materia de resocialización, los costos de las instituciones socioterapéuticas, las tendencias político criminales a imponer penas cada vez más altas en lugar de brindar ayuda, etc. "*Curar en lugar de penar considerar al delito considerar al delito una enfermedad, son estrategias del ayer*". Bajo el lema "*nothing works*" se han cuestionado fuertemente todas aquellas prácticas que hasta este momento venían siendo como "resocializantes".

Ziffer considera igualmente, que a pesar del escaso aporte que puede hacer la prevención especial para la determinación de la pena, especialmente, en cuanto al monto de la pena, esto no debe llevar sin más a eliminar todo ofrecimiento de ayuda dentro del sistema de administración de justicia penal. No es posible olvidar que la idea de resocialización contribuyó a humanizar las penas y dirigió la atención hacia los problemas de la ejecución penal¹⁴.

1.4.- No pueden considerarse las circunstancias que pertenecen al tipo legal. El tercer inciso del art. 65, "*Bases para la medición*", de nuestra ley penal de fondo, establece de manera

¹³ SCHONE, Wolfgang. "Contribuciones al orden jurídico- penal paraguayo". Intercontinental Editorial. Op. Cit. P. 112. Asunción – Paraguay.

¹⁴ ZIFFER, Patricia. "Lineamientos de la determinación de la Pena". Pg. 57. Segunda Edición Inalterada. Ad- Hoc. S.R.L. Buenas Aires.

enfática que: *“En la medición de la pena, ya no serán consideradas las circunstancias que pertenecen al tipo legal”*. Esta disposición constituye un límite adecuado y racional en la tarea del juzgador con miras a que se abstenga de efectuar una doble consideración de las circunstancias del hecho que obedecen a los componentes del tipo legal, a la hora de determinar la pena a imponer. Ello implica que el legislador fue claro en el momento de considerar el tipo penal en forma abstracta, procurando con este temperamento, redactar un enunciado que represente de manera acabada y en lo posible exacta, de modo tal que los límites queden adecuadamente definidos, con miras a evitar que el juzgador pueda eventualmente- abultar de manera artificial la sanción cuando haga uso de los parámetros para la medición de la pena.

En este orden de ideas, cuando el legislador establece un marco penal, fija para los diferentes grados posibles de gravedad de hecho que marcan el fundamento, el sentido de censurar una cierta conducta. Esto queda plasmado en el tipo penal en forma abstracta y a partir del texto de un tipo penal es posible *“reconstruir”* que es lo que caracteriza el disvalor de una determinada conducta, no solo en forma general, sino también en las diferentes gradaciones posibles del hecho. Es decir que el legislador intenta que la fórmula elegida para redactar el tipo penal comprenda en la forma más completa y precisa posible todas las valoraciones sociales sobre cierto hecho reprochable. Esto no sólo indica el rango de la norma, sino que en la fijación de los límites penales también quedan ya reflejadas cuáles son las necesidades de prevención general respecto de determinado delito.

Todas aquellas reflexiones que ya han sido tomadas en cuenta por el legislador al establecer el tipo penal, o dicho de otro modo, todas aquellas circunstancias que fundamentan el ilícito, no pueden ser consideradas nuevamente al momento de fijar la pena para un hecho concreto. Esto es lo que en la doctrina se conoce como *“prohibición de doble valoración”*. Por ejemplo, no sería posible un homicidio por el hecho *“culminó en una muerte violenta”*, o un robo, por que para el apoderamiento se utilizó violencia, pues estas circunstancias son propias del homicidio y del robo, respectivamente, y tomarlas en cuenta implicaría agravar dos veces por la misma circunstancia: en la elección del tipo penal y en la elección de la pena. Es la prohibición de *“llevar doble contabilidad”*, como lo dice Bruns y alcanza no solo a los elementos del tipo estrictamente, sino también al *“fin de la norma”*¹⁵.

SECCIÓN SEGUNDA

CRITERIOS NORMATIVOS PARA LA MEDICIÓN DE LA PENA Y SU APLICACIÓN

EN LOS TRIBUNALES DE LA CAPITAL

- 1.- **Introducción.** Como una regla general, el Código Penal establece que al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales en favor y en contra del autor, entre los que deben utilizarse los siguientes determinantes a saber:

¹⁵ ZIFFER, Patricia. “Lineamientos de la determinación de la Pena”. Idem. Pg.

1.1.- Los móviles y fines del autor. El tribunal debe considerar que movió moralmente al imputado para realizar el hecho, es decir, que le impulsó desde su fuero interno para realizar esa conducta. En cuanto a los fines del autor, la diferencia se rebela un tanto sutil, ya que los fines, se rebelan en los designios, sea el propósito u objetivo que movió al imputado para realizar el hecho, estos podrían ser moralmente condenables, en algunas circunstancias, o tal vez disculpantes en otros. Ante tales casos, el tribunal debe mostrarse cauto al realizar su valoración de los hechos, sin vincularse demasiado hacia los aspectos morales o éticos¹⁶.

Este presupuesto hace referencia directa al grado de reproche del autor, la mayor o menor contrariedad a la norma de los motivos que impulsaron al autor a la comisión del hecho resultará decisiva para establecer el grado de culpabilidad. Como regla general puede decirse que la reprochabilidad de la conducta será tanto menor, cuanto más se acerque la intención del autor a la protección del bien jurídico. Del mismo modo que el ilícito se reduce en la medida en que la situación de hecho asumida por el autor se aproxima a la prevista en las causas de justificación, en la culpabilidad, la intención de salvamento disminuye el reproche.

Según una opinión muy difundida, la culpabilidad aumenta con la magnitud de las resistencias internas que haya debido superar el autor, y disminuye en casos de sobreexigencia anímica. Cuando el autor, por así decirlo, no puede estar a la altura de la situación. Cuando mayores hayan sido las dificultades que haya tenido que superar para la ejecución del hecho, cuanto más intensamente haya perseguido su meta, tanto mayores serán su culpabilidad y, consiguientemente, su punibilidad.

La doctrina suele distinguir entre los estímulos externos (dificultades económicas, convicciones políticas, coacción, etc.) y los móviles internos (odio, ánimo de lucro, codicia, compasión, ira, etc.) Según se afirma, en ambos casos se debe determinar la intensidad del motivo y su valor ético. La culpabilidad será tanto más grave cuanto más bajo sean los sentimientos y motivos del autor.

1.2. La actitud frente al derecho. En lo concerniente a la actitud frente al derecho, constituye la disposición manifestada externamente en su conducta por el imputado. Esta postura podría observarse en aquellos que, por ej. Detentan una postura de desprecio o displicencia, e incluso observar un comportamiento desafiante ante la normativa, tal sería el caso de aquellas personas que cometen hechos punibles con un total menosprecio a los bienes jurídicos y con conocimiento cabal de la normativa penal sin importarle las sabidas consecuencias que podría acarrearle su actuar.

1.3. La Intensidad de la Energía Criminal. En su acepción tradicional, podemos consultar el término en el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, el cual define a la ENERGÍA, como: *“Del latín “Energía”.* Eficacia, poder, virtud para obrar. 2. Fuerza de voluntad, vigor y tesón en la actividad. 3. Fis. Causa capaz de transformarse en trabajo mecánico...”. Este término, unido al de “criminal”, da forma a esta figura y lo vincula al derecho penal. Así tenemos a la energía criminal como uno de los presupuestos que estableció el legislador paraguayo a los fines de poder mensurar el grado de reacción estatal

¹⁶ En tal sentido, especial mención merece Ziffer, quien explica: “...En verdad, la eliminación de valoraciones morales parece ser la solución más adecuada también respecto del principio del hecho, con lo cual cabe preguntarse qué es lo que ocurre cuando la ley es la que introduce circunstancias que sólo podrían valorarse desde el punto de vista ético. No se trata aquí de aquello que, en última instancia, pudiera determinar sobre qué base es posible la injerencia en esta esfera, o si la mera referencia legal que impone al juez valorar al momento de graduar la pena, por ejemplo, los motivos del autor, hace que esto sea siempre posible. En verdad, un rechazo consecuente de la posibilidad de hacer “valoraciones morales” debería regir tanto para los “fines bajos” como para las “buenas intenciones”; con lo cual quedaría en igual situación quien roba para pagar una intervención quirúrgica de su hijo como quien lo hace para poder cambiar el auto...”. ROXIN, BELOFF y Otros. Determinación Judicial de la Pena. Patricia S. Ziffer. “Problemática de la individualización de la Pena”.

en lo que concierne a los límites temporales necesarios para la aplicación de la pena con miras a influir sobre el autor. La intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho, representa una expresión, de apariencia ambigua el cual debe ir acompañado de criterios sustentados en una adecuada argumentación, que debe ceñirse a discernimientos, en lo posible objetivos, en tal sentido, se deberá tener presente el esfuerzo invertido por el imputado en sus designios delictivos. A partir del enfoque probatorio, el órgano acusador y la querrela, en su caso, deberán señalar al tribunal, las evidencias adecuadas que puedan respaldarlas cuando la misma sea alegada.

En la opinión de José Casañas, cuando más obstáculos tuvo que vencer el autor para realizar el hecho criminal o el tipo penal, más reprochable es. Ejemplo: Roque deja la ventanilla de su automóvil baja, lo que es aprovechado por Vivencio para tomar el celular que está sobre el asiento. En este caso no hubo intensidad en la energía criminal. Ahora, si la ventanilla estaba cerrada y el autor rompió el vidrio para tomar el celular, la situación es distinta, existe mayor energía criminal. Así cuando rompen la puerta, cuando matan al guardia del banco para luego asaltar, todo es más grave y el autor es más reprochable¹⁷.

1.3.1. Caracteres esenciales:

1.3.1.1. Se basa en la capacidad de obrar del destinatario de la norma: Como se ha visto, la energía utilizada por el sujeto pasivo, se traduce, en primer lugar en la virtud para obrar, y como consecuencia de ello, en la fuerza de voluntad, vigor y tesón en la actividad desplegada.

1.3.1.2. Puede derivar de una actividad de naturaleza física o intelectual: La energía criminal puede provenir de la actividad motriz desplegada por el agente infractor, con miras a vencer o superar los obstáculos presentados en el desarrollo de sus designios delictivos, así como el despliegue de la labor intelectual necesaria para la comisión del hecho.

Merece particular mención, de que hay fallos en donde el tribunal no solamente califica las conductas traducidas en acciones, sino también aquellas provenientes de naturaleza omisiva. En este contexto, la labor intelectual puede también asimilarse a este criterio, cuando el hecho ha sido producto de una minuciosa planificación por parte del autor, que demande un esfuerzo de naturaleza intelectual, que pueda revelar al tribunal que el hecho cometido no estaba sujeto a la improvisación, sino; antes bien, a una clara manipulación y conciertos estratégicos, para llegar al propósito deseado, como sería de los delitos económicos y financieros, el cual, generalmente revisten de gran complejidad.

Así también, se ha asociado a la energía criminal como un parámetro para determinar la complejidad del hecho y la proyección y organización elaborada por el autor en la comisión del hecho, considerando como circunstancia favorable, cuando éste no revistiera mayor complejidad.

1.3.1.3. Establece parámetros de mensura: Ya que este hace referencia a la “... intensidad...” de la energía criminal desplegada en la realización del hecho. Por intensidad, podemos entender como el grado de voluntad, arrojo, despliegue físico, motriz, intelectual, etc. puesto por el agente, vinculado, también al grado de vehemencia empleado por el autor en la realización de sus designios delictivos.

Por consiguiente, el tenor de la voluntad desplegada será el factor que incidirá en la mayor o menor reprochabilidad. En términos sencillos, a mayor actividad ejercitada, mayor responsabilidad para el agente.

¹⁷ CASAÑAS LEVI, José. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Pg. 135. Intercontinental Editora. Asunción Paraguay. Año. 2.001.

1.3.1.4. Su aplicación es integrada: La energía como factor para la medición de la pena, no debe verse en forma aislada de los otros presupuestos previstos en el art. 65, del C.P.; antes bien, debe ser analizada de manera conjunta, pero siempre definiendo claramente los factores que determinan la pena, y si éstos juegan como circunstancias agravantes o atenuantes para el autor, a fin de poder determinar con justicia el grado de reacción estatal en el agente destinatario de la sanción penal.

Así, por ejemplo, en el análisis puede apreciarse, el ejemplo de ladrón, quien realiza un robo, a fin de poder conseguir dinero para pagar un costoso tratamiento médico para su hijo. En este caso, podemos apreciar que la energía criminal tuvo que haber sido considerable para que éste pueda realizar el hecho, no obstante, sus móviles, habrían sido altruistas, como es en este caso, para salvar la vida de su hijo.

1.4. El grado de ilícito de la violación del deber de no actuar o en caso de omisión, de actuar. En estos casos hace referencia a los delitos de omisión dependiendo de que el autor este en una situación de garante de un bien jurídico relevante para el derecho.

De esta manera podría fijarse algunos parámetros, que podrían resultar un punto de partida, como ser el hecho de que el encausado ocupe la posición de garante, lo cual, teniendo en cuenta el grado de confianza o compromiso depositado ciertamente constituirá un factor de peso en la decisión del tribunal, es decir, mientras mayor sea el grado de compromiso, por parte del encausado, mayor será el grado de reproche, y por ende, la punibilidad.

1.5.- La forma de la realización, los medios empleados, la importancia del daño y del peligro, y las consecuencias reprochables del hecho. En este punto, el código establece varios criterios en un solo apartado, en primer lugar tenemos la forma de la realización, los medios empleados, en los cuales parecería que el código pretende otorgar algunos puntos de referencia que puedan alcanzar a ser válidos, agregando ya al de los móviles y fines del autor, y la propia energía criminal. Así se podría considerar, por ejemplo como agravante en cuando a la forma de la realización o de ejecución del hecho; v.gr. en un crimen de robo agravado, la particular brutalidad del suceso; o bien, la crueldad o ferocidad innecesaria del encausado con la víctima para perpetrar el robo.

En cuanto a la importancia del daño y del peligro, y las consecuencias reprochables del hecho, conocida en la doctrina como “extensión del daño” entendida en el sentido del grado de afectación del bien jurídico, el cual puede funcionar como indicativo de un grado de intensidad lesiva, como sería el caso de un hecho punible de abigeato, en un humilde hogar del campo, de la única vaca lechera, que sirve para dar proporcionar leche a toda una familia, el cual podría considerarse sin lugar a dudas como agravante, ya que las consecuencias nocivas del despojo incidirían directamente en la calidad de vida de toda una familia.

1.6. La vida anterior del autor. Así mismo, cabe estudiar la vida anterior del autor y sus condiciones personales y económicas. En este punto, el código pretende construir una “historia” del imputado que pueda reflejar su raigambre, el contexto social, sus relaciones en su comunidad, su entorno social, así como sus relaciones laborales.

La doctrina paraguaya, en general acepta que los antecedentes y condiciones personales (edad, educación, conducta precedente) y permiten reconocer si el autor tuvo mayor o menor autodeterminación.

Además de la necesidad de prevención especial, se plantea la cuestión acerca de si es posible atenuar la pena tomando en cuenta la buena conducta anterior al hecho, y a la

inversa, agravar sobre la base de una conducta inmoral aunque no delictiva. Las opiniones se encuentran divididas al respecto. En general se admiten ambas posibilidades, reconociendo como único límite que estas conductas se manifiesten como un indicio de mayor (o menor) hostilidad al derecho a de mayor “energía criminal” y en la medida en que tengan relación con el hecho concreto.

En efecto, sabido es que la ausencia de condenas anteriores no permite concluir de manera tajante una circunstancia atenuante ya que no pocas veces un acusado sin condenas anteriores tiene un mal pasado; ya que debe tenerse presente que una planilla de antecedentes vacía no necesariamente prueba que el acusado haya llevado una vida sin manchas más aún teniendo como parámetro el fenómeno de las cifras negras, en el cual podemos concluir diciendo que no siempre el primer delito condenado puede ser el primer delito cometido.

En la búsqueda de algunos criterios objetivos, se aduce que no puede incidir tanto una vida sin antecedentes sino una vida sin tachas, a lo que cabe preguntarnos, que otro indicativo de una vida irreprochable podría exigirse de un habitante de la república, sin que ello pueda colisionar con garantías constitucionales básicas tales como el principio de reserva o la presunción de inocencia.

Una posición que critica los antecedentes personales del acusado en nuestra doctrina nacional es la reflejado por Casañas Levy, quien en sus comentarios enseña que al sujeto se debe condenar porque cometió un hecho punible, por que lesionó un bien jurídico, no por lo que es ni por su conducta anterior¹⁸.

Igualmente, se debe tener presente que la valoración de procesos anteriores en los que no ha recaído sentencia condenatoria aparentemente produciría una colisión en nuestro ordenamiento jurídico.

En relación a la valoración de procesos anteriores en lo que aún no ha recaído sentencia condenatoria Patricia Ziffer comenta que se ha sostenido, sin embargo, que la mayor culpabilidad deriva del hecho de que el autor tiene un cuadro más vívido de qué es lo que ocurre si no cumple con la ordenado por la norma. Pero esta teoría llamada, de “la advertencia”, o bien es puramente ficticia, y sólo sirve como una burda justificación para una violenta lesión al principio de inocencia, o bien, tomada estrictamente, resultaría aplicable no sólo al autor sino a todos los parientes cercanos o incluso a todos aquellos que participen de uno u otro modo del juicio: fiscales, jueces, defensores, parientes y amigos del procesado tendrían ganada de antemano una mayor pena, pues también ellos conocen cuales son las posibles consecuencias de la comisión de un delito¹⁹.

1.6.- La conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los daños. Otro punto, merece la conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima, en tales casos, aquel imputado que haya procurado, por lo menos, morigerar los efectos de su conducta lesiva, habiendo, por ejemplo realizado esfuerzos tendientes a llegar a un acuerdo reparatorio con la víctima en el transcurso del proceso penal.

Amén del acuerdo reparatorio, también se tiene en cuenta la agravación posterior del daño, uno de los problemas vinculados a la conducta ulterior al ilícito es el de los llamados actos posteriores copenados, especialmente, la agravación del daño con posterioridad a la consumación del delito cuando ello no representa un delito independiente sino que ya se encuentra alcanzado

¹⁸ CASAÑAS LEVY, José. “Manual de Derecho Penal”. Idem. Pg. 136.

¹⁹ ZIFFER, Patricia. “Lineamientos de la determinación de la Pena”. Pg. 156. Segunda Edición Inalterada. Ad- Hoc. S.R.L. Buenos Aires.

por el ilícito del delito anterior. El ejemplo clásico es el de la destrucción de la cosa robada. Suele citarse el caso del robo de un violín, en que el ladrón, al advertir que se trata de un instrumento de extraordinario valor, lo destruye por pura maldad. Si se considera que el ilícito propio del robo ya incluye la posibilidad de desaparición definitiva de los sustraído, no sería posible la agravación de la pena por la conducta posterior, por que ya en la medida de una pena promedio esta tomado en cuenta el disvalor de la desaparición de la cosa para su dueño, propio del delito de daño.

Patricia Ziffer, explica que la cuestión tiene especial relevancia para la reparación del perjuicio. Aún cuando se parta de que el ilícito de los delitos contra la propiedad implican la pérdida definitiva de la cosa, de todos modos subsiste la posibilidad de reducir la pena en los casos en que la cosa se recupere, pues esto podría implicar una reducción de la necesidad de reacción: no se trata de que los casos en los que la cosa desaparece para siempre para su dueño sean más graves, pues esto generalmente es así, sino, a la inversa, que los casos en que la cosa se recupera cuando ya se daba por perdida son menos graves, pues esto generalmente no ocurre y es beneficioso que suceda. Cuando ocurre se modifica la perspectiva con la que se juzga el hecho. Esto introduce, asimismo, la posibilidad de atenuar la escala penal en caso de reparación de daño²⁰.

Igualmente, en cuanto a la reparación del daño existe acuerdo casi unánime en otorgar relevancia atenuada a los esfuerzos del autor por lograr la reparación del daño, así como en negar la de la reparación casual o de terceros. Mediante la reparación del daño el autor documenta la vigencia de la norma, de allí que se irrelevante la reparación del daño por terceros, o que no fue conocida por el autor.

En estos últimos tiempos y con una revalidación de la posición de la víctima en el derecho penal, se ha abogado a favor de la aplicación de la reparación del daño, cuyos resultados, en el campo de la práctica y de los hechos, se ha visto que el lesionado, al igual que la generalidad, le otorgan escaso o ningún valor al castigo adicional del autor frente a la reparación del daño en forma de un acuerdo entre autor y víctima, en aquellos casos de criminalidad leve o media, situación que ha permitido en varias oportunidades morigerar la sentencia, con penas que habiliten la suspensión de la ejecución de la condena a prueba, y en otros, incluso, la prescindencia de la pena.

SECCIÓN TERCERA

LA FUNCIÓN DE LOS MARCOS PENALES

1. **Los marcos penales. Importancia.** En el código penal paraguayo, al igual que otras legislaciones, vemos que a cada tipo penal le corresponde un marco penal, dentro del cual el tribunal o el juez, en su caso, debe fijar cual es la pena adecuada al caso que se le presenta. La elección de la pena dentro del marco legal es, indudablemente, una de las cuestiones principales de la determinación de la pena.

Como se ha podido estudiar, la función de los marcos penales no pretende solamente poner límites a la discrecionalidad judicial, y establecer meros puntos de referencia en donde el juez puede moverse con libertad sino que además, tienen la virtud de proyectar el valor proporcional de la norma dentro del sistema, de manera tal a establecer el grado de gravitación y de importancia que la ley penal otorga a los bienes jurídicos protegidos.

De ahí que puede apreciarse que la función de los marcos penales, y la intensidad de pena que reflejen cada uno de ellas constituye un indicativo para establecer las posiciones entre un bien jurídico en relación a otro. Así por ejemplo, el bien jurídico vida, el cual

²⁰ ZIFFER, Patricia. "Lineamientos de la determinación de la Pena". Pg. 165.

ocupa el primer lugar en la parte especial del código penal que nos rige, contempla en los casos de homicidio calificado o agravado, la pena máxima permitida, cual es de veinte y cinco años de pena privativa de libertad, el cual a la fecha ya habría sufrido modificaciones con leyes especiales.

La existencia de escalas penales, conforme con Patricia Ziffer, es considerada esencial dentro de un derecho penal de culpabilidad, pues constituye el medio más apropiado para reflejar diferentes culpabilidades posibles, o más precisamente, los diferentes grados de capacidad de motivación frente al mismo ilícito. Sin embargo esto no alcanza para explicar que a cada delito le corresponda una escala diferente. Pues si se tratara de medir sólo la capacidad de motivación, esto no requeriría distinguir según los diferentes bienes jurídicos²¹.

SECCIÓN CUARTA

NECESIDAD DE UNA ADECUADA FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA

1. Importancia. El tribunal debe sopesar frente a cada caso concreto, mediante la utilización de las herramientas otorgadas por el código penal en el art. 65, cual ha de ser la pena a ser impuesta por el autor del hecho punible; y que el juzgador garantice- mediante las herramientas legales- que su decisión sea definida y expuesta a los ojos del destinatario de la sanción y la sociedad, en su dimensión más exacta y personal posible, ya que ésta representa el modo en que el estado ha de influir sobre el destinatario de la reacción estatal, a fin de que se cumplan con los fundamentos que legitiman el *jus puniendi* del estado. Tal resolución no puede contar con contradicciones que puedan diluir los propósitos de la pena.

En consecuencia, tal sentencia, debe ir acompañado de los todos los fundamentos teóricos disponibles, a fin de que tenga su validez legal, con miras a cumplir con los presupuestos no solamente de fondo, sino también de forma.

Manda el art. 125, “Fundamentación”, del digesto procesal penal paraguayo, que las sentencias definitivas y los autos interlocutorios contendrán una clara y precisa fundamentación de la decisión.

En tal sentido, se enfatiza que la fundamentación debe formular los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones, así como la indicación del valor que se le ha otorgado a los medios de prueba. En este contexto la norma señalada es terminante en cuanto a que aclara que, la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no podrán reemplazar en ningún caso a la fundamentación. La sentencia debe explicitar en forma objetiva los razonamientos que conducen a la decisión. El órgano jurisdiccional no puede decidir en forma rígida, ni sobre la base de convencimientos meramente subjetivos, sino que las conclusiones a que arribe tienen que surgir como derivación razonada de los elementos de hecho y de derecho presentes en el caso y acordes con los respectivos planteos de las partes. En este orden de ideas, los motivos que conducen al pronunciamiento deben ser expuestos a través del discurso lógico, analizándose los puntos relevantes de la causa y expresándose los argumentos que llevan a la decisión. Igualmente, esos fundamentos deben ser juiciosos, objetivos, ya que una fundamentación meramente aparente priva de valor a la sentencia.

En este contexto, el requisito ponderativo de la debida fundamentación demanda una serie de presupuestos que pueden darse en forma encadenada, tanto como combinada, con es el caso de un análisis critico de los elementos probatorios introducidos, para determinar lo relativo a la

²¹ ZIFFER, Patricia. “Lineamientos de la determinación de la Pena”. Idem. Pg. 39.

existencia del hecho y a la participación en él del encausado.

Por otra parte, se precisa de un examen técnico-jurídico del caso, para enfocar el hecho con todas sus circunstancias en el derecho positivo vigente. Así también, las conclusiones arribadas, tanto de hecho como de derecho, a las que el tribunal llega como consecuencia de los exámenes anteriores; y, finalmente, la expresa mención de las disposiciones legales que el tribunal considera aplicables al caso. Lo concreto es que el tribunal no puede dejar de soslayo el desarrollo de la exposición crítica de la que resulte objetivamente cuál es la estructura fáctica por donde descansa el proceso y el núcleo de la discusión, el cual debe, de manera inexcusable los factores establecidos para la determinación de la pena. En concordancia con ello, tenemos el art. 398. *“Requisitos de la sentencia”*, el cual señala los requisitos de la sentencia, el cual aparte de los requisitos formarles o extrínsecos, tenemos a los intrínsecos o en relación con el contenido de la causa; y por último, los Valorativos o de mérito, en donde la fundamental incidencia que reviste el pronunciamiento jurisdiccional conclusivo, ha hecho que la doctrina y jurisprudencia establecieran que para que una sentencia pudiese reputarse “justa” y verdaderamente conforme al Derecho vigente, no era suficiente el mero cumplimiento de los requisitos extrínsecos e intrínsecos precedentemente tratados, sino que los mismos debían articularse de una manera armónica, racional, fundada y congruente, capaz de asegurar un aceptable grado de plausibilidad.

En consecuencia, las exigencias de una adecuada motivación de la sentencia y del correcto cumplimiento de todo lo relativo al contenido del decisorio, derivan como fundamental garantía prevista en el art. 256, *“De la forma de los Juicios”*, de la Carta Magna, amén de surgir en forma expresa, como derivación lógica, del derecho de defensa consagrado en el artículo 17, *“De los derechos procesales”*.

En el plano de las discusiones penales, Patricia Ziffer explica que la individualización de la pena no es como se sostuvo durante mucho tiempo, una cuestión propia de la discrecionalidad del juez, sino que su estructura misma es aplicación del derecho. Esto significa que su corrección debe ser comprobable desde el punto de vista jurídico²².

Seguidamente, hemos de hacer una exposición de los criterios de la determinación de la pena y como el criterio de la energía criminal se conjuga, junto con los demás criterios, para la determinación de la pena.

SECCIÓN QUINTA

EL PROCESO DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA A APLICARSE.

1. **Las perspectivas de una solución matemática.** Patricia Ziffer, explica en su tratado que la exactitud de determinación de la pena está muy lejos de ser alcanzada. Ninguno de los esfuerzos doctrinales realizados para dotarla de precisión matemática ha logrado avances decisivos en este aspecto. Esto solo es posible mediante la limitación de factores a tomar en cuenta, con la consiguiente pérdida de “individualización”, o bien mediante fórmulas que exigen una valoración previa, y que por su imprecisión, aún cuando no restringen los factores a considerar, tampoco representan avance decisivo respecto del modelo “tradicional”. Pues los esfuerzos por aplicar métodos matemáticos solo resultan aplicables a partir del momento en que ya se ha tomado la decisión acerca de cuales son los factores relevantes, y cómo deben ser valorados, y este es uno de los puntos sobre los cuales existen menos acuerdo.

Sin embargo, el mérito de este tipo de esfuerzos es el haber dejado en claro que el argumento de la barrera insalvable de la transformación de los juicios de valor en cantidades numéricas plantea incorrectamente el problema. Pues no se trata de reducir ilícito culpable y

²² ZIFFER, Patricia. “Lineamientos de la determinación de la Pena”. Idem. Pg. 97.

pena a un denominador común- lo cual sí parece imposible- sino de un proceso de atribución. “Medir” en sentido corriente de la expresión, significa atribuir un número a ciertos objetos, por ejemplo, a ciertos hechos, de forma tal que las relaciones entre las cifras puedan reflejar ciertas relaciones entre los objetos. Afirmar que la culpabilidad es una categoría inconmensurable, que se sustrae a un “medición”, pierde de vista el punto central del problema, pues nada impide, racionalmente, que a una culpabilidad de ciertas características se atribuya una pena determinada. Esto funciona en forma similar a la relación entre dinero y mercancías; se trata de unidades diferentes, pero esto no impide que el comerciante atribuya “un precio”.

El problema central no reside tanto en si se puede medir o no, sino en que los conceptos a utilizar- ilícito, culpabilidad, peligrosidad- carecen en sí mismo de una precisión absoluta, y fundamentalmente, en que siempre aparece claramente que es lo que se quiere lograr con la imposición de una pena determinada o si esta finalidad es efectivamente realizable²³.

2. El proceso de determinación de la pena. La determinación de la pena supone un complejo de decisiones relativas a diferentes cuestiones lo cual implica una serie de operaciones intelectuales que se realizan en diferentes niveles. Patricia Ziffer, citando Zipf, considera que este proceso es la valoración de un hecho determinado conforme un proceso ordenado según puntos de vista jurídico.

Por considerarlos de especial utilidad, a continuación extraemos el proceso de determinación de la pena del texto de Patricia Ziffer²⁴, a lo cual lo adoptamos a nuestra legislación penal, en el siguiente orden:

2.1. La determinación del marco penal. La subsunción de la conducta en un tipo penal permite reconocer cual es el marco penal a aplicar en el caso. En el sistema legal paraguayo la decisión no ofrece mayores dificultades, pues los marcos penales en general, no sufren modificaciones que no surjan del propio acto de subsunción. El marco legal sólo se altera en los supuestos de la tentativa, la participación y medición de la pena en caso de varias lesiones de la ley, previsto en el art. 70 del C.P.

2.2. Determinación de los fines de la pena: La decisión acerca de los fines que debe cumplir la pena es la que permitirá orientar la decisión respecto de que circunstancias serán consideradas relevantes y qué valor se les dará.

2.3. Delimitación de las circunstancias a ser tomadas en cuenta. A partir de la decisión acerca de qué es lo que se quiere lograr con la aplicación de la pena en el caso concreto será posible asignar relevancia a ciertas cuestiones y descartar aquellas que no modifiquen la decisión por no tener influencia para la finalidad a alcanzar.

2.4. Valoración de los factores reales de la determinación de la pena. La decisión relativa al fin de la pena es la que permitirá reconocer aquello que se denomina en la doctrina alemana “dirección de la valoración”, que no es otra cosa que explicitar si un determinado factor considerado relevante para fijar la pena actual como agravante o atenuante.

2.5. Conversión de las reflexiones anteriores en una pena concreta. En este momento exige, a su vez, la decisión acerca de cual será la clase de pena a aplicar en aquellos delitos en que se prevean penas alternativas, la ponderación de las consecuencias accesorias a la pena elegida, el análisis de las formas posibles de ejecución, y finalmente, la transformación del hecho en un equivalente numérico, sea en tiempo de prisión, de inhabilitación, o en cantidad de multa. Esto es obviamente, el momento crítico de la decisión, y será tanto más complejo cuanto

²³ ZIFFER, Patricia. “Lineamientos de la determinación de la Pena”. Idem. Pg. 31.

²⁴ ZIFFER, Patricia. “Lineamientos de la determinación de la Pena”. Idem. Pg. 31.

mayor sea la cantidad de alternativas que el sistema de sanciones prevea para el caso de que se trate.

3. **Conclusión.** Finalmente, podemos sintetizar lo estudiado en el dato que la determinación de la pena procura llegar a una solución lo más exacta posible en el caso concreto, encontrando su apoyo en los fundamentos fácticos y legislativos. Hemos visto igualmente que esta tarea de naturaleza eminentemente jurisdiccional no puede ser un procedimiento estandarizado con reglas rígidas y dogmáticas, que permita, además de la precisión propia de objetos valorativos, la clara exposición de los fundamentos de la determinación de la pena a aplicar en el caso concreto, los cuales no pueden contar con contradicciones en su desarrollo en el tratamiento de cada caso de manera individual, debiendo el tribunal realizar una prolija exposición de la decisión, así como las circunstancias que se valoran, además de los criterios valorativos seguidos.

BIBLIOGRAFÍA

- CASAÑAS LEVI, José Fernando. *Manual de Derecho Penal*. Intercontinental Editora. Año. 2.001. Asunción- Paraguay.
- CASAÑAS, José, Vera Helio y Gorostiaga Gustavo. *“Lecciones Preliminares de Derecho Penal. Principios básicos y Teoría del hecho punible”*. Asunción- Paraguay.
- ELBERT, Carlos Alberto, *“Manual básico de Criminología”*. Edit. Eudeba. Buenos Aires. Argentina. Año. 1998.-
- FONTAN BALESTRA, Carlos. *“Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Parte General”*. Edit. Abeledo Perrot. Bs. As. Argentina. Año 1.980.
- GONZÁLEZ, Teodosio. *“Derecho Penal. Tomo I”*. Propiedad Reservada del Autor. La Colmena S.A. Asunción- Paraguay. Año 1.928.
- JESCHEK, Hans- Heinrich, *“Tratado de Derecho Penal”*. Cuarta Edición. Edit. Comares- Granada. España.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes. *“Derecho Penal Parte General. 2º Edición”*. Edit. Tirant Le Blanch Libros. Valencia- España. Año 1.996.
- NUÑEZ, Ricardo. *“Manual de Derecho Penal. Parte General”*. 4º Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González. Edit. Marcos Lerner. Córdoba- Argentina. Año 1.999.-
- OSSORIO, Manuel. *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”*. Editorial Heliasta S.R.L. Año 1.989. Bs. As. – Argentina.
- PEREZ LUÑO, Antonio E., *“Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.”* Quinta Edición. Edit. Tecnos. Año 1.995. Madrid- España.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *“Curso de Derecho Penal. Parte General. Cedec Editorial S.R.L., Barcelona España. Año 1.997.*
- ROXIN, BELOFF y Otros. *“Determinación Judicial de la Penal”*. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires- Argentina. Año 1.993.
- SCHONE Wolfgang. *“Contribuciones al Orden Jurídico- Penal Paraguayo”*. Intercontinental-

Editora. Año 2.000. Asunción- Paraguay.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "*Derecho Penal. Parte General*". Edic. Ediar. Buenos Aires- Argentina. Año 2000.

CARLOS A. ESCOBAR ESPÍNOLA

LA MEDIDA DE MEJORAMIENTO DE INTERNACIÓN EN UN HOSPITAL PSIQUIÁTRICO EN EL ORDENAMIENTO PENAL PARAGUAYO.

**Dr. Carlos
A. Escobar Espínola.²⁵**

A. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FIGURA

Al estudiar la historia de las teorías de la finalidad de la pena repasamos que en un primer momento primaron las teorías absolutas (la retribución divina, moral y jurídica); luego las teorías relativas (las de contrato social, la prevención general positiva y negativa, la teoría de la prevención especial y el correccionalismo). Como reacción a las teorías citadas precedentemente surgieron la teoría mixta y la ecléctica; a todo esto siguieron teorías minoritarias como las negativas y las escépticas, las teorías anarquistas, la teoría del Derecho penal mínimo y la del abolicionismo penal.

Dentro de estas últimas, Enrique Ferri ya en siglo XIX propugnaba que *“la pena es ineficaz para combatir el delito, pues ésta reconoce distintas causas o factores antropológicos, físicos y sociales, que deben tratar de ser eliminados para poner un dique eficaz a la criminalidad”*. Contemporáneas a estas ideas surgieron las teorías unitarias y dualistas de la pena, estas no son teorías sobre la finalidad de la pena sino teoría sobre la ejecución de las mismas, afirman que es posible combatir el delito no solo a través de la represión del mismo con la aplicación de una pena, sino también estableciendo ciertos medios de prevención para que el autor no cometa nuevos hechos punibles. La teoría unitaria propugna que estos medios o medidas no tienen diferencia alguna con las penas, ambas deben ser impuestas como sanciones. La teoría dualista propugnaba un sistema diferenciado de penas y medidas, pero estas últimas podrían aplicarse a las personas en estado de peligrosidad (inclusive a aquellas que no hubieran cometido aun delito). El sistema de doble vía, evolución de esta última teoría, y seguido por nuestra legislación penal, propugna que las penas y las medidas podrán ser impuestas individual o conjuntamente pero pone énfasis en que las medidas tendrán establecidas una duración límite máxima pero deberán ser dejadas sin efecto una vez que no subsistan los motivos que fundamentaron su aplicación.

Teodosio González fue pionero dentro de su teoría unitaria en cuanto a legislación de medidas, pero solo se limitó a legislar las medidas curativas (Art. 18, 19 del Código Penal de 1811) que se aplicaban a los enfermos mentales que cometieran delitos castigados con penitenciaría de más de dos años. En el Paraguay inclusive tuvimos el decreto Ley N° 1428 del 23 de mayo de 1940, que

²⁵ Actual Juez de Ejecución de la Capital, Abogado, Escribano y Doctor en Ciencias Jurídicas, desempeñó cargos en el ministerio Público como Fiscal en pedro Juan Caballero y San Lorenzo (1993-2000), y como Juez en la Capital, (2000-actual), desempeñó cargos docentes en cátedras de Derecho Penal, Procesal Penal, Aeronáutico, y agrario, desde 1994 a la fecha en Universidades Nacionales y privadas, en cursos de grado y Posgrado.

aplicaba ciertas sanciones ante la peligrosidad social sin delito. Esta doctrina es muy discutida, pues muchos ven en ella un peligro para la libertad de las personas, asimismo atenta contra el principio de legalidad.

B. SOBRE SU LEGITIMIDAD

En definitiva, podemos definir a las medidas como el conjunto de medios previstos por la Ley y aplicados por el Juez con fin de prevención, a los delincuentes no imputables, y en ciertos casos a los imputables, para contribuir a su educación, corrección, curación y segregación de la sociedad, esta última medida en los casos indispensables para delincuentes reputados incorregibles.

La Constitución Nacional del año 1992 en su Art. 20 fija como objeto de las penas -entendidas estas como sanción- la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad. En su Art. 11 prescribe el principio de legalidad exigiendo para la prisión que se den las causas y condiciones fijadas por la Constitución y las Leyes. Esta normativa muy general dejaba abierto el resquicio como para que puedan ser aplicadas sanciones preventivas a personas que no cometieron delitos pero que se las reputaban peligrosas. Para salvar dicha situación la Ley 1160, de 1997,

Código Penal vigente de la República del Paraguay, ya en su Art. 1 exige la existencia de una conducta como para que sobre esta sea aplicable la reacción sancionadora del estado diciendo *“Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una Ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción.”* Mas claro aun es el Art.2, que en forma tajante regla en su Inc. 1 que no habrá pena sin reprochabilidad, y en cuanto a las medidas en su Inc. 3 dice que no se ordenaran estas sin que el autor haya realizado al menos, un hecho antijurídico.

C. LA MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE MEJORAMIENTO, LLAMADA TAMBIÉN MEDIDA DE SEGURIDAD CURATIVA.

El Art. 72 del Código Penal discrimina las clases de medidas de la siguiente forma: “1º Las medidas podrán ser privativas o no de la libertad y serán de vigilancia, de mejoramiento o de seguridad²⁶.”

Las denominadas medidas de mejoramiento en dicho Art. 72, son las mismas reconocidas por la universalidad de los doctrinarios como medidas de seguridad curativas. La doctrina internacional no solo prevé éstas para los enfermos mentales y para los toxicómanos como nuestro código sino para las personas que hayan cometido un hecho punible irreprochable absoluta o parcialmente, o hasta culposo por algún tipo de impedimento físico tratables por la ciencia médica. En países del primer mundo así encontramos como condicionantes de las

²⁶ 2º Son medidas de vigilancia:

1. la fijación de domicilio;
2. la prohibición de concurrir a determinados lugares;
3. la obligación de presentarse a los órganos especiales de vigilancia.-

3º Son medidas de mejoramiento:

1. la internación en un hospital psiquiátrica;
2. la internación en un establecimiento de desintoxicación.

4º Son medidas de seguridad:

1. la reclusión en un establecimiento de seguridad;
2. la prohibición de ejercer una determinada profesión;
3. la cancelación de la licencia de conducir.”

libertades vigiladas (probation), ciertas medidas tales como el tratamiento en una clínica de sueño para las personas cuya actividad laboral puede poner en riesgo por ese problema la salud de otras personas o hasta la obligación de seguir ciertas terapias médicas o psicológicas, estas últimas medidas generalmente son la antesala de la medida de seguridad de prohibición del ejercicio de profesión u oficio también previstas en nuestra legislación penal .

En cuanto a los requisitos para la aplicación de estas medidas conforme al precitado artículo segundo del Código Penal, se requiere que el autor haya realizado al menos un hecho antijurídico²⁷. Habiéndose comprobado según las normas procedimentales en primer lugar la existencia de un hecho criminoso, en segundo lugar su tipicidad y en tercer lugar su antijuridicidad o falta de causal de justificación, el tribunal seguidamente analiza la reprochabilidad del acusado. Si se da el presupuesto del Inc. 1ro. del Art. 23 del Código Penal que dice *“1º No es reprochable el que en el momento de la acción u omisión, por causa de trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, fuera incapaz de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento.”* el mismo es irreprochable y el tribunal podrá, si el principio de proporcionalidad y el de finalidad lo requiere aplicar una medida en forma aislada (sin pena conjunta).

Si se da el presupuesto del Inc. 2do. del Art. 23 del Código Penal que dice *“2º Cuando por las razones señaladas en el inciso anterior el autor haya obrado con una considerable disminución de su capacidad de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a este conocimiento, la pena será atenuada con arreglo al artículo 67”*En este caso la reprochabilidad es reducida o relativa, por lo tanto se le aplicará una pena disminuida en los términos del Art. 67²⁸.

Conjuntamente con esta pena si se dan los principios de proporcionalidad y finalidad en los términos del Art. 2 del Código Penal se podrá aplicar la medida de internación.

D. LA MEDIDA DE MEJORAMIENTO DE INTERNACIÓN EN UN HOSPITAL PSIQUIÁTRICO

²⁷ Existe una excepción prevista en el Art. 78 del código Procesal penal que dice: “El trastorno mental del imputado, que excluya su capacidad de entender o de querer los actos del procedimiento, o de obrar conforme a ese conocimiento y voluntad, provocará la suspensión condicional del procedimiento con relación a él, hasta que desaparezca esa incapacidad; sin perjuicio de la aplicación del procedimiento especial contenido en el Título V del Libro II, de la Segunda Parte de este código. La situación descripta en el párrafo anterior, no impedirá la investigación del hecho, ni la continuación del procedimiento con respecto a otros imputados. A los efectos del procedimiento penal, esa incapacidad será declarada por el Juez, previo examen pericial psiquiátrico. Los actos que el incapaz haya realizado como tal carecerán de valor.” Este artículo está complementado con el artículo segundo del artículo 84 en cuanto a las reglas básicas para la imposición de medidas que dice: “2º Las medidas de internación en un hospital psiquiátrico o establecimiento de desintoxicación podrán ser ordenadas, aun cuando sea imposible llevar adelante el proceso penal.” Esta medida provisoria de internación, comparable a las medidas cautelares no se encuentra debidamente regulada por el código de fondo ni por el de forma). Su duración obviamente no puede sobrepasar el tiempo de duración del procedimiento. Pero esta circunstancia se da únicamente cuando el afectado cometió el hecho punible en uso de sus facultades mentales, y la enfermedad fue sobreviniente, caso contrario se realiza el procedimiento especial de aplicación de medidas.

²⁸ “1º Cuando por remisión expresa a este 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 partes de su límite legal máximo;
2. el mínimo de una pena privativa de libertad se reducirá:
 - a) a dos años en caso de ser de cinco o diez años;
 - b) a un año, en caso de ser de dos o tres años; y
 - c) al límite legal mínimo, en los demás casos.

²⁹ 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.”.

El Art. 73 del Código Penal legisla sobre la medida de internación en un hospital psiquiátrico. Nos reza dicho articulado:

- 1º *En las circunstancias señaladas en el artículo 23, el que haya realizado un hecho antijurídico será internado en un hospital psiquiátrico cuando: a.) exista riesgo, fundado en su personalidad y en las circunstancias del hecho, de que el autor pueda realizar otros hechos antijurídicos graves; y b.) El autor necesite tratamiento o cura médica en este establecimiento.*
- 2º *La naturaleza del establecimiento y la ejecución de la medida estarán sujetas a las exigencias médicas. Será admitida una terapia de trabajo."*

Debemos observar claramente que los presupuestos del Art. 23 exigen una incapacidad en su Inc. 1 y una disminución importante de la capacidad en el Inc. 2. En el caso de enfermedades mentales es la ciencia médica psiquiátrica, a través de peritos competentes la que dictaminará al Juzgador la capacidad o incapacidad mental de una persona, mas es importante ilustrarnos sobre las principales patologías que causan la imposibilidad de que una persona distinga entre bien y mal, entre lícito e ilícito.

E. LAS PATOLOGÍAS Y LOS HECHOS PUNIBLES

a) El sujeto afectado.

Históricamente, la frontera entre el trastorno mental y la conducta violenta han sido muy imprecisos; en la actualidad aún persiste la creencia popular de que los delitos más graves, como pueden ser, el asesinato con componentes sexuales, la conducta parricida, el neonaticidio y los que incluyen elementos que permiten la clasificación de agravamiento de un delito (ensañamiento y alevosía, víctimas muy vulnerables etc.) son llevados a cabo por personas con algún tipo de enfermedad mental grave. La postura tomada por los profesionales de la salud mental, tampoco tiene uniformidad de criterio, así la Asociación Americana de Psiquiatría (APA), defiende que, *"la mayor parte de las personas violentas no sufren enfermedad mental y que con tratamiento, la persona con trastorno mental no es más peligrosa que la población general"*.

Debemos tener en cuenta que al margen de esta postura, se encuentra en la literatura médica numerosos estudios científicos que demuestran que efectivamente, personas con desequilibrios mentales graves, aquellos que tienen un tratamiento inadecuado o que, aún siendo adecuado no lo siguen, son más propensos a manifestar conductas violentas que la población general. Gran asociación existe según estos estudios, entre la esquizofrenia (especialmente la de tipo paranoide) y la violencia. Hay que tener en cuenta que, gran cantidad de ellos han sido criticados por su falta de rigor científico y como consecuencia de esto, ha acabado produciéndose la llamada "psiquiatrización de la conducta criminal".

b. Evolución del estudio de la enfermedad mental

Resulta interesante conocer el punto de partida en este tema, recordemos la suerte que corrían los enfermos mentales durante la edad media era la de ser considerados como poseídos por el demonio (muchas veces ajusticiados en la hoguera), esta concepción tardó mucho tiempo en ser cambiada. Partiendo de esta idea, era lógico que el tratamiento legal que recibían estos enfermos iba en consonancia con la de ser valorados como endemoniados. No será hasta el año 1724 cuando un tribunal anglosajón por primera vez habla de inimputabilidad para las personas con enfermedad mental. No es hasta el siglo XIX cuando la psicología criminal comienza a desarrollarse de manera más rigurosa; el papel de Cesare Lombroso es esencial en este desarrollo, Su obra "El hombre criminal" recoge el análisis de los rasgos criminales. Estudiando las

características de los distintos tipos de criminales establece una comparación con las morfologías antropológicas prestando una especial atención a los aspectos más psicológicos de la conducta. Dando un salto en el tiempo, Brussel, psiquiatra forense, en 1957 estableció el que se ha considerado como el primer perfil científico psicológico de un delincuente.

c. Diferencia entre trastornos psicológicos y trastornos mentales.

Distinguir ambos problemas resulta de fundamental importancia, los trastornos psicológicos típicamente se encuentran previstos en la legislación penal. Todos los seres humanos padecemos de trastornos psicológicos en mayor o menor grado (desde el simple mal humor hasta la supina desadaptación), y estos, son generalmente en sus grados límites la causas de todos los delitos; se los tiene especialmente en cuenta en la graduación de la pena, y durante el periodo de ejecución de la misma, etapa en la cual no se admite progresión en el régimen sin un tratamiento adecuado al problema. Al contrario, los trastornos mentales, son de trascendental importancia para la imposición o no de una pena, ya que si el hecho punible fue cometido estando el autor bajo trastorno mental, puede ser declarado irreprochable, total o parcialmente, como lo estipula el Art. 23 del código penal. Comencemos conociendo las afecciones psicológicas, con el fin de luego diferenciarlas de las psiquiátricas que es nuestro tema en esta ocasión.

c.1. Trastornos psicológicos.

Con la tutoría de la Lic. Alma Segovia, psicóloga forense en ejercicio de la disciplina, se elaboró el material que sigue: Básicamente se los define como comportamientos que se han considerado anormales, consisten en comportamientos inadecuados que la persona emite en un entorno determinado, los cuales impiden al mismo adaptarse a dicho entorno.

Actualmente tanto psiquiatras como psicólogos consideran que en los trastornos psicológicos están implicadas causas tanto biológicas, psicológicas como sociales (son los llamados modelos multifactoriales, interactivos o psicobiosociales). Existen dos signos o indicadores que nos pueden avisar de la presencia de un trastorno psicológico: la presencia de emociones dolorosas (sentimientos de ansiedad, depresión o irritación crónica) y la aparición de conflictos continuados en las relaciones sociales o familiares. El sufrimiento psicológico además puede adoptar múltiples formas, (H. Fernández-Álvarez, 1992) según la persona que lo padezca le encuentre o no sentido o explicación al malestar que padece.

Existen **una primera forma** de padecimiento en los que las personas encuentran explicación o sentido (sacrificio ante situaciones límites, una huelga de hambre...etc.) que no suelen ser catalogadas como trastornos psicológicos. **Una segunda forma** de padecimiento consiste en que quien los sufre no termina de explicárselo o darle sentido (por lo Gral. se trata de trastornos afectivos de tipo depresivo o ansioso). **Un tercer grupo**, más problemático, son los casos donde la persona que padece el malestar si le encuentra sentido a su sufrimiento, pero aquellos que le rodean no se lo encuentran (trastornos mentales graves). Y por último, **el cuarto grupo**, se caracteriza más bien por hacer sufrir a otros, independiente del grado de malestar subjetivo de esa persona (se suele relacionar con trastornos graves y antisociales de la personalidad) características **encontradas en gran porcentaje en delincuentes. Respuestas crónicas de carácter emocional: la ansiedad, la depresión y la ira (malestar o conflictos relacionales a los cuales las personas no atribuyen sentido.)**

La ira crónica consiste en un estilo de conducta centrado en la defensa y ataque directo o indirecto (disimulado por la ironía). Se caracteriza a nivel de pensamientos e imágenes de condena o críticas hacia el ofensor, y exigencias. Sobre que no debería haber actuado de una

manera determinada. A nivel emocional la irritación tensa la musculatura corporal y la dispone al ataque verbal o físico, aparecen sentimientos de rencor y venganza. La conducta se dirige a atacar verbal o físicamente al supuesto ofensor. El cuerpo suele responder con una elevación del ritmo cardiaco, la tensión sanguínea aumenta, la respiración se acelera, y pueden aparecer trastornos del sueño, de la alimentación y de otras necesidades corporales, la rumiación obsesiva sobre el hecho que se exige no debería haber ocurrido, las críticas al ofensor, los planes de venganza y una especial facilidad para “saltar a la mas mínima” - **Cuadro que suele presentarse en femicidios u homicidios.** A modo de puntualizar los dos signos de los trastornos psicológicos son:

- Presencia de emociones dolorosas crónicas (ansiedad, depresión, ira).
- Presencia de conflictos duraderos en las relaciones sociales, familiares o de pareja.

Causas de los trastornos psicológicos: La conducta psicopatológica tiene dos tipos de causas: biológicas y ambientales. Estas causas se suelen combinar en la mayoría de los trastornos psicológicos, llamándose a los modelos que la estudian multifactoriales.

Uno de estos modelos considerados importantes en la psicología forense es el llamado de “**vulnerabilidad-estrés**”. El modelo referido propone que los trastornos suponen una crisis en el funcionamiento psicobiológico de las personas con una cierta vulnerabilidad (disposición o características de personalidad) ante determinados estresores (situaciones que generan tensión y necesidades de adaptación). **Con frecuencia dichas características son halladas en la población penal o en personas acusadas de cometer algún tipo de delito.** La vulnerabilidad incluye predisposiciones determinadas genéticamente que a su vez influyen sobre, por ejemplo, determinados niveles de sustancias bioquímicas en el cerebro del individuo. También incluyen procesos y habilidades psicológicas, como la capacidad atencional, los procesos de memoria, los estilos de pensamiento personales y las habilidades de conducta para afrontar determinadas situaciones. Se supone además que esos factores se pueden consolidar y hacerse más persistentes en las épocas tempranas de la vida, donde la maduración del sistema nervioso esta iniciándose y las influencias ambientales provenientes del medio socio familiar pueden dejar una fuerte huella. **(De aquí la importancia de conocer datos relevantes de su historia familiar y la relación de esta con su conducta delictiva).**

El ambiente actual de la persona (incluyendo tanto factores psicosociales como físicos) desencadena los trastornos, en función de lo vulnerable que sea el sujeto a ellos, haciendo que la reacción de la persona a estos este mediatizada por sus disposiciones biológicas (determinados niveles de sustancias bioquímicas cerebrales), su reacción corporal global, sus procesos psicológicos básicos (estilo de pensamiento y capacidad atencional) y sus habilidades de afrontamiento (métodos para resolver problemas) además los recursos externos, como el apoyo familiar, de los amigos o la existencia de servicios sociales o sanitarios disponibles (redes sociales), van a modular el mejor o peor manejo de las dificultades. Si esos recursos externos no son adecuados o accesibles, el resultado será el trastorno psicológico o la aparición de determinadas enfermedades. Esto no solamente puede ser válido para las llamadas enfermedades mentales, sino también para enfermedades médicas (somatizaciones). **Es considerado de suma importancia sobre todo en personas que recuperan su libertad y que presentan alguna dificultad de índole psicológico que existan redes que los puedan contener y apoyar para; en un lapso breve, resolver dichos conflictos y reinsertarse efectivamente a la sociedad sin temor a delinquir de nuevo.**

c.3. Trastornos mentales:

Las enfermedades mentales son alteraciones en el razonamiento y el comportamiento de una persona. Se manifiestan de diferentes formas: dificultad para adaptarse a la vida diaria, para reconocer la realidad, deterioro en el funcionamiento de diversas aéreas, es decir, traen consigo una gran cantidad de sufrimientos y discapacidades. **El enfermo mental a diferencia de la persona que padece un problema o dificultad psicológica; esta fuera de la realidad no tiene conciencia de sus actos: se encuentra incapacitado mentalmente para responder ante sí mismo y las exigencias del medio.**

Los trastornos mentales no respetan edad, condición social, sexo, escolaridad, es decir, se pueden manifestar en cualquier individuo. Los principales factores que las originan son: carga genética, problemas psicológicos, relacionales, familiares y neurológicos. Con frecuencia los pacientes que padecen este tipo de enfermedades tienden a aislarse, se tornan inactivos y en ocasiones suelen ser violentos, debido a los desordenes que se generan en su cerebro. La severidad de cada una de las enfermedades mentales se evalúa desde leve hasta discapacitante; asegura el Dr. Petersen (director asociado al departamento de psiquiatría del massachussts general hospital): *“En muchos casos ya nunca más vuelven a recuperar plenamente sus conciencias divagando entre estadios de lucidez y locura”*. Las mismas deben detectarse de acuerdo a los criterios del cie-10 o el dsm-iv (décima clasificación de las enfermedades mentales de la organización mundial de la salud de 1993 y manual diagnóstico y estadístico de las enfermedades mentales de la asociación americana de psiquiatría de 1994). **Es por ello que personas que cometen delitos en estas circunstancias debe recibir un tratamiento especial en cuanto a que se las considera inimputables y deben permanecer en establecimientos acordes a su estado mental.**

c.4. Las patologías principales.

Este breve repaso de las patologías que tienen mayor relación con la comisión de hechos criminosos, el Dr. Carlos Stevens Sachero, distinguido profesional médico, siquiatra en ejercicio, y actual siquiatra forense del Poder Judicial, ha colaborado con el autor de esta monografía en realizar una síntesis de las principales afecciones que afectan el raciocinio, y que eventualmente son causas de la perpetración de hechos criminosos.

c.4.1. Psicosis y conducta violenta.

Debemos iniciar el estudio con la psicosis, que constituye lo que algunos conocen como la auténtica locura, y es que se trata de una enfermedad que irrumpe en la personalidad y que conlleva una pérdida de conciencia de la realidad. Dentro del gran grupo que supone la enfermedad sicótica, es el “Trastorno Delirante” el cuadro clínico más peligroso. El trastorno delirante o delirio es considerado como un factor de riesgo de conducta violenta, especialmente aquellos delirios cuya temática es la celotipia, el perjuicio o la persecución. Los hechos violentos típicos de este tipo de trastornos se caracterizan por una "premeditación delirante", existe un delirio previo pero también una progresión delictiva además de una circunstancia estresante previa al delito. El sujeto comete el delito con lucidez, serenidad y precisión y aunque es desproporcionado, puede resultar "comprensible" (es decir, no hace más que cumplir con el deber que le dicta su delirio). Generalmente, suelen cometer delitos en solitario y cuando son capturados, no parecen mostrar arrepentimiento sino más bien un desapego emocional ante el crimen y tienen una convicción personal de haber hecho justicia. Es característico en ellos su actitud negativista, desconfiada o desafiante ante el proceso judicial, mostrando su total rechazo al

mismo. Aparte de esto, es necesario tener en cuenta que no todos los actos que realizan los psicóticos tienen una relación directa con su psicopatología, esto sólo puede ocurrir según parece cuando la enfermedad está ya en estados muy avanzados y la psicosis impregna toda la personalidad del paciente y por tanto todas sus acciones.

c.4.2. Esquizofrenia:

Es una de las psicosis y como tal, una perturbación extraña a la personalidad del agente, que irrumpe en ella troncándola en otra distinta, produciendo una ruptura biográfica en el individuo. Etimológicamente esquizofrenia significa “mente dividida”. Inicialmente fue llamada “demencia precoz”, debido a que en muchos casos se produce la pérdida gradual de las facultades intelectuales desde temprana edad (veinte a veinticinco años), generalmente en el tipo hebefrénico, con deterioro cognitivo, que no puede hacer frente a los problemas que se le presenta en el diario vivir. El individuo pierde contacto con la realidad; presenta ideas delirantes de variado contenido que se manifiestan absolutamente irreductibles a la evidencia externa. Al cuadro se agregan alucinaciones generalmente auditivas por las cuales el individuo escucha voces que pueden inducirlo a cometer hechos lesivos para sí mismo o para terceros. La esquizofrenia paranoide caracterizada por un predominio de ideas delirantes persecutorias es el tipo de esquizofrenia más proclive a presentar conductas lesivas para terceros.

c.4.3. Los trastornos bipolares en fase maniaca:

La enfermedad maniaco depresiva, actualmente llamada trastorno bipolar constituye una entidad clínica que afecta al 3% de la población general. La enfermedad se caracteriza por presentar oscilaciones del humor que van del polo depresivo al polo de la manía o euforia, de ahí el nombre de Bipolar. Pueden oscilar de la una a la otra como un yo-yo, los síntomas de la fase depresiva son los típicos de un cuadro depresivo con tristeza, apatía, abulia, pudiendo llegar al suicidio. Pero cuando las personas que tienen esta enfermedad no actúan deprimidas, con frecuencia son maniáticas, es decir están eufóricas o frenéticas. El estado maniaco es lo opuesto al estado depresivo, a pesar de que en verdad hace parte de la misma enfermedad. Cuando las personas que tienen esta enfermedad cambian del estado depresivo al maniaco, pasan de no tener energía y estar muy tristes a tener demasiada energía y sentir que pueden hacer absolutamente todo lo que quieren, como una especie de superhéroe²⁹. Es importante recordar que el trastorno bipolar es simplemente una clase diferente de depresión clínica. Ciertamente se puede tratar y poner bajo control. Evidentemente es la fase maniaca de esta enfermedad, la que más cuidados requiere debido a la posibilidad de comisión de hechos antisociales por parte del afectado, pudiendo llegar inclusive al estado de furor maniaco, donde pueden cometer crímenes horribles e incomprensibles.

c.4.4. Trastornos de la personalidad.

Finalmente, hablemos de afecciones psicológicas, que según los textos no son tomadas dentro de la clasificación de las patologías mentales, pero nuevos estudios dan que pensar con respecto a las mismas. Los rasgos de personalidad son tendencias persistentes de formas de percibir, relacionarse y pensar sobre el entorno y uno mismo y que se manifiestan en una amplia gama de contextos sociales y personales. Dichos rasgos constituyen trastornos de personalidad cuando son inflexibles, desadaptativos y causen deterioro funcional significativo o malestar subjetivo. Aunque la persona que padece un trastorno de personalidad mantenga íntegra las facultades intelectivas superiores y comprenda que un hecho es ilícito, puede no llegar a poner en práctica

²⁹. Esta fase de «euforia» puede durar unas horas o días y luego el yo-yo emocional regresará a la fase «depresiva», en la que la persona se siente nuevamente agotada y triste.

estas capacidades de manera eficaz si el trastorno es grave³⁰. Verdaderamente, no puede hablarse de una "personalidad delincuente" dadas las grandes diferencias individuales existentes aunque sí se ha demostrado que el infractor sistemático se caracteriza por sus rasgos de hostilidad, búsqueda de sensaciones, desviación psicopática, hipomanía y depresión, bajo ajuste emocional y asertividad. De los trastornos de la personalidad, analizaremos dos de ellos por su relación con la actividad delictiva: psicopatía y personalidad sádica:

- **La psicopatía o Trastorno antisocial de la personalidad:** La personalidad psicopática posee, por decirlo de algún modo, dos grandes factores disfuncionales: el afectivo y el conductual. De la disfunción afectiva destaca su insensibilidad, fuerte narcisismo y frialdad emocional. Las características de sus disfunciones conductuales coinciden con los síntomas recogidos del trastorno antisocial de la personalidad (sí incluido en las clasificaciones). Por tanto, la mayoría de los psicópatas serán considerados como poseedores de un trastorno antisocial pero no todos los diagnosticados con este último deberán ser considerados como psicópatas³¹. El psicópata criminal suele ser un asesino en serie. Comete sus asesinatos separados en el tiempo, sin que exista una clara conexión entre ellos, aunque a menudo muestran un patrón común que debe ser encontrado para relacionar las muertes y perseguir al criminal. No existe tampoco en este caso un único tipo psicológico de asesino en serie. Sí que parece existir cierta relación entre el haber sufrido algún tipo de trauma infantil (abandono, maltrato, abuso...) y padecer en la edad adulta un trastorno psicopático.
- **La personalidad sádica o Trastorno sádico de personalidad:** Más allá de la psicopatía se encuentra el Trastorno Sádico de la Personalidad. Esta entidad clínica no se encuentra aún en las clasificaciones nosológicas actuales, sin embargo se encuentra en estudio su inclusión en las futuras ediciones. Se trata de un individuo que por su estilo de vida y su estructura "aparente" de personalidad, puede pasar inadvertido. Muy inteligente y metódico en sus crímenes. Estos individuos suelen delinquir cuando han sufrido algún tipo de "agresión" a su autoestima³². El móvil de sus crímenes a menudo es simbólico, como una venganza contra figuras parentales, contra la sociedad, contra la mujer, contra la propia existencia etc. Puesto que ni la psicopatía ni el sadismo son consideradas enfermedades mentales, los que la padecen son considerados legalmente como criminales con una violencia

³⁰ De esta manera, serán valorados como eximente incompleta cuando se determine que existe una disminución importante de la capacidad de auto-determinación y además que exista una causalidad psíquica entre el trastorno de la personalidad y el delito cometido.

³¹ Uno de los autores más relevantes en la investigación en esta área es Hare. Él establece la siguiente clasificación de individuos psicópatas: primario, secundario y sociópata. El secundario se ve afectado por ansiedad, remordimientos y por introversión. El sociópata se caracteriza por una socialización adecuada, por carecer de figura parental correcta, haber crecido en ambientes pobres u hostiles...Pero sin duda, el que llama más la atención es el psicópata primario. A diferencia del anterior, ha recibido una educación correcta. No tienen una afectividad sincera o auténtica y no temen al castigo. Se descartan en estos individuos los trastornos del pensamiento, son extrovertidos y no padecen ansiedad. Narcisistas y egocéntricos, no les importa utilizar a los demás en su propio beneficio. Sin capacidad para la autocrítica, son impulsivos y al no temer al castigo, tampoco aprenden de la experiencia. Hay que reconocer que sólo algunos de ellos se convierten en criminales violentos. Entre ellos, los más inquietantes son los asesinos múltiples. A su vez, estos pueden clasificarse en función de las características del crimen perpetrado en: asesinos en masa (asesinar a más de 2 ó 3 personas en un mismo episodio temporo-espacial), asesino en serie (en distintos episodios) y un tipo intermedio (con características de ambos). Dentro de los asesinos en masa, la prevalencia de trastornos psicóticos es alta.

³² Gran planificación, frialdad, excitación seguida de gran alivio tras cometer el crimen. Observar el sufrimiento que provocan les excita aún más. Es un asesino muy organizado, no deja indicios en la escena del crimen. La víctima es bien elegida, suele hablar con ella durante el hecho, la amordaza, arremete, mata y después hace desaparecer el cadáver. Le gusta coleccionar lo que considera "trofeos" de sus víctimas. No siente culpa alguna y durante los interrogatorios policiales suele mostrarse con gran serenidad. Imperturbable en todo momento.

primitiva, sin el mínimo grado de exculpabilidad y que saben y quieren hacer lo que hacen, y por tanto, no se les aplica eximente alguna. En el futuro puede plantearse un serio problema y es que las últimas investigaciones en técnicas de neuroimagen han hallado diferencias significativas en el funcionamiento cerebral del psicópata al compararlo con el de una persona normal.

c.4.5. En cuanto a las estadísticas.

Finalmente, que tipos de enfermedades son más propensas para la comisión de hechos punibles, y que tipos de hechos punibles podemos esperar de estos sujetos? En contra a lo que popularmente se podría pensar, los crímenes cometidos por personas con grave enfermedad mental (tanto la psicosis como la demencia lo son) son mucho menores en número que los perpetrados por la población general o la afectada por disfunciones psíquicas de menor gravedad (tales como en abusadores de sustancias, trastornos de ansiedad, trastornos de la personalidad etc.). Para tener una idea de qué porcentaje de sujetos con estos trastornos llevan a cabo conductas delictivas, se recoge una revisión de 52 sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) realizada por la Universidad Complutense: esquizofrenia paranoide: 34%, esquizofrenia indiferenciada: 16%, psicosis inducida por drogas: 12%, trastorno esquizoafectivo bipolar: 12%, psicosis sin especificar: 10%, trastorno delirante: 8%, otras variantes: 8%. Aunque existe una gran variabilidad en la tipología delictiva, basándonos en estas 52 sentencias, sería la siguiente: Delitos contra la salud pública: 18%, homicidio: 29%, Robo con intimidación: 13%, Lesiones: 11%, Agresión o abuso sexual: 16%, Otros 13%.

F. A LOS AFECTADOS POR TRASTORNOS MENTALES, SE APLICAN PENAS O MEDIDAS?

Todo depende de que HAYAN REALIZADO EL HECHO PUNIBLE BAJO EFECTO DEL TRASTORNO MENTAL, en ese caso, pueden ser sancionados con una medida. Pero debemos diferenciar ciertas circunstancias que frecuentemente se dan:

- El caso en que el autor haya realizado el hecho punible en uso de sus facultades, y luego, durante el proceso enferma de un trastorno mental, en esta situación, si se comprueba científicamente que el justiciable no puede entender el procedimiento al cual se halla afectado, se aplica el Art. 78 del Código Procesal Penal, y se le suspende el proceso hasta que su grado de curación le permita entender el juicio o hasta que prescriba la acción. Se le pueden aplicar medidas curativas provisionarias.
- El caso en que el autor ya condenado a pena privativa de libertad enferme durante el cumplimiento de su condena, en esta situación se aplica el Art. 42 del Código Penal, el condenado es internado en un hospital psiquiátrico hasta su alta (hasta que su cuadro agudo mejore al grado crónico, que es cuando ya se lo puede tratar ambulatoriamente), y esta confinación es computada a su condena.
- El caso de reproche reducido previsto en el Art. 23, Inc.2do. del código penal, en el cual el autor obró con capacidad mental disminuida, aunque comprendiendo que estaba mal lo que hacían (suelen ser casos de personas afectadas por retraso intelectual o down, afección de alcohol o drogas no voluntaria etc.), en estos casos, se aplica la pena atenuada, y una medida conjunta, si la afección persiste.
- El caso de sujeto que cometió el hecho punible, sin uso de sus facultades mentales, en esta situación se sigue el procedimiento ordinario, con el aditivo previsto en el libro segundo del código procesal, en cuanto al procedimiento especial de imposición de medidas.
- El caso del sujeto que cometió el delito sin uso de sus facultades por la denominada profanamente "locura temporal", (que puede darse en casos de recaídas de enfermedades,

ingestión no voluntaria de drogas o sinergia de medicamentos), en estos casos se prosigue el juicio hasta la condena a medida de mejoramiento, y el Juez de ejecución, al no subsistir la enfermedad, prescinde de su aplicación. Se puede dar el caso de locura temporal POR INGESTIÓN VOLUNTARIA de drogas o alcohol (generalmente los autores las consumen para tomar coraje), en este caso la doctrina y la jurisprudencia han sido tajantemente uniformes en cuanto a que los afectados son plenamente reprochables.

G. PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE ESTE TIPO DE MEDIDAS

En cuanto al procedimiento que debe ser seguido para la imposición de una medida, nuestra Ley N° 1286/98, código Procesal penal en vigencia en la Republica, trata del procedimiento para la aplicación de medidas estableciendo un procedimiento especial, es así que regla en su Art. 428 que cuando la acusación solicitará ÚNICAMENTE una medida, lo harán de la forma prevista en la acusación³³. Los Artículos 429 al 431, nos dictan que el procedimiento se regirá por reglas ordinarias, con excepciones en cuanto a tutela, declaración, la prohibición de llevarse a cabo con un proceso ordinario, el Inc. 5to. del Art. 429, posee un defecto en cuanto a su redacción, pues debe decir medida de mejoramiento, no de seguridad (conforme a la clasificación del Código Penal), finalmente, prohíbe la aplicación del procedimiento abreviado³⁴. Aún con la acusación solicitando solo medidas, el código Procesal confiere poderes inquisitivos al Juez de la etapa intermedia que podrá admitir la misma a los efectos de aplicación de pena³⁵. Inclusive durante el juicio oral, el tribunal podrá transformar al mismo en juicio para imposición de pena privativa de libertad³⁶.

Mucho se ha dado en nuestros tribunales sobre aplicaciones de medidas de mejoramiento realizadas a través del procedimiento abreviado, esta práctica no es la adecuada, justifico esta posición en el razonamiento que sigue en los párrafos posteriores. El Art. 420 del código Procesal penal nos dice: *“Hasta la audiencia preliminar, se podrá proponer la aplicación del procedimiento abreviado cuando: 1) se trate de un hecho punible que tenga prevista una pena máxima inferior a*

³³ “PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE MEJORAMIENTO Artículo 428. PROCEDENCIA. Cuando el Ministerio Público o el querellante, en razón de particulares circunstancias personales del procesado, estimen que sólo corresponde aplicar una medida, solicitarán este procedimiento, en la forma y las condiciones previstas para la acusación, indicando también los antecedentes y circunstancias que motivan el pedido”.

³⁴ Artículo 429. REGLAS ESPECIALES. El procedimiento se regirá por las reglas ordinarias, salvo las establecidas a continuación:

1. cuando el imputado sea incapaz, sus facultades serán ejercidas por su representante legal, o en su defecto por quien designe el tribunal, con quien se entenderán todas las diligencias del procedimiento, salvo los actos de carácter personal;
2. en el caso previsto por el inciso anterior, no se exigirá la declaración previa del imputado para presentar acusación, pero su representante legal o el designado en su defecto, podrán manifestar cuanto consideren conveniente para la defensa de su representado;
3. el procedimiento aquí previsto nunca se tramitará juntamente con uno ordinario;
4. el juicio se realizará a puertas cerradas, sin la presencia del imputado, cuando sea imposible a causa de su estado o inconveniente por razones de orden, seguridad o salud, caso en el cual será representado a todos los efectos por su representante legal ;
5. la sentencia versará sobre la absolución o sobre la aplicación de una medida de seguridad; y,

⁶ no serán aplicables las reglas referidas al procedimiento abreviado, ni las de la suspensión condicional del procedimiento.-

³⁵ Artículo 430. RECHAZO. El Juez podrá rechazar la solicitud, por entender que corresponde la aplicación de una sanción y ordenar la acusación.

³⁶ Artículo 431. TRANSFORMACIÓN. Si durante el juicio, el tribunal considera que corresponde aplicar una pena, ordenará la acusación conforme al procedimiento ordinario.”

cinco años, o una sanción no privativa de libertad; 2) el imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la aplicación de este procedimiento; y, 3) el defensor acredite, con su firma, que el imputado ha prestado su consentimiento libremente. La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos.” Nos percatamos según el Inc. 2do. que la figura exige la admisión del hecho y el consentimiento de que se le aplique el procedimiento. Una persona que no esté en uso de sus facultades mentales, no podría realizar, por su falta de capacidad, esta admisión ni consentir válidamente nada. Además, es muy claro el Art. 429, en su 6to. Inciso en cuanto a que la aplicación del procedimiento abreviado no es válida para estos casos.

H. LA INSTITUCIÓN EN LA CUAL DEBE INTERNARSE AL AFECTADO

En cuanto a lugar de internación el Art. 73 es claro en que debe ser un hospital psiquiátrico. Debemos recordar que los antecedentes de nuestro código se remiten al Código Penal general alemán de 1968, Ley muy avanzada para esa época. No se tuvo en cuenta que la ciencia médica siquiátrica, aun en su infancia en nuestros tiempos es muy dinámica. Sólo en la ultima década del siglo XX comenzó a gestarse la idea actual de lo que es un hospital psiquiátrico. En esa época comenzó a ganar terreno la noción de “desmanicomialización” y comenzaron nociones tales como a) hospital de internación b) hospitales de seguridad de internación. c) instituciones intermedias o alberges de discapacitados y d) el tratamiento ambulatorio con el enfermo en su hogar. Estas nociones médicas están legisladas en los tratados y convenios internacionales:

- Carta compromiso, celebrado entre el estado paraguayo, y la organización mental disability rights internacional en el marco del levantamiento de las medidas cautelares, por la ilustre comisión interamericana de los derechos humanos de la organización de estados americanos – OEA. y dispuestas a favor de los internos en el hospital psiquiátrico de Asunción.
- Recomendaciones de la comisión interamericana de derechos humanos sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental – año 1990
- “Human rights library” protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos, sociales y culturales – año 1992
- Convención americana sobre derechos humanos año 1992, reimprimido en documentos básicos concernientes a derechos humanos – año 1992.
- Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental – año 1991.
- Resolución cd4.r1 – la discapacidad prevención y rehabilitación en el contexto de derecho al disfrute del mas alto nivel posible de salud física y mental y otros derechos relacionados – año 2006.
- Convención sobre derechos del niño – año 1990
- Pacto internacional de derechos civiles y políticos. – año 1996

La falta de acatamiento de las normativas precedentemente citadas hizo que el Paraguay a la fecha, haya sido denunciado ante la comisión interamericana de derechos humanos por mantener el hospital neuropsiquiátrico, sobre la calle Venezuela como una institución de reclusión de enfermos. En el año 2004, el Estado firmó un acuerdo con la comisión en el cual se comprometía a solucionar la problemática en un plazo prudencial, plazo que ya ha vencido, por lo que si no cambian las realidades en muy poco tiempo habrá un nuevo procedimiento contra la República en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En definitiva, la práctica actual se basa en que un hospital psiquiátrico se encuentra en pie de igualdad teórica con cualquier otro tipo de hospital médico ya sea este de trauma, clínico o de enfermedades infectocontagiosas. El hospital se encuentra reservado para sujetos que se encuentren descompensados y requieren atención médica permanente, como en el caso de los enfermos psiquiátricos agudos (no para los crónicos, la enfermedad en si es crónica, se agudiza en las crisis), DEBEN POSEER UN ÁREA DE SEGURIDAD PARA ESTOS PACIENTES no por lo que pudieran haber cometido, sino por la peligrosidad latente que representan algunos. Una vez superada la crisis el paciente evolucionara a un tratamiento ambulatorio con la medicación controlada en forma directa por sus familiares y en forma periódica por el medico. Si no existen familiares responsables previa declaración de interdicción se lo albergará en un albergue especializado. Finalmente tenemos el caso de enfermos crónicos cuya permanencia en una casa de familia podría resultar muy peligrosa, pero que su dolencia es irreversible para las posibilidades actuales de la ciencia, en estos casos se prevé su internación en las instituciones intermedias que pueden conceptualizarse como alberges con seguridad suficiente y atención de personal de enfermería permanente.

En el marco de lo expuesto precedentemente resulta que el Juzgador deberá discriminar, con pericias de profesionales acreditados en la materia, el ámbito en el cual deberá ser tratado inicialmente un enfermo psiquiátrico. Posteriormente el Juez de Ejecución podrá variar esta medida a una internación en un albergue, o en su mismo hogar con tratamiento ambulatorio. De hecho, conforme al Art. 77 del Código Penal se puede suspender a prueba la medida³⁷; además, el mismo Director médico podrá dar permisos a prueba, con tratamientos ambulatorios, solo si este permiso excede los tres meses se deberá contar con autorización judicial³⁸.

I. LA DURACIÓN DE LA MEDIDA Y SU RELACIÓN CON UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD IMPUESTA CONJUNTAMENTE.

Para determinar la duración de una medida de internación, el Tribunal, deberá basarse en lo que estima la duración total del tratamiento al paciente, conforme a las pericias realizadas, pero también deberá tener en cuenta el hecho cometido. Al fin de cuentas, el plazo de la condena solo determinará el plazo máximo en el cual el paciente quedará bajo tutela jurisdiccional, ya vimos que si a la fecha de la Sentencia, el afectado no necesita asistencia siquiátrica, se puede suspender

³⁷ **Artículo 77.- Suspensión a prueba de la internación**

- 1° El tribunal suspenderá la internación en un hospital psiquiátrico o en un establecimiento de desintoxicación y ordenará un tratamiento ambulatorio cuando con ello se pudiese lograr la finalidad de la medida, y siempre que se pudiera asumir la responsabilidad por la prueba.
- 2° En caso de condena a una pena privativa de libertad, la suspensión no se concederá cuando no se dieran los presupuestos señalados en el artículo 44.
- 3° La suspensión será revocada cuando el comportamiento del condenado durante el tratamiento ambulatorio o cuando circunstancias conocidas posteriormente demuestren que la finalidad de la medida requiera la internación. El tiempo de internación, antes y después de la revocación, y el del tratamiento ambulatorio no podrán en total exceder del límite legal máximo de la medida.

³⁸ **Artículo 78.- Permiso a prueba en caso de internación**

- 1° Durante una medida de internación, el director del establecimiento podrá otorgar al interno un permiso probatorio.
- 2° El permiso será considerado como ejecución de la medida. Para exceder los tres meses se deberá contar con autorización expresa del tribunal.
- 3° Para el tiempo del permiso, el director del establecimiento podrá ordenar el cumplimiento de indicaciones médicas o un tratamiento ambulatorio. Además, podrá someter al condenado a la vigilancia y dirección de un miembro idóneo del equipo del establecimiento. La competencia para ordenar las reglas de conducta señaladas en el artículo 46 la tiene solamente el tribunal, que podrá decretarlas a solicitud del director del establecimiento.

a prueba la medida, según el Art. 77 (a excepción de que tenga una pena privativa conjunta, en este caso, esta debe ser inferior a dos años para la suspensión). Hemos examinado, como bajo condena pueden tener permisos transitorios según el Art. 78 del Código Penal, y cumplida la mitad de la pena, se puede suspender nuevamente a prueba el resto de la condena, al igual que si fuera una libertad condicional³⁹, finalmente, el Art. 76, además de obligar al Juez a realizar revisiones periódicas, lo faculta a dejar sin efecto las medidas, o cambiarlas por otras mas eficaces si la circunstancia lo amerita⁴⁰.

En la eventualidad de que se condene a una persona a una medida y a una pena privativa conjunta, conforme el Art. 23, Inc. 2do, y el 67, todos del Código Penal, se ejecutará primero la medida, y será computada este tiempo a la pena privativa.

J. CONCLUSIÓN.

Es obligatoria la siguiente reflexión: La aplicación de medidas de internación conjuntas a una pena privativa de libertad, si las circunstancias lo ameritan, es conveniente para la reinserción del individuo a la sociedad, y como Estado estamos logrando la correcta aplicación de principios. Nuestro déficit se inicia cuando estamos ante la ejecución de una medida de internación aplicada individualmente, puesto que la falta de infraestructura necesaria, hacen que a veces se prive al justiciable del cuidado médico requerido a su caso por temas de seguridad, o que se deje en peligro a vecinos de una unidad médica psiquiátrica, ya que no las tenemos especializadas para casos de personas que requerirían seguridad adicional. Asimismo, a nivel jurisdiccional, es preciso organizar la transición de casos de pacientes agudos, que al fin de su condena no pudieron reponerse, del fuero penal al civil, a fin de que con el procedimiento indicado, se le siga proporcionando la atención profesional. Sin embargo, estas son falencias propias de un país en desarrollo y podrán ser superadas. El marco legal exigido por la normativa internacional, está vigente. Con mayor esfuerzo y superando las dificultades, de seguro se logrará el cumplimiento acabado de lo preceptuado en el Código en cuanto a ejecución de medidas de internación.

³⁹ Artículo 80.- Relación de penas y medidas

- 1° Las medidas de internación serán ejecutadas antes de la pena y computadas a ella. La medida de reclusión se ejecutará después de la pena.
 - 2° Lograda la finalidad de la internación en un hospital psiquiátrico o en un establecimiento de desintoxicación, el tribunal podrá suspender, a prueba, la ejecución del resto de la pena cuando:
 1. se halle purgada la mitad de la pena ; y
 2. atendidas todas las circunstancias, se pueda presumir que el condenado, una vez en libertad, no volverá a realizar otros hechos punibles.
 - 3° A los efectos del inciso anterior se dispone:
 1. la prisión preventiva u otra privación de libertad será considerada como pena purgada.
 2. el período de prueba no será menor de dos años ni mayor de cinco.
 3. se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los incisos 1° al 3° del artículo 46 y en los artículos 47 al 50.
- ⁴⁰ Artículo 76.- Revisión de las medidas
- 1° El tribunal podrá revisar en todo momento la idoneidad de la medida o el logro de su finalidad.
 - 2° La revisión será obligatoria, por primera vez, a más tardar:
 1. en un **año, en caso de internación en un establecimiento** de desintoxicación; y
 2. en dos años, en caso de reclusión en un establecimiento de seguridad.
 - 3° La revisión se repetirá cada seis meses.
 - 4° El tribunal revocará las medidas no idóneas y ordenará otras, siempre que se dieran los presupuestos legales de las mismas. No se podrá exceder del límite legal máximo de la medida ordenada por la sentencia.
 - 5° En caso de no haber comenzado la ejecución de la medida dos años después de la fecha en que la sentencia haya quedado firme, antes del comienzo de la misma el tribunal comprobará si todavía existen sus presupuestos o si procede su revocación

BIBLIOGRAFÍA

- COLECCIÓN DE DERECHO PENITENCIARIO Y EJECUCIÓN PENAL , Anteproyecto Código De Ejecución Penal para La Republica Del Paraguay, Tomo I.
- MANUAL DE EJECUCIÓN PENITENCIARIA, “Defenderse De La Cárcel”, 4ta. Edición, Autor: Julián Carlos Ríos Martín Abogado Doctor en derecho penal. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Pontifica Comillas en Madrid.

- PUBLICACIONES DEL INSTITUTO UNIVERSITARIO DE LA CRIMINOLOGÍA DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID “Psicología Y Tratamiento Penitenciario: Una Aproximación”. Editorial Edersa, Autor: Vicente Garrido Genoves.
- MANUAL SOBRE LA EJECUCIÓN DE LA PENA, “Reglamentos De Derechos Y Deberes De Los Privados Y Las Privadas De Libertad”. Editorial IJSA Investigaciones Jurídicas, S.A., Autor: Carlos E. Montenegro S.
- CÓDIGO PROCESAL PENAL “Ley 1286/98”. Editorial El Foro S.A.
- CÓDIGO PENAL DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY “LEY Nº 1160/97” EDICIÓN 1998, EDITORIAL LATÍN DATA, AUTOR JOSÉ M. PLANO DE EGEEA.
- “Aplicación Del Pacto De San José De Costa Rica Por Órganos Jurisdiccionales De La Republica Del Paraguay” Editado en oportunidad de la sesión de la Corte Interamericana De Derecho Humanos En Asunción – Paraguay. Palacio de Justicia 9 -12 de mayo de 2005.-
- DERECHO PENAL PARTE GENERAL “Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible”, Editorial Astrea, Autor Reinhart maurach heinz zipf.-
- MEDICINA LEGAL, Editora Lito color, Autor Dionisio M. González Torres, Asunción Paraguay.
- INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL PENAL, Editora Grafica D.C., Autor Pablo Bareiro Portillo. Asunción Paraguay - 2004.
- LECCIONES DE DERECHO PENAL, Autor Teodosio González, Editora Cerro Corá, Asunción Paraguay.
- w.w.jhpsicologia.com; esmas.com.

RODRIGO A. ESCOBAR

IMPLICANCIA DE LA AUSENCIA DE LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE DESACATO EN EL CÓDIGO PENAL PARAGUAYO

La ausencia de la tipificación del delito denominado “Desacato” en el Código Penal vigente, es un hecho considerado de extrema gravedad por parte de la “Comunidad jurídica paraguaya”, lo que nos genera automáticamente una serie de cuestionamientos de orden jurídico, otros de orden práctico y finalmente uno sociológico: Entre los primeros, radica la cuestión jurídica de tipificar el hecho denominado “Desacato” en el Cuerpo Legal en vigencia, o al contrario, ya considerarlo

inserto en el hecho punible de “Resistencia” actualmente tipificado; En los segundos, si este “vacío legal” esta originando, por parte de los “sujetos pasivos u obligados”, un incumplimiento de las ordenes o mandatos judiciales; y al final, como hecho sociológico, si es un tema trascendente ¿Cómo es posible que la Comunidad Jurídica Paraguaya, no haya propiciado una seria discusión al respecto, con inclusión de Agentes Fiscales, Abogados y Magistrados?

Debemos deducir, al respecto a las dos primeras cuestiones expuestas precedentemente, que no fueron objeto de debates por parte de los Operadores de Justicia, porque en su mayoría no han sentido los efectos del incumplimiento de un “mandato judicial” de su interés, que no origine en su inobservancia sanción; y al respecto a la última cuestión planteada, entiendo que es culpa de todos quienes nos consideramos Profesionales del Derecho, al demostrar la falta de interés en el desarrollo del derecho paraguayo, en su estudio, discusión y en la búsqueda de dilucidar los problemas jurídicos, en ambientes de discusión y análisis, con integración de Abogados litigantes, Magistrados y Docentes, hecho que debe ser remediado urgentemente con la intervención de los gremios y asociaciones en la búsqueda de un trabajo conjunto y efectivo.

El presente tema siempre ha suscitado mi interés, por lo que he consultado a colegas Abogados, Magistrados y Docentes, sin obtener una respuesta que me permita comprender a cabalidad la implicancia de la ausencia de tipificación de una figura tan importante, y es ahora, cuando he tenido la oportunidad de leer un ejemplar de la excelente investigación sobre el “Desacato” originada en la **Tesis Doctoral** del Doctor **Juan Ángel Dellavedova Enrique**⁴¹, así como también un ejemplar de libro **“Contribuciones al Orden Jurídico-Penal Paraguayo”**⁴², que unidos a mi pequeña biblioteca me permiten esbozar esta pequeña monografía.

En primer término, traigamos a colación el **Artículo 160 del Código Penal Paraguayo**⁴³ ya derogado, cuando tipificaba como delito el **“Desacato”** al establecer: *“Cometen desacato y sufrirán de uno a tres meses de penitenciaría: 1º Los que provocan, desafían o injurian a un funcionario público en su presencia, hallándose éste en ejercicio de sus funciones o con motivo de éstas. 2º Los que en las sesiones de las Cámaras, en las audiencias de los tribunales o en otras reparticiones públicas, penetran ostensiblemente armados o introducen el desorden con gritos, amenazas u otras manifestaciones hostiles u ofensivas al decoro de los representantes, magistrados o funcionarios; 3º Los que desobedecen abiertamente los mandatos de la autoridad, siempre que éstos no sean clara e incontestablemente arbitrarios e ilegales”*.

Al comentar el Artículo antes referido, el célebre codificador nacional Profesor Doctor Teodosio González⁴⁴, expone: *“Nuestro Código, al igual que el “Atentado contra la autoridad”, no define lo que es “Desacato”, solo enuncia los hechos que constituyen este delito y cuyos autores serán pasibles de las penas fijadas a esta infracción. Pero, del concepto general que anteriormente hemos dado de los delitos que forman el capítulo que estudiamos, se desprende, que la diferencia entre el “atentado” y el “desacato”, está en que el primero se constituye por un acto violento de intimidación o fuerza y el segundo por un acto de irrespetuosidad o desobediencia. Los hechos enunciados en el inciso 1 y 2 del artículo que estudiamos, son actos de irrespetuosidad; el inc. 3 se refiere a la desobediencia”*.

Sigue exponiendo el Doctor

⁴¹ “EL DESACATO: Necesidad de su tipificación en el Código Penal Paraguayo. Una propuesta Jurídica”. Tesis Doctoral del Doctor en Derecho Juan Ángel Dellavedova Enrique, noviembre 2007.

⁴² “CONTRIBUCIONES AL ORDEN JURÍDICO-PENAL PARAGUAYO”. Dr. Wolfgang Schoene, Edit. Intercontinental. Asunción, Año 2000.

⁴³ Código Penal Paraguayo de 1914.

⁴⁴ LECCIONES DE DERECHO PENAL DE Teodosio González, Edit. SHICA, Asunción 1982.

Teodosio González: *“Los actos de irrespetuosidad a que se refiere el inc. 1º, deben ser llevados contra el funcionario público, en el acto de ejercer sus funciones. Fuera del servicio, en horas de ocio o reposo, cuando se ocupa de negocios propios en su casa, en el campo o en la calle, no puede decirse que está en el ejercicio de sus funciones, aún cuando no deje de ser agente o funcionario, depositario o titular delegado de la autoridad pública. Sin embargo, la falta de respeto contra un agente o funcionario revestido de autoridad pública, cometido en otra parte que en su despacho o fuera de las horas de servicio, será “desacato”, siempre que el delito se cometa por consecuencia del ejercicio de esas funciones. Así por ejemplo, si un Juez dicta una sentencia condenatoria contra un sujeto y éste, cumplida la condena, tiempo después, lo encuentra en la calle y le injuria o desafía, será siempre desacato. Pero no será desacato si, en un club, por un incidente, que nada tiene que ver con las funciones del Juzgado, dicho Juez es injuriado o desafiado por un coasociado. El inc. 3º se refiere a los actos de abierta desobediencia. La desobediencia consiste en no hacer el reo lo que se le manda, estando en libertad para realizarlo. La palabra abiertamente quiere significar que, la desobediencia debe ser rotunda, categórica, que puede llegar hasta la resistencia. “La resistencia puede ser pasiva y activa”. Es pasiva, cuando el que resiste, se circunscribe a hacer nada, no oponiendo a la fuerza que contra él se emplea, más obstáculo que la inerte resistencia de materia. Es activa cuando, además, practica actos de fuerza para impedir que se realice lo ordenado. Así, si se dispone que un vago detenido y éste se echa en tierra y hay necesidad de levantarlo en peso o arrastrarlo para conducirlo a la cárcel, hace resistencia pasiva. Si además lucha o brega para que no le lleven, asíndose a las personas o a los objetos para impedir la ejecución de la operación, la resistencia es activa. La última parte del inc. 3º habla de los mandatos de la autoridad. Conviene observar respecto a esta frase, que, aún cuando las órdenes de autoridad competente deben ser generalmente dadas por escrito, para ser respetadas, hay ciertas órdenes verbales que no pueden ni deben ser desobedecidas, como en los casos de delito in fraganti, u otros de urgencia justificada”.*

Agrega el mismo autor: *“Este mismo inciso dice, que esos mandatos, no deben ser clara e incontestablemente arbitrarios o ilegales; vale decir, que no será objeto de castigo, la desobediencia abierta de mandatos, que sean evidentemente violatorios de la ley. Esta frase viene a resolver una cuestión antigua y grave, sobre la situación jurídica de los ciudadanos, en frente a una orden de autoridad manifiestamente ilegal e improcedente.”*

Concluye el célebre jurista exponiendo que: *“Vale decir que la solución consagrada por nuestro Código es que, un ciudadano puede desobedecer una orden, sea escrita o verbal, emanada de autoridad competente, siempre que ella sea clara e incontestablemente arbitraria o ilegal”.*

El artículo que tipifica el “Desacato” en el Código Penal ya derogado, así como el comentario del artículo respectivo por parte de su codificador, exponen claramente el ámbito y conductas donde operaba este hecho punible: *La agresión e injuria al agente del estado, a las oficinas y poderes públicos, y la inobservancia a los mandatos de las autoridades.* Al respecto, los codificadores del Código Penal Paraguayo vigente, aún cuando incluyen el término “desacato” expresamente en su “Exposición de motivos”, sostienen que las conductas anteriormente expuestas, se encuentran comprendidas en el delito de “Resistencia”, por lo que pasamos a su estudio.

El **Artículo 296, del nuevo Código Penal**, tipifica el delito de **Resistencia**, exponiendo: *“1º El que, mediante fuerza o amenaza de fuerza, resistiera o agrediera físicamente a un funcionario u otra persona encargada oficialmente de ejecutar leyes, decretos, sentencias, disposiciones judiciales o resoluciones, y estuviere actuando en el ejercicio de sus funciones, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. 2º Cuando el autor u otro participante realizara el hecho portando armas u ocasionara a la víctima lesiones graves o la pusiera en peligro de muerte, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta cinco años”.*

De la lectura y análisis del artículo antes transcrito, se deduce que el Código Penal vigente para la República del Paraguay no tipifica como “hecho punible” la provocación, injuria o desafío al funcionario en “ejercicio de sus funciones”, así mismo, deja entendido - *al no existir en materia penal otra fuente que la Ley*⁴⁵ - que la desobediencia a los mandamientos de la autoridad judicial, no se encuentra penada, si esta se efectúa por parte del “sujeto obligado” sin el uso de “fuerza”, “amenaza de fuerza” o “agresión al agente encargado de cumplirla”.

Es aquí donde considero importante, a los fines del presente trabajo, transcribir parcialmente las opiniones del **Profesor Doctor Juan Carlos Mendonça**, que fueran publicadas por medios periodísticos, y la contestación a la misma, elaborada por **Doctor Wolfgang Schöne**, principal colaborador en la codificación del Cuerpo Penal de Fondo vigente.

El **Profesor Doctor Juan Carlos Mendonça** en su artículo “El nuevo Código Penal y el Desacato” - citado en el trabajo del Doctor Ángel Dellavedova ya señalado - expuso, al respecto de la fatal de tipificación del Desacato: “...a pesar de ser una cuestión penal, hunde raíces profundísimas en el derecho constitucional, en la estructura y la función del Estado de Derecho y en el derecho procesal. El desacato ya no figura en el Código Penal. ... Cualquiera sea el mandato de autoridad que se viole, así se trate de autoridad judicial, emanado de la Corte Suprema de Justicia, no se comete delito...”

Sigue exponiendo el Doctor Mendonça: “... De manera que al particular le está prohibida la autodefensa o autotutela de su derecho. Para protegerla, debe recurrir a la autoridad y, primordialmente, a la autoridad judicial. Pero... ¿Qué pasa si la autoridad decide proteger ese derecho lesionado y la persona a quien ordena que respete ese derecho decide, a su vez, no cumplir el mandato de la autoridad? Antes, el que desacataba cometía delito y era castigado. ... La autoridad no puede castigar el incumplimiento de su mandato, porque el incumplimiento de su mandato no configura delito; no hay infracción penal, no hay entuerto jurídico...”.

Así mismo, nos refiere el Doctor Mendonça: “...Desde un punto de vista más hondamente jurídico, la cuestión es sumamente grave, por varias, razones. Hay otro principio en nuestro derecho constitucional, que se consagra como la “obligación de colaborar con la justicia”... Esta norma constitucionaliza la facultad de “imperium” que integra la jurisdicción, y que antes sólo se encontraba consagrada en la ley ordinaria (Cód. Org. Judic., Art. 10). Lo que fue una conquista en nuestro derecho, se ha convertido, por obra del nuevo Código Penal, en una mera declaración... En efecto, **¿De qué sirve la norma en cuestión si su desobediencia no conlleva castigo alguno?** Pues, la respuesta es simple: de nada. **La obligación de que se habla (en las normas vigentes) no lo es jurídicamente y, finalmente, tiene valor puramente lírico.** El Código de Organización Judicial, en su Art. 5º, da los elementos que componen la jurisdicción, en los siguientes términos: “La jurisdicción consiste en la potestad de conocer y decidir en juicio y de hacer ejecutar lo juzgado”. Así, pues, como ocurre desde el Derecho romano, la jurisdicción, para ser tal, necesita las tres facultades que enumera el artículo: **notio, iudicio e imperium**; conocer las cuestiones litigiosas -en forma monopólica-; decidir esas cuestiones, emitiendo sentencia, y hacer cumplir lo decidido. La dos primeras facultades de nada sirven sin la última; es más, sin la última, los jueces del Estado se convierten en meros árbitros privados, sin poder de coacción. Y de esto (imperium), nada menos, es de lo que el nuevo Código priva a los Jueces al hacer desaparecer el “desacato”: priva del imperium, de la coacción, del poder de sancionar la desobediencia. Todo el derecho ha quedado en nuestro país,

⁴⁵ Artículo 1 Código Penal Paraguayo.- Principio de legalidad: “Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción”.

por obra y gracia del señor Schöne, convertido en un gran aparato declarativo. Ni la policía, ni las Fuerzas Armadas, ni las autoridades administrativas, ni los particulares, ni siquiera los Jueces Inferiores respecto de los Jueces Superiores, podrán ser compelidos mediante sanciones al cumplimiento de los mandatos judiciales. Si bien se piensa, el nuevo Código Penal ha matado el derecho penal porque lo ha convertido en un derecho que depende de la buena voluntad de los destinatarios de la Ley y de las órdenes de los Jueces”.

Concluye el Doctor Mendonça al sostener: “Pero, al fin de cuentas, no sólo el derecho penal, sino **“todo el derecho, que pasa a depender de esa buena voluntad y pierde nada menos que su carácter coactivo”**. Sencillamente deja de ser coercible, rasgo esencial y definitorio de todo sistema jurídico”.

Entiendo que en el mismo sentido se pronuncia el **Doctor Emilio Camacho**⁴⁶ al presentar el **“Proyecto de Ley, que sanciona el hecho punible de desacato”** y que considera los inconvenientes prácticos y jurídicos originados en la tipificación del hecho punible de **Resistencia** (Art. 296), cuando expone: “Muchos fallos judiciales constituyen una mera expresión de deseos del Juzgador pues, al no contarse con un medio para compeler al obligado a cumplir la norma jurídica particularizada (sentencia) a lo que se debe sumar la inexistencia de **SANCIÓN EFECTIVA** ante la trasgresión del mandato judicial, el ciudadano que busca justicia se queda con las manos vacías y el Juzgador sin una posibilidad efectiva de condenar al trasgresor, este último, por su parte al no contar su conducta con ninguna consecuencia jurídica, puede optar impunemente por **INCUMPLIR LA ORDEN JUDICIAL**, con graves consecuencias a todo el sistema jurídico paraguayo”.

Al respecto de la posición antes referida, el **Doctor Wolfgang Schöne**, considerado uno de los principales “responsables” en la redacción del Código Penal Paraguayo vigente, ensaya una suerte de “respuesta” al artículo antes transcrito, en su obra **“Contribuciones Al Orden Jurídico Penal Paraguayo”**, bajo el sugestivo título de **“El sombrero del Soberano y el problema del desacato en el nuevo Código Penal”**, exponiendo entre otras cosas: “Resistencia a la actuación del funcionario: Ocupémonos del primer caso: el Art. 160, inc. 1°, del antiguo Código protegía el ejercicio de las funciones estatales, tipificando la conducta exclusivamente como provocación, desafío o injuria a un funcionario público presente, vale decir, como agresión verbal. Pena: de uno a tres meses de penitenciaría. En caso de un concurso con una injuria, según el antiguo artículo 372 Código Penal, obligatoria, y adicionalmente, una multa. En el nuevo Código Penal la obstrucción a la actuación del funcionario se halla prevista en el Art. 296 (resistencia). Pena: de seis meses a dos años de pena privativa de libertad. En caso de concurso con el Art. 152 (injuria), pueden aplicarse penas adicionales (Art. 154 CP). **Convengo en que la palabra desacato, como tal, ya no se encuentra. Ahora bien, el lector dirá si el contenido material de la antigua figura del desacato se ha evaporado o no del nuevo Código Penal”**.

Prosigue el Dr. Schöne al analizar el segundo punto: “Protección de las sesiones de los órganos del Estado. Ocupémonos ahora de la segunda disposición derogada: el artículo 160 inciso 2° del Código anterior, que protege las sesiones públicas de los órganos de los tres Poderes del Estado frente al acceso indebido en forma armada o al disturbio violador del “decoro”. ...“¿Dónde trata esta conducta el nuevo Código Penal? Su Art. 141 (violación de domicilio) prevé, en su inc. 1°, un marco penal de seis meses a dos años de pena privativa de libertad. Una de sus hipótesis, introducidas específicamente para atender al caso, es el acceso a un “despacho oficial u ámbito cerrado sin el consentimiento del que tiene derecho de admisión”. La figura penal es suficientemente abarcante como para que quepa dentro de ella la conducta que el doctor Mendonça quiere sancionar...”.

⁴⁶ **Doctor Emilio Camacho**, Abogado, Constitucionalista, Político, Senador Nacional periodo 2003- 2008.

Al abarcar el tercer punto, el codificador expone: *“La majestad de la autoridad. Y ahora detengámonos en la tercera disposición derogada: la del artículo 160 inciso 3° del Código anterior. Se trata de la desobediencia abierta a los mandatos de la autoridad, siempre que éstos no sean clara e incontestablemente arbitrarios e ilegales... Tal cual aparece, esta figura penal roza los principios de presunción de inocencia y de legalidad material. ¿Cuál es el bien protegido? ¿La autoridad como autoridad, como en los crímenes “lesae majestatis” de las antiguas monarquías? ¿Quién es la autoridad? ¿El Presidente de la República? ¿El agente de tránsito? Al hablar de “mandatos” ¿dónde quedan las “prohibiciones”? ¿Cuál es la diferencia entre desobediencia abierta punible y la desobediencia clandestina no punible, infinitamente más peligrosa? En cuanto a la ilegitimidad del mandato ¿es aceptable la inversión de la carga de la prueba, que peligra la libertad del ciudadano? Ahora, veamos la pena para esta conducta, tal como la establece el antiguo Código Penal: sólo una multa. Y, en caso de determinados desacatos (los cometidos en juicio por los litigantes y sus abogados o procuradores), el Art. 161 del antiguo CP se remite directamente al Derecho Procesal...”*

Abunda el Dr. Schöne en el tema al exponer: *“Ahora bien, dejando de lado la omisión de informar sobre la punibilidad de los desacatos graves como la resistencia (art. 296 CP) y los hechos punibles contra los órganos constitucionales, el doctor Mendonça tiene razón en algo: **El nuevo Código Penal no penaliza la mera desobediencia, el mero incumplimiento de un “mandato de la autoridad”.***

Por último, concluye el **Dr. Wolfgang Schöne** al sostener: **“Sinceramente, creo que han desaparecido los tiempos en que se podía obligar a saludar el sombrero del soberano. Y no creo que hacer desaparecer unas penas minúsculas para tal conducta signifique dinamitar los cimientos del sistema jurídico paraguayo, tan caro a los sentimientos del doctor Mendonça. Esa sacralización de la obediencia a la autoridad, por el mero hecho de serlo, tiene un aire inconfundible de ideología autoritaria que no parece ser coherente con la de un abogado que, como tal, debe ser un tenaz defensor de los Derechos Humanos”.**

Entonces, contamos conforme lo expuesto precedentemente, con las posturas asumidas al respecto, una apoyando la teoría de la necesidad imperiosa de tipificar el “Desacato”, y la última, que entiende que las conductas relativas a este delito ya se encuentran tipificadas en otros hechos punibles, nos dan suficientes datos como para proceder a esbozar unas consideraciones al respecto.

Iniciamos el estudio del Delito del Desacato, conforme el Código Penal derogado, dentro de sus tres variantes;

La provocación, desafío o injuria a un funcionario público estando en sus funciones o con motivo de estas:

Es primordial destacar que en el delito de **“Desacato”** cualquier individuo se puede constituir en el “sujeto activo”, pero únicamente un funcionario puede constituirse en el “sujeto pasivo”, por cuanto representa en sus funciones al Poder Estatal. Estos empleados estatales, independiente a su cargo o gradación, en el ejercicio de sus funciones – conforme a las Leyes y la Constitución Nacional – encarnan la autoridad del Estado a quien representan, por lo que este último le debe brindar protección y tutela tanto física como a su dignidad y honor de persona física, en el desempeño de estas obligaciones ante una sociedad muchas veces reacia e incluso hostil a cumplir las Leyes.

Sostener que los “funcionarios públicos”, expuestos a la confrontación diaria de hacer cumplir los mandatos de la Ley, al ejercer sus funciones, deban únicamente contar con la protección que otorga la Ley a los particulares ante las injurias, calumnias y otros, establecidas en el Artículo 150

al 152 del Código Penal Paraguayo⁴⁷, implica un desconocimiento supino de lo que implica ser un funcionario estatal, obligado a compeler a cientos de ciudadanos a adecuar su conducta a mandatos, lo que genera de estos últimos agresiones, injurias y desafíos, en cantidad superior a cualquier otra actividad privada. Entonces, esperar que cada funcionario que sea vulnerado en su honor y su persona, en ejercicio de un mandato, deba recurrir a contratar Abogados para iniciar las respectivas querellas - por ser estos delitos de orden privado - supone que el Estado desconozca su obligación de garantizar a sus Empleados una protección mínima ante la masa popular.

El funcionario estatal posee necesariamente un doble carácter, como ciudadano contando con similar protección que el resto de la población, de la cual no se diferencia, y como ejecutor del un “Poder del Estado”, en vista a sus funciones, que se materializa en el “mandato” que emite o que hacen cumplir funcionarios tales como: Oficial de Policía, Magistrado, Agente Fiscal, Notificador, Actuario Judicial, etc..., que como ya referimos, se ven expuestos a un constante grado de agresividad y violencia de elementos contrario al orden público y al Estado de Derecho, pero no motivados en razones personales contra estas personas, sino contra las funciones que ejercen y el Poder Estatal que representan.

Consecuentemente, es el Estado el que debe precautelar a la integridad física y personal de funcionario, como ser humano y ciudadano en primer término, y en segundo, como ejecutor de los mandatos del mismo Estado, que ejercer la Soberanía del Pueblo, lo que nos obliga a concluir que la agresión contra estos Empleados en ejercicio de sus funciones, implica un ataque al mismo Poder Estatal representado, hecho que no puede ser tolerado si sostenemos encontrarnos en un Estado de Derecho.

Ingreso violento a recintos públicos, Tribunales, Parlamento o reparticiones publicas

Estos hechos dejaron de ser tipificados como “Desacato”, y como sostiene el codificador el Dr. Shoene, el ingreso violento a una oficina pública se encuentra comprendido dentro del Artículo 141 del Código Penal Paraguayo. Al respecto, es preciso resaltar que no es lo mismo el ingreso ilegal a un domicilio privado, a la oficina del registro civil de la zona, que la intromisión a una sección de la “Cámara de Diputados o Senadores”, a una reunión del “Consejo de Ministros”, a un “Juicio Oral y Público”, o a la “Plenaria de los Ministros de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia”, por lo que se deduce que estos últimos hechos punibles deben ser considerados de manera especial, sin embargo, considerando la brevedad del presente ensayo, prefiero obviar este

⁴⁷ **Artículo 150.- Calumnia** “1° El que en contra de la verdad y a sabiendas afirmara o divulgara a un tercero o ante éste un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor, será castigado con multa. 2° Cuando el hecho se realizara ante una multitud, mediante la difusión de publicaciones conforme al artículo 14, inciso 3°, o repetidamente durante un tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada a pena privativa de libertad de hasta dos años o multa. 3° En vez de la pena señalada, o conjuntamente con ella, se aplicará lo dispuesto en el artículo 59”.

Artículo 151.- Difamación “1° El que afirmara o divulgara, a un tercero o ante éste, un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor, será castigado con ciento ochenta días-multa. 2° Cuando se realizara el hecho ante una multitud o mediante difusión de publicaciones conforme al artículo 14, inciso 3°, o repetidamente durante un tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada a pena privativa de libertad de hasta un año o multa. 3° La afirmación o divulgación no será penada cuando sea dirigida confidencialmente a una persona allegada o cuando, por su forma y contenido, no exceda los límites de una crítica aceptable. 4° La afirmación o divulgación no será penada cuando, sopesando los intereses y el deber de averiguación que incumba al autor de acuerdo con las circunstancias, se tratara de un medio proporcional para la defensa de intereses públicos o privados. 5° La prueba de la verdad de la afirmación o divulgación será admitida sólo cuando de ella dependa la aplicación de los incisos 3° y 4°. 6° En vez de la pena señalada, o conjuntamente con ella, se aplicará lo dispuesto en el artículo 59”.

Artículo 152.- Injuria “1° El que: 1. atribuya a otro un hecho capaz de lesionar su honor; o 2. expresara a otro un juicio de valor negativo o a un tercero respecto de aquél, será castigado con pena de hasta noventa días de multa. 2° Cuando la injuria se realizara ante un tercero o repetidamente durante tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada hasta ciento ochenta días-multa. 3° En estos casos, se aplicará lo dispuesto en el artículo 151, incisos 3° al 5°. 4° En vez de la pena señalada o conjuntamente con ella, se aplicará lo dispuesto en el artículo 59”.

punto más o menos tipificado y pasar al más importante.

Desobediencia al Mandato Judicial

La misión constitucional que compete al Poder Judicial para entender y dirimir los procesos litigiosos⁴⁸, comprende necesariamente la de “hacer cumplir la resoluciones emanadas de estos procesos”, pues surge necesariamente la pregunta de ¿Qué imperium posee un Estado que puede dirimir una cuestión jurídica y es incapaz de coaccionar el cumplimiento de su resolución? Actualmente existe una incapacidad de derecho relativa de hacer cumplir las órdenes judiciales, al no establecer una pena a su incumplimiento, ya sean referentes al fallo de la cuestión, o a las resoluciones intermedias dirigidas a ese fin, hecho que convierte al Magistrado en un árbitro del problema en cuestión, al que las partes interesadas pueden o no hacerle caso, sin que exista sanción que pene esta última conducta.

Discrepo respetuosamente con el Doctor Schoene cuando habla de los “resabios del autoritarismo”, al pretender que el acatamiento a los “mandatos” de la autoridad rememoran el “saludo al sombrero del soberano”, pues entiendo que en esta etapa del desarrollo del Derecho y las Instituciones Republicanas⁴⁹, los hechos de violencia e inobservancia contra los “mandatos de la autoridad”, mutaron de “sujeto pasivo”, de ser en el pasado *ofensas a la Majestad de un Individuo (Rey, Emperador, Monarca, Príncipe, etc...lesa majestad)* a ser **ofensas contra el Estado**⁵⁰ que en nuestra conforme nuestra Carta Magna encuentra su legitimidad en la Soberanía Popular⁵¹. La autoridad revestida por el Funcionario que emite el Mandato, surge necesariamente del “Poder” del Estado que la recibe del Pueblo Paraguayo, que ejerce su soberanía este medio, por tanto, el mandato no emana de la capacidad de la persona o individuo de emitirlos con imperium, sino de la “función” o cargo con que se cuenta revestido este empleado estatal y que conforme las leyes lo habilita a dictarlos o hacerlos cumplir. **Por tanto, el cumplimiento de los mandatos de la autoridad judicial, implica el sometimiento del ciudadano o individuo al poder soberano y a la Ley, y no a la persona del Juez, contrario sensu, su desconocimiento atenta contra el mismo poder y la Ley, convirtiendo a la división tripartita del Estado y el imperium en meras ficciones, sin que exista ninguna sanción a este incumplimiento por no encontrarse tipificado.**

Por último debemos asumir que en el mismo orden de ideas, la “Obligación de la colaboración con la Justicia”, de raigambre Constitucional⁵², tampoco adquiere obligatoriedad, pues su incumplimiento depende de la voluntad del individuo y tampoco trae aparejada ninguna punición.

Prosiguiendo el desarrollo de este trabajo, y una vez abordado el hecho punible denominado

⁴⁸ **Artículo 247 – Constitución Nacional de 1992 - De la función y de la composición:** “El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir. La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la ley”.

⁴⁹ **Artículo 1.- Constitución Nacional de 1992 - De la forma del Estado y de Gobierno:** “La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado en la forma que establecen esta Constitución y las leyes. **La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana**”.

⁵⁰ **Artículo 3.- Constitución Nacional de 1992 - Del Poder Público:** “El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control”.

⁵¹ **Artículo 2.- Constitución Nacional de 1992 - De la soberanía:** “En la República del Paraguay la soberanía reside en el pueblo, que la ejerce conforme con lo dispuesto en esta Constitución”.

⁵² **Artículo 257 - Constitución Nacional de 1992 - De la obligación de colaborar con la justicia:** “Los órganos del Estado se subordinan a los dictados de la ley, y las personas que ejercen funciones al servicio del mismo estarán obligadas a prestar a la administración de justicia toda la cooperación que ella requiera para el cumplimiento de sus mandatos”.

“Desacato”, procedamos al análisis del delito de la “Resistencia”, buscando si los “hechos o conductas delictivas” antes referidas, se encuentran efectivamente contemplados en esta última tipificación, como nos refieren los codificadores del Código en vigencia.

En el delito de “Resistencia” contemplado en el **Artículo 296 del Código Penal Paraguayo vigente**⁵³, se establece la sanción para la conducta que con **uso de “fuerza”, “amenaza de fuerza” o “agresión al agente encargado de cumplirla” pretenda evitar el cumplimiento de la función encargada al funcionario estatal**, hecho, que conforme nos expone los defensores de esta teoría, pretende parangonarse a la falta de acatamiento de un “mandato de la autoridad”.

En el delito de la “Resistencia”, la acción típica se encuentra en la utilización de la “intimidación o fuerza” contra un funcionario estatal por parte del sujeto activo, con el efecto de imponer su voluntad contra el mismo, evitando el cumplimiento del “mandato conferido por la autoridad competente”, es decir, opera contra el “cumplimiento del mandato” encomendado a un empleado estatal o ejercido por el mismo conforme sus atribuciones. El concepto de “fuerza” expuesto en el hecho punible de referencia, requiere el uso de energía física en forma positiva o negativa, y que sea ejecutada en forma contraria a la conveniente conclusión del mandato del funcionario que debe cumplirla. Es posible que lo último expuesto, sea lo que permite la confusión en que incurrir quienes unifican a estos dos delitos, pues **el “Desacato” implica la desobediencia al mandato, activa o pasiva, mientras que la “Resistencia” implica evitar que el funcionario cumpla el mandato que le fuera conferido o que el mismo haya dictado.**

Otra razón que puede originar el equívoco de confundir ambos hechos punibles, se debe a que, tanto el **“Desacato”**, contemplado en el Código Penal anterior como la **“Resistencia”** del Código Penal vigente, aparentan proteger el mismo BIEN JURÍDICO, habida cuenta que ambos velan por **“El normal y eficaz funcionamiento de las instituciones de la administración pública”**, que se puede considerar la base del Estado de Derecho en la actualidad, sin embargo, ambos delitos se diferencian en vista a su finalidad, pues al tipificar el **“Desacato”** el legislador pretender garantizar el fiel cumplimiento de los mandatos de la Ley por parte del sujeto pasivo de la orden, mientras que al tipificar la **“Resistencia”** se pretender garantizar la fiel ejecución del mandato conferido a un funcionario. Las distintas hipótesis al respecto de los bienes jurídicos tutelados, se encuentran claramente expuestas en el trabajo del Dr. Dellavedova, y en vista a su extensión, no pueden ser abordados en este trabajo.

No puede escapar a nuestra atención, que el delito de **“Desacato”** también protege otro bien jurídico, que es la **“dignidad y honor del funcionario en el ejercicio de la autoridad del Estado”**, por cuanto, como ya desarrollamos precedentemente, el mismo ejerce sus funciones no en nombre propio, sino en nombre del Estado originado en el contrato social y la delegación del PODER de un Pueblo Soberano que así lo determino por su Carta Magna. Es imperioso proteger las funciones y la persona misma del empleado público, para asegurar su digna y eficiente ejecución, otorgándole una mayor y mejor protección penal, entendiendo que la misión de hacer cumplir los mandatos, a veces, se contraponen a intereses individuales, sectarios o grupales, que reaccionan contra su persona antes que contra la norma positiva que lo constriñe a actuar. Al respecto de determinar el dolo en esta cuestión, el autor precitado expone *“La determinación del dolo debe hacerse con suma prudencia, a fin de no atribuir carácter delictivo a expresiones que no son más que el resultado del ejercicio del derecho de crítica a la administración pública,*

⁵³ **Artículo 296.- Resistencia:** “1° El que, mediante fuerza o amenaza de fuerza, resistiera o agrediera físicamente a un funcionario u otra persona encargada oficialmente de ejecutar leyes, decretos, sentencias, disposiciones judiciales o resoluciones, y estuviere actuando en el ejercicio de sus funciones, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. 2° Cuando el autor u otro participante realizara el hecho portando armas u ocasionara a la víctima lesiones graves o la pusiera en peligro de muerte, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta cinco años”.

imprescindible en las repúblicas democráticamente organizadas". **La dignidad inherente al funcionario va unida a la dignidad de la misma función que desempeña**

La Constitución Nacional de la República del Paraguay garantiza el derecho a la crítica de la Ley⁵⁴, sin embargo, establece la obligatoriedad de su acatamiento prohibiendo predicar su incumplimiento, en el mismo orden de ideas, los "mandatos" emitidos por la autoridad competente encuentran su génesis en la potestad que la Ley les confiere a tal efecto, por lo que deben necesariamente ser cumplidos, y su eventual incumplimiento por considerarlos "manifiestamente ilegales" deberá ser objeto de estudio por parte del Juzgador que entienda el juicio por "Desacato" surgido del incumplimiento. Así mismo, el mandato puede ser verbal o escrito, y en este último supuesto, al ser emitida por un Juez, su incumplimiento deberá ser considerado un agravante a la conducta delictual.

EL PROBLEMA ORIGINADO EN LA AUSENCIA DEL HECHO PUNIBLE DE DESACATO, PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Reseñemos brevemente los problemas que acarrea a distintas Jurisdicciones, la fatal de tipificación del "Desacato" y su consecuencia procesal, utilizando los ejemplos más comunes, aclarando que los mismos no son excluyentes de una gran variedad de inconvenientes originados en el mismo "vacío legal".

En la Jurisdicción de la Niñez y Adolescencia, los procesos como ser "Régimen de Convivencia" o "Régimen de relacionamiento". Buscando otorgar estabilidad al menor, muchas veces precisan de que el Juez dicte "medidas cautelares" para establecer las reglas de residencia del menor o adolescente y horarios de relacionamientos o "visitas" del *padre no conviviente*, mientras dure el litigio. La experiencia indica que las Partes -normalmente progenitores del niño- con gran asiduidad no cumplen las medidas establecidas por el Juez, como ser el traslado del niño a residir a otro domicilio no establecido (abuelos, tíos, etc...), o se niegan o dificultan la entrega del niño al *padre no conviviente* los días establecidos para su retiro, o habiendo retirado en el horario establecido no lo retornan a la hora o el día establecido a tal efecto.

Ante la problemática antes referida, la pregunta es ¿Cual debe ser la actitud del Juez de la Niñez y Adolescencia? ¿Ordenar el traslado del niño al domicilio del otro progenitor, sancionando al padre quien incumplió la orden judicial?, o quizás, ¿Prohibir o recortar el horario de visita del padre no conviviente por incumplir las reglas?, también podría ser ¿No permitir el retiro del niño del hogar por un plazo determinado, para sancionar al padre incumplido?

Todas estas respuestas anteriormente esbozadas violan los principios más elementales del "Derecho del niño y adolescente", entendiendo que el Juzgador está obligado a velar por el bienestar de los menores y no utilizarlos como elementos de punición al incumplimiento de sus mandatos, además, al aplicar estos "castigos" a los progenitores, en realidad estamos atentando contra el derecho del niño de convivir y relacionarse con ambos progenitores. Así mismo, cuando es evidente que el menor solo puede convivir con uno de los padres, fundados en razones de salud física o mental, este progenitor podría entender que no precisa cumplir con los mandatos judiciales referentes a visita o relacionamiento con el padre no conviviente, pues el Magistrado no cambiaría el domicilio del niño entregándole al otro padre, por razones antes referidas, y menos aún lo internaría en una Institución del Estado por obvias razones, entonces... ¿Cuál es la sanción por este incumplimiento?

⁵⁴ **Artículo 127 – Constitución Nacional de 1992. Del cumplimiento de la ley:** "Toda persona está obligada al cumplimiento de la ley. La crítica a las leyes es libre, pero no está permitido predicar su desobediencia".

En el mismo orden de ideas, procesos diseñados para ser “sumarísimos” como el de “Prestación de alimentos” precisan para su fallo el informe del “caudal del alimentante”, que es requerido vía oficio a Instituciones Públicas y Privadas, las que simplemente ignoran los plazos para evacuarlos, respondiéndolos cuando les quede mejor efectuarlo. Así también, el embargo de sueldos del alimentante debe esperar a que las Instituciones se dignen cumplir con el Mandato Judicial. Es claro, sin ninguna penalidad ¿Cual es el apuro en dar cumplimiento a un Mandato Judicial?

La Jurisdicción Civil encuentra también reparos al momento de hacer cumplir las “medidas cautelares”, como por ejemplo la de “no innovar en la “res litis”, o la “suspensión de obra – construcción-”, cuando el Juez de Primera Instancia comisiona al Actuario, Juez de Paz o a la Policía Nacional para hacerla cumplir, y basta que el “sujeto pasivo” no utilice la “fuerza” o “amenace en utilizarla” contra el empleado estatal, esperando que este se retire del inmueble, para ignorar el mandato y proseguir con la construcción o la obra prohibida por el Magistrado, sin que esto implique un hecho punible, al no estar tipificado por el Código Penal. Luego del proceso civil, se deberá volver a litigar al respecto de la procedencia o no de la obra nueva o modificación introducida, la retención de inmueble por cobro de mejoras, indemnización, etc...

En forma similar a la jurisdicción antes referida, en la Jurisdicción Civil los oficios dictados por el Magistrado para constituir las probanzas, requiriendo copias de documentos o informes sobre los hechos controvertidos, ya sean dirigidos a Instituciones del Estado o Privadas, nunca son evacuados dentro de los términos establecidos, requiriendo muchas veces se los reiteren bajo apercibimiento – cuyo incumplimiento no configurar hecho punible- y esperando que estos sean contestados, con mucha suerte para la parte peticionante, en forma posterior al cierre del periodo de pruebas, generando incidentes y acciones recursivas que atentan contra el sistema judicial.

No sé si el comportamiento más grave, pero si el mas “alevoso” en desmedro del Mandato Judicial, acontece dentro del mismo Poder Judicial, cuando la Dirección de los Registros Públicos, rechaza los Mandatos Judiciales e informa que se niega a cumplir las medidas ordenas por JUECES, utilizando la frese “Nota Negativa” como si tuviera atribución de negarse a estos mandatos, hecho que de por si merecería el procesamiento de la Directora de los Registros. Sin embargo, y aunque cueste volver a manifestarlo, cumplir o no cumplir un Mandato Judicial, no constituye un hecho punible sino una simple anécdota que comentan jocosamente los funcionarios del Registro Público.

Por último, es de conocimiento público que los Jueces, Fiscales, oficiales de justicia, los agente de la policía, los ujieres, los peritos tasadores evaluadores y los actuarios judiciales, en cumplimiento de un mandato legal, son objeto de numerosas injurias, mal tratos y amenazas por parte de los ciudadanos contrarios al Poder Público, y se encuentran carentes de la mínima protección, y ya expresaba el Dr. Teodosio González a principios del siglo, que la agresión que sufren los funcionarios, fuera del lugar de trabajo, pero motivada en sus funciones, constituye delito de Desacato – hoy no tipificado – lo que nos hace concluir que cada día el Estado protege con menos rigor a quienes se ciñen al cumplimiento de la Ley.

Buscando olvidar la obligación de saludar al “Sombrero del Soberano” pasamos al extremo de un permitir la existencia de Estado casi fallido, integrado por un Poder Judicial sin imperium, sin poder de coacción para hacer cumplir sus fallos, y una sociedad que solo acata las normas que considera conveniente a sus intereses, lo que nos obliga a concluir, que es preciso volver a otorgar el poder del imperium al Estado en el uso de los Poderes que el Pueblo Soberano entrego para su ejercicio, control y supervisión.

Lo expuesto precedentemente, nos lleva a las siguientes conclusiones, las conductas

determinadas por el delito de “Desacato” no han sido tipificadas en el nuevo Código Penal Paraguayo, ocasionando un “vacío legal” que atenta contra el Estado de Derecho, así mismo, las conductas tipificadas como RESISTENCIA no comprenden a las comprendidas por el delito de “DESACATO”, en consecuencia, es imperiosa la sanción de una norma complementaria que tipifique este último delito, como mínimo, dentro de las características expuestas en el presente trabajo.

*Dr. Rodrigo A.
Escobar⁵⁵*

JOSÉ MIGUEL FERNÁNDEZ ZACUR

⁵⁵ Doctor en Derecho, Máster en Planificación y Conducción Estratégica Nacional, Miembro el Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Penal, Laboral, y de la Niñez y Adolescencia, de la Décima Circunscripción Judicial de Paraguari, Docente Universitario.

EL COBRO INDEBIDO DE HONORARIOS. UN DELITO QUE APORTA POCO E INTRINCA MUCHO

1. INTRODUCCIÓN

El cobro indebido de honorarios es un novel tipo introducido por el Código Penal paraguayo promulgado el 26 de noviembre de 1.997: “1° El funcionario público, abogado u otro auxiliar de justicia que, a sabiendas, cobrara en su provecho honorarios u otras remuneraciones no debidas, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. 2° En estos casos, será castigada también la tentativa”.

No encontramos antecedentes de la figura en nuestro catálogo histórico de hechos punibles. Tampoco es de aplicación frecuente en Tribunales desde que, pese al empeño, ninguna resolución al respecto obtuvimos en la Corte Suprema de Justicia o en las Salas de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal. La magra doctrina nacional dedicó contadas líneas a un estudio superficial y ligero.

Estas circunstancias empujan a un análisis más detenido del tipo, el cual, si bien simple en su redacción, entraña espinosos problemas interpretativos.

El ilícito presenta una singularidad que despunta ante el exegeta: es un delito especial cuya autoría envuelve, asimilados, al abogado y demás auxiliares de justicia con los funcionarios públicos.

Sucede que, tanto unos como otros, cada quien en su ámbito, están comprometidos de manera equivalente con el “(...) normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado (...)”⁵⁶.

El hecho punible *sub examine* se catalogó, en la técnica del Código, bajo el *nomen iuris*: “hechos punibles contra el ejercicio de funciones públicas”⁵⁷. El concepto “función pública” traduce la actividad integral del Estado en orden al cumplimiento de sus fines; congloba entonces la esfera de gobierno incluyendo la gestión de los tres órganos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. “En efecto, en la esfera del Derecho Penal, el concepto administración pública es superado porque la protección se extiende tanto sobre las funciones administrativas propiamente dichas, como sobre las otras

⁵⁶ SEBASTIÁN SOLER, “Derecho Penal argentino”, Tea, décima reimpresión total de la cuarta edición, Buenos Aires – Argentina, 1.992, T. V, Pág. 122.

⁵⁷ Capítulo III, Título VIII, Libro II del Código Penal paraguayo.

*funciones del Estado (...) es el gobierno del Estado totalmente integrado con los poderes que lo componen (...)*⁵⁸.

Y es por su incidencia en la administración de justicia, como aspecto de la función pública, que se equiparan los profesionales del foro y los funcionarios públicos.

El perenne maestro **FRANCESCO CARRARA** reseña históricamente la especial responsabilidad del abogado respecto de la justicia pública: *“En los tiempos primitivos era imposible llevar a la realidad el concepto de una clase de ciudadanos destinada exclusivamente al patrocinio de las partes en sus controversias; todo se hacía entonces en el juicio, sin ningún orden y según la ocasión: se improvisaban los acusadores, que eran los ofendidos o sus partidarios; se improvisaban los jueces, que eran los más ancianos de la tribu y se improvisaba también a los apoderados, si algún amigo o pariente del acusado quería presentarse a sostener la inocencia de aquél (...) Pero cuando los progresos de la civilización constituyeron el orden judicial fue preciso, por necesidad correlativa, que se constituyera la clase de abogados, es decir, que del mismo modo que la autoridad social escogía a ciertos ciudadanos a quienes les confería la facultad de actuar como jueces, así también la facultad de defender en los juicios los intereses ajenos debía restringirse a un número de personas a las cuales, bajo las condiciones debidas, debía darles licencia esa autoridad misma. Estas condiciones eran las de probidad y capacidad, deducidas de ciertos hechos anteriores de los que aspiraban a ser incluidos en ese número. Una vez constituida la clase de los abogados o curia como cuerpo privilegiado y distinto, requería la justicia que, puesto que iban a concedérseles derechos especiales, así también debían imponérseles deberes especiales y, sobre todo, el de fidelidad (...)*⁵⁹.

Los auxiliares de justicia, incluyendo desde luego al abogado, desempeñan una trascendente función pública o, en todo caso, pseudo – pública. Y es que contribuyen con el órgano jurisdiccional a componer los conflictos sociales, pacificar las relaciones humanas, preservar el orden normativo y procurar seguridad jurídica; aún los profesionales liberales, desde que, aunque atiendan intereses particulares, trascienden en su acción para servir finalmente al interés público de la justicia, dentro de cuyo marco deben desempeñarse.

Concordamos entonces con la redacción y el sistema del legislador, advirtiendo incluso posiciones en contrario, tal vez apresuradas e irreflexivas, como la del profesor paraguayo **ENRIQUE CANTERO**: *“(...) El abogado no es funcionario público. Se lo tiene que sancionar (...) pero la sanción debe estar establecida en un Capítulo diferente (...)*⁶⁰.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Este delito, estimamos, es pluriofensivo. Aunque se lo rotule como dañoso al ejercicio de funciones públicas, palmario se muestra su paralelo carácter patrimonial. Ergo, lesiona, por un lado, deberes jurídicos – públicos de probidad y fidelidad, especiales cargas sociales impuestas en razón de las funciones y, por otro, el peculio de quien paga lo indebido.

3. AUTORÍA

⁵⁸ EDGARDO ALBERTO DONNA, “Delitos contra la administración pública”, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires – Argentina, 2.000, Pág. 12.

⁵⁹ “Programa de Derecho Criminal”, traducción de JOSÉ ORTEGA TORRES, Temis, Santa Fe de Bogotá - Colombia, 2.002, T. VII, Págs. 142/144.

⁶⁰ “Nuevo Código Penal. Opiniones y comentarios”, Colegio de Abogados del Paraguay, Asunción - Paraguay, 1.999, Pág. 304.

El cobro indebido de honorarios es de los llamados delitos especiales propios, o sea, sólo podrá cometerlo quien reúna las particulares características de autor apuntadas en la norma quedando impune el que lo perpetre sin la especial calificación.

Son potenciales sujetos activos del tipo: a) los funcionarios públicos; b) los abogados y demás auxiliares de justicia.

3.1. FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

El Código Penal paraguayo define “funcionario”, a sus propios efectos, en el Art. 14 Inc. 1) Num. 14): “*el que desempeñe una función pública, conforme al derecho paraguayo, sea éste funcionario, empleado o contratado por el Estado*”. Esta norma remisiva envía, entre otras, a la Ley N° 1.626/00 (“*De la función pública*”) y a la Ley N° 977/96 (“*Que aprueba la Convención Interamericana contra la corrupción*”), cuyas disposiciones omitimos por los límites de esta monografía.

Sintéticamente entonces, a los fines penales, la calidad de funcionario se condiciona, preceptivamente, a dos presupuestos: a) ejercicio de una función pública; b) que la misma se desempeñe según el ordenamiento jurídico nacional.

Entendemos por “*función pública*”, ya lo dijimos en otras palabras, toda actividad, temporal o permanente y en cualquier nivel jerárquico, realizada en nombre del Estado, al servicio de éste o de sus entidades y siempre en orden a sus fines. “*Función pública es la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales*”⁶¹.

Ahora, ¿a qué apunta la ley cuando reclama que el ejercicio sea “*conforme al derecho paraguayo*”? Pensamos que esta condición demanda un título jurídico habilitante legalmente previsto (léase elección, nombramiento o contratación).

Vale decir, funcionario (para el Derecho Penal) será quien desempeñe una función pública, formalmente designado al efecto.

Esta noción plantea dos cuestiones: a) ¿cuál es la situación de los particulares que asumen de *motu proprio* una función pública sin incorporación formal?; b) ¿qué pasa con los agentes formalmente designados, empero, ilegítimamente o por acto que termina tachado de nulidad? En el primero de los casos no podrá hablarse de funcionario puesto que no existe título jurídico habilitante, *conditio sine qua non* estimamos. En el segundo, en cambio, se imputará el atributo pues quedan verificados ambos presupuestos normativos, al menos, mientras no se finiquite la anómala situación (el Código Penal paraguayo afianza esta tesis en sus Arts. 16⁶² y 192⁶³).

3.3. ABOGADOS Y DEMÁS AUXILIARES DE JUSTICIA.

Es abogado (reconociendo lo baladí de la conceptualización) el “*(...) profesional universitario, con título hábil, a quien compete el consejo o asesoramiento en materia jurídica, la conciliación de las partes con intereses opuestos y el patrocinio de las causas que considere justas*”⁶⁴.

La Ley N° 879/81 (“*Código de Organización Judicial*”) indica en sus Títulos V y VI quiénes más

⁶¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “Derecho Penal – Parte Especial”, Tirant Lo Blanch, undécima edición, Valencia – España, 1.996, Pág. 831.

⁶² “**ACTUACIÓN EN REPRESENTACIÓN DE OTRO** (...) 4° Los incisos anteriores se aplicarán aún cuando careciera de validez el acto jurídico que debía fundamentar la capacidad de representación o el mandato”.

⁶³ “**LESIÓN DE CONFIANZA** (...) 3° Se aplicarán los incisos anteriores aún cuando careciera de validez la base jurídica que debía fundamentar la responsabilidad por el patrimonio”.

⁶⁴ EDUARDO COUTURE, “Vocabulario Jurídico”, Depalma, tercera reimpresión, Buenos Aires – Argentina, Pág. 58.

son auxiliares de justicia, algunos de los cuales comparten también la calidad de funcionarios: el ministerio de la defensa pública en todos los fueros, los procuradores, escribanos públicos, rematadores, oficiales de justicia, traductores, intérpretes, peritos, síndicos de quiebras, el cuerpo médico forense, los actuarios judiciales y ujieres notificadores.

En puridad, son auxiliares de justicia *“los que colaboran, sean o no funcionarios públicos, con la administración de la justicia”*⁶⁵, aunque no hayan sido positivamente considerados (verbigracia: policía judicial, relatores, oficiales de secretaría, dactilógrafos, etcétera). Esta posición no podrá estimarse perjudicialmente analógica; la interpretación extensiva que incluya en el término legal el máximo de acepciones permitidas por su tenor literal, sin rebasarlo, es siempre respetuosa del principio de legalidad.

Entendemos que no es suficiente el rótulo, o sea, el diploma, nombramiento o credencial; es necesario que el agente se encuentre efectivamente habilitado para ejercer la función de que se trate. Si el tipo glosado pretende reprimir el perverso o deficiente ejercicio de funciones públicas, naturalmente, el sujeto activo debe tener posibilidad cierta de actuación. Así, por ejemplo, el abogado será potencial autor desde que reciba su matrícula profesional, aunque antes hubiese obtenido el título.

3.4. DOMINIO DEL HECHO Y AUTORÍA MEDIATA.

Según el Art. 29 C.P. paraguay: *“1° Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí o valiéndose para ello de otro. 2° También será castigado como autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización”*.

Nuestra legislación afilió la doctrina *welseliana* del *“dominio del hecho”*. Será autor entonces quien encamine la totalidad del suceso delictivo hacia el fin perseguido, lo cual excede el control sobre el acto particular de cada interviniente; vale decir, aunque cada partícipe domine su propia acción, el autor dominará el conjunto; dominar implica *“sobredirigir”* a los demás.

La autoría inmediata, simple o directa, no presenta mayores inconvenientes en el hecho punible analizado.

Tampoco la autoría mediata. En estos casos se utilizará a otro para que ejecute la acción material del ilícito. Como el llamado *“hombre – instrumento”* no perpetra hecho punible alguno en cuanto actúa, según el caso, de manera atípica, no antijurídica o irreprochable, poco importa que revista o no las especiales cualidades de autor que exige el tipo, las que si se buscarán en el *“hombre de atrás”*.

Un aparente problema se presenta sin embargo cuando un sujeto *calificado* se vale de otro *no – calificado* que obra dolosamente (verbigracia: el asistente que, a sabiendas, cobra para su jefe una remuneración indebida con la promesa de un porcentaje). Recordemos que cuando ambos actores conocen las circunstancias delictivas y se determinan de igual manera no puede hablarse de autoría mediata sino, en todo caso, de instigación.

En los delitos especiales como el que nos ocupa, los agentes *calificados* se nominan *intraneus* y los *no – calificados*, *extraneus*.

Sucede que, si analizamos el particular ligeramente, podríamos considerar que el *extraneus* tiene dominio del hecho. Esta aserción apareja impunidad; en efecto, el *extraneus* no podrá ser autor por falta de calificación legal y el *intraneus* tampoco será instigador puesto que la instigación

⁶⁵ GUILLERMO CABANELLAS, “Diccionario de Derecho usual”, Heliasta, octava edición, Buenos Aires – Argentina, 1.974, T. I, Pág. 246.

supone autoría en el instigado.

No obstante, la engañosa complicación se aclara teniendo presente, como se dijo *supra*, que el dominio no se despliega precisamente sobre los actos de los partícipes, sino sobre el hecho considerado en su dimensión total. *“En los delitos especiales el tipo está constituido por una violación del deber que, especialmente, incumbe al sujeto activo. Lo que debe dominarse por el sujeto calificado, único que puede ser autor, es el hecho que infringe el deber (...) Por eso es preciso distinguir entre el dominio de la acción de infracción del deber, que sólo puede tenerla quien es sujeto del deber y el dominio que sobre su propia acción tiene el extraneus, no sujeto del deber. Pero el dominio del hecho que determina la autoría depende de la posición relativa del sujeto respecto de los demás desde un punto de vista de la estructuración directa del hecho total. En los delitos de infracción de deber sólo puede tener esta posición el que es sujeto del deber”*⁶⁶.

Lo expuesto funda nuestra solución: habrá autoría directa del *intraneus* y complicidad del *extraneus*.

3.5. PARTICIPACIÓN

Conforme al Art. 14 Inc. 1) Num. 10) del Código Penal paraguayo son partícipes los instigadores y cómplices, es decir, quienes concurren con un aporte material o intelectual al hecho punible pero carezcan de dominio sobre su realización. Instigador es quien determina dolosamente a otro a cometer un ilícito y cómplice quien presta un aporte cocausal doloso en la realización del tipo penal.

El punto a resolver es la participación de los *extraneus* en el delito especial que se estudia. Nuestro Código Penal zanja las oscilaciones doctrinarias en su Art. 32: *“1° Cuando no se dieran en el instigador o cómplice las condiciones, calidades o relaciones personales (...) que fundamenten la punibilidad del autor, la pena será atenuada (...)”*.

4. ACCIÓN TÍPICA.

La acción típica consiste en percibir, en provecho propio, *“honorarios u otras remuneraciones no debidas”*. Así de simple y así de complicado.

Para fijar correctamente el alcance de la locución *“no debidas”*, que integra el cuerpo del artículo, debemos asociarla al vocablo *“indebido”*, que pertenece a la denominación legal del tipo. *“No debido”* no es lo mismo que *“indebido”*.

En efecto, remuneraciones *“no debidas”* serían sólo aquellas no obligatorias ni exigibles; en tanto, *“indebidas”* son, además, las ilícitas, ilegales, prohibidas, arbitrarias, excesivas o inmerecidas.

Una remuneración, en determinados casos, puede ser *“indebida”* pero aún así exigible. Verbigracia: el funcionario que, teniendo tareas asignadas, agota las horas laborales leyendo el periódico; su salario será exigible mientras no se lo cese⁶⁷, sin embargo, *“indebido”* por atañer a un trabajo no prestado.

Asumimos que el tipo castiga la cobranza de asignaciones *“indebidas”* antes que *“no debidas”*.

En cualquiera de los casos hablamos de una ley penal en blanco, ya que sólo normas extra –

⁶⁶ ENRIQUE BACIGALUPO, “Manual de Derecho Penal”, Temis, tercera reimpresión, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1.996, Pág. 194.

⁶⁷ Por el principio de “continuidad”, según el cual debe pagarse el sueldo mientras subsista la relación laboral, se haya o no prestado el servicio.

penales precisarán el carácter indebido o no de los estipendios.

Una llamada de atención: el principio de legalidad consagrado en el Art. 1 del Código Penal paraguayo excluye la subsunción de los cobros en beneficio de tercero y no en provecho propio.

La remuneración irregular podrá ser en dinero o en especie.

Básicamente, ubicamos tres ocurrencias posibles: a) el autor percibe una remuneración que tiene prohibida; b) el autor cobra una remuneración excesiva; c) el autor recibe una remuneración por un trabajo que no realiza o que ejecuta deficientemente.

4.1. EL AUTOR COBRA UNA REMUNERACIÓN QUE TIENE PROHIBIDA.

Por ejemplo: cuando se percibe más de una remuneración o sueldo en carácter de funcionario público (situación prohibida por el Art. 105 de la Constitución Nacional); cuando perciban honorarios como abogados los demás potenciales autores con incompatibilidad para el ejercicio privado (*vide* Art. 97 del Código de Organización Judicial); cuando algún funcionario sea remunerado por actividades ocupacionales vedadas por incompatibles con el cargo; el Actuario u otro dependiente judicial que colecte por intervenciones que debieran ser gratuitas; el abogado obligado a asistir al beneficiario de litigar sin gastos que cobre a su patrocinado fuera de las condiciones legales (*vide* Arts. 594 y 595 del Código Procesal Civil); etcétera.

4.2. EL AUTOR COBRA UNA REMUNERACIÓN EXCESIVA.

De hecho, en el anteproyecto del Código Penal vigente, el delito se bautizó "*recaudación excesiva de honorarios*"⁶⁸.

Tratándose de funcionarios, esta variante se conformará cuando perciban remuneraciones que excedan las cuantías previstas en las partidas pertinentes del Presupuesto General de la Nación o en los contratos.

Respecto a los abogados y demás auxiliares de justicia no funcionarios, creemos que sólo podrá subsumirse el cobro de sumas que superen las reguladas judicialmente. El principio de "*autonomía de la voluntad*" consagrado en los Arts. 9 (segunda parte) de la Constitución Nacional, 669 y 715 del Código Civil, habilita convenir retribuciones mayores a las establecidas en las leyes arancelarias; de allí que no pueda hablarse de ilegitimidad o ilicitud en estos casos. Sin embargo, cuando los honorarios se regulan judicialmente, por el carácter de orden público de las normas que se emplean para el efecto⁶⁹, obligado y beneficiario quedan subyugados al monto tasado.

4.3. EL AUTOR RECIBE UNA REMUNERACIÓN POR UN TRABAJO QUE NO REALIZA O QUE EJECUTA DEFICIENTEMENTE.

Probablemente, esta modalidad de comisión sea la que mayores trances presente; ¿cómo establecer los límites entre la mera responsabilidad civil por incumplimiento y el delito?

Partamos del carácter contractual o, por lo menos, cuasi – contractual de las relaciones en virtud de las cuales el potencial sujeto activo podría cobrar honorarios u otras remuneraciones.

En principio, sabemos que son muchas las razones que pueden injerirse en el descuido de la

⁶⁸ Art. 301 del anteproyecto de Código Penal presentado por el MINISTERIO PÚBLICO en el año 1.994.

⁶⁹ "Las disposiciones del Código Arancelario resultan de orden público, en donde la voluntad de los particulares resulta indiferente porque el interés jurídico que ellos protegen es el de la organización social; en otras palabras, se responde a un interés jurídico general colectivo, por oposición a las normas de orden privado, que únicamente pretenden proteger el legítimo provecho particular" (LUIS LEIVA FERNÁNDEZ, "Digesto La Ley. Honorarios", La Ley, primera edición, 2.002, Buenos Aires – Argentina, T. II, Pág. 55, Num. 1.002.

prestación debida: la alteración de las condiciones iniciales del contrato (imprevisión), el incumplimiento del otro contratante (*exceptio de non adimpleti contractus*, pacto comisorio), el caso fortuito o la fuerza mayor, etcétera. Ergo, no todo incumplimiento de la prestación prometida es, precisamente, producto de la voluntad perniciosa; existen factores jurídicos o naturales que pueden determinarlo o autorizarlo. Estos particulares, al igual que la negligencia o la imprudencia, tienen solución en el Derecho Civil.

Sin embargo, cuando el agente revela un accionar fraudulento encaminado resueltamente a dañar a la otra parte, la cuestión adquiere aristas que reclaman la intervención del fuero penal. *“Es defraudación por abuso de confianza cuando se obró con fraude dentro del ámbito contractual establecido por medio de un acuerdo lícito donde ambas partes se avinieron a convenir de buena fe y con la debida confianza en los negocios, derechos y obligaciones, siendo que posteriormente se atenta contra la confianza jurídica, principio que dimana del acuerdo mismo”*⁷⁰.

En consecuencia, creemos que sólo es subsumible al tipo la cobranza indebida por un trabajo omitido o deficientemente realizado de manera intencional y deliberada. El cobro en los demás supuestos (desidia, torpeza, ineptitud, inexperiencia, incompetencia, etcétera), aunque se tenga conciencia de su ilegitimidad, será resuelto con una acción de repetición, entre otros remedios civiles.

5. TIPO SUBJETIVO

La norma reprime la colecta ilegítima *“a sabiendas”*; el especial hincapié ⁷¹ nos hace pensar que sólo admite dolo directo. *“En algunos delitos (...) cuando el texto legal requiere realizar la acción “a sabiendas” debe excluirse la posibilidad de la comisión del delito con dolo eventual”*⁷².

Luego, el autor deberá conocer que no tiene derecho a cobrar y, aún así, determinarse indebidamente.

6. TENTATIVA

Se castiga explícitamente la tentativa. Y es que conforme al Art. 27 C.P. paraguayo, la tentativa de los crímenes es siempre punible, no así la de los delitos, cuya punición debe prevenirse señaladamente ⁷³.

El cobro indebido de honorarios se consuma con la percepción efectiva.

Habrá tentativa cuando el autor ejecutase la decisión de cobrar mediante actos que, tomada en cuenta su representación, sean inmediatamente anteriores a la consumación (por ejemplo, con la intimación al pago).

Deberá distinguirse la tentativa de los actos preparatorios no punibles. Así, por apuntar un caso, el pedido de regulación judicial de honorarios indebidos no implica comienzo de la ejecución desde que, precisamente, no asegura que el recurrente vaya a reclamar el pago.

7. EL CONSENTIMIENTO DEL PATRIMONIALMENTE OFENDIDO

Habíamos dicho que la trasgresión estudiada es pluriofensiva. Para quedar configurada no sólo

⁷⁰ RUBÉN OMAR CARRIZO, “Ilícitos penales en el ámbito contractual”, Nova Tesis, Rosario – Argentina, 2.004, Pág.115.

⁷¹ Según el Art. 17 C.P. paraguayo, todos los ilícitos previstos en la Parte Especial son dolosos, salvo que expresamente se considere su forma culposa.

⁷² ENRIQUE BACIGALUPO, Op. Cit., Pág. 113.

⁷³ Según el Art. 13 C.P. paraguayo, los hechos punibles se clasifican en crímenes y delitos. Son delitos los que tienen prevista pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa. Son crímenes los reprimidos con prisión mayor a cinco años, como mínimo.

debe afrontar al correcto ejercicio de las funciones públicas, debe también damnificar los intereses patrimoniales de quien paga lo indebido.

De allí que sostengamos, como tesis, que el consentimiento del patrimonialmente ofendido desbarata el tipo. El cobro deja de ser indebido con el consentimiento de quien paga.

El Código Penal paraguayo no regula en forma genérica los efectos desconfigurantes del consentimiento del titular del bien jurídico protegido. Sólo excepcionalmente los considera en su Art. 114 respecto de las lesiones leves y culposas. No obstante, se juzga a la conformidad del lesionado como producto del derecho consuetudinario⁷⁴.

Como el patrimonio es un bien jurídico disponible, no puede haber ilícito donde el titular, en ejercicio de un acto de disposición, admite la conducta del agente legitimándola. No puede criminalizarse el ser beneficiario de una liberalidad que, en otras circunstancias (un simple regalo por ejemplo), sería normal y lícita. La libertad de disposición del individuo sobre sus bienes jurídicos debe ser, en ciertas circunstancias, suficientemente grande como para doblegar el disvalor del hecho cometido con consentimiento.

“La circunstancia de que (...) en todos los supuestos de hecho típicamente penales se presenten (o por lo menos debieran presentarse) intereses públicos, en razón de que sólo la necesidad de proteger normas sociales elementales puede justificar la pena (...) no debe hacer perder de vista (como ocurre a menudo) que tales normas sociales, por su parte, pueden proteger también (...) el interés del individuo (...)”⁷⁵.

Ahora bien, son varios los requisitos de la aquiescencia eficaz.

El consentimiento no debe provenir de un error. Por ejemplo, quien paga honorarios superiores a los regulados judicialmente debe conocer el auto regulatorio.

El consentimiento no debe derivar de otro hecho punible. Por ejemplo, el asentimiento de quien, a sabiendas, paga sobresueldos a funcionarios públicos e incurre por tanto en lesión de confianza (Art. 192 C.P. paraguayo), no tiene virtualidad para eliminar el tipo.

Quien conciente debe comprender acabadamente la situación asentida. V. Gr., el cliente que paga de nuevo al abogado cuando éste ya se cobró de la adversa debe saber que el Art. 11 de la Ley N° 1.376/88 (*“Honorarios profesionales de abogados y procuradores”*) lo releva de hacerlo.

El consentimiento debe ser libre y voluntario.

Por lo demás, el consentimiento no generará efectos, aunque efectivamente concurra, si el autor no lo distingue ni obra concientemente en su virtud.

8. SUBSIDIARIEDAD

El cobro indebido de honorarios es un tipo subsidiario, o sea, se aplica sólo en defecto de otro. Verbigracia: si para la percepción se recurre a engaño que induce a error habrá estafa (Art. 187 C.P. paraguayo); si un funcionario requiere remuneración como contrapartida de un servicio a cuya prestación gratuita está obligado hay cohecho (Arts. 300 y 301 C.P. paraguayo); si el agente decide cobrarse con cosas muebles que tiene en confianza habrá apropiación (Art. 160 C.P. paraguayo).

⁷⁴ Entre otros, HIRSCH y HONIG.

⁷⁵ GÜNTER STRATENWERTH, “Derecho Penal. Parte General”, traducción de GLADYS NANCY ROMERO, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires – Argentina, 1.999, Págs. 129/130.

La subsidiariedad es una de las formas de concurso aparente de leyes penales. De configurarse el hecho principal no entrará en concurso con el subsidiario, al que absorbe totalmente.

9. CONCLUSIÓN

Las notas de subsidiariedad y los varios factores exculpantes que presenta este delito reducen al mínimo las posibilidades de su aplicación. Es un tipo groseramente abierto que, pretendiendo castigar todo, nada castiga.

Atiéndase también que gran cantidad de conductas quedarán impunes por socialmente adecuadas como, por ejemplo, el citado caso del funcionario que percibe salario sin haber trabajado. *“Un comportamiento formalmente adecuado a un tipo penal no se debe considerar típico si resulta ser socialmente adecuado, es decir, si no contradice el orden de la vida social tal como éste se ha configurado históricamente”*⁷⁶.

Tremendo esfuerzo hermenéutico para tan poca utilidad resulta insensato.

Se dijo en innumerables ocasiones que el Derecho Penal es la *ultima ratio* del control social y que, por ello, deben excluirse de su esfera comportamientos enmendables de otra forma. El cobro indebido de honorarios es un claro ejemplo. Y es que bastaría la repetición de lo indebidamente cobrado y una sanción ética y/o administrativa.

Por lo demás, en su redacción, se nota un resabio de Derecho Penal de autor. Se castiga a los auxiliares de justicia por desempeñar una función pseudo - pública en el ámbito jurisdiccional. ¿Acaso el personal de blanco no hace lo propio en el ámbito de la salud?, ¿o los arquitectos e ingenieros respecto de la seguridad ciudadana?

Como colofón entonces, basta con repetir el título: **EL COBRO INDEBIDO DE HONORARIOS ES UN DELITO QUE APORTA POCO E INTRINCA MUCHO.**

BIBLIOGRAFÍA

- **ENRIQUE BACIGALUPO**, “Manual de Derecho Penal”, Temis, tercera reimpression, Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1.996.
- **GUILLERMO CABANELLAS**, “Diccionario de Derecho usual”, Heliasta, octava edición, Buenos Aires – Argentina, 1.974.
- **ENRIQUE CANTERO**, “Nuevo Código Penal. Opiniones y comentarios”, Colegio de Abogados del Paraguay, Asunción - Paraguay, 1.999.
- **FRANCESCO CARRARA**, “Programa de Derecho Criminal”, traducción de **JOSÉ ORTEGA TORRES**, Temis, Santa Fe de Bogotá - Colombia, 2.002.
- **RUBÉN OMAR CARRIZO**, “Ilícitos penales en el ámbito contractual”, Nova Tesis, Rosario – Argentina, 2.004.
- **EDUARDO COUTURE**, “Vocabulario Jurídico”, Depalma, tercera reimpression, Buenos Aires – Argentina.

⁷⁶ Vide HANS WELSEL, “Lehrbuch”, Pág. 55.

- **EDGARDO ALBERTO DONNA**, “Delitos contra la administración pública”, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires – Argentina, 2.000.
- **LUIS LEIVA FERNÁNDEZ**, “Digesto La Ley. Honorarios”, La Ley, primera edición, Buenos Aires – Argentina, 2.002.
- **FRANCISCO MUÑOZ CONDE**, “Derecho Penal – Parte Especial”, Tirant Lo Blanch, undécima edición, Valencia – España, 1.996.
- **SEBASTIÁN SOLER**, “Derecho Penal argentino”, Tea, décima reimpresión total de la cuarta edición, Buenos Aires – Argentina, 1.992.
- **GÜNTER STRATENWERTH**, “Derecho Penal. Parte General”, traducción de **GLADYS NANCY ROMERO**, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires – Argentina, 1.999.
- Leyes varias y colección de fallos del autor.

GUSTAVO GAMBA PAREDES⁷⁷

⁷⁷ Abogado y Notario por la Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Derecho Penal por la Universidad del Pacífico – Universidad del Nordeste de la Ciudad de Corriente.

TENTATIVA

INTRODUCCION

Sabido es el caracter determinante que tiene la tentativa en el sistema de la teoria del hecho punible, porque cuando se conoce la tentativa se conoce tambien que la vision del derecho penal se halla en la base del sistema. Así, por ejemplo: cuando mayor sea la incidencia de la ausencia de consumación en la medida de la punibilidad de la tentativa – o bien: cuando mas se quiera exigir un peligro objetivo, etc. – mayor sera la vinculación del sistema a datos *externos* al autor, por tanto, tambien a datos ajenos a un derecho penal *de culpabilidad*, al menos si la culpabilidad es entendida como una motivacion defectuosa, en lugar de como culpabilidad por la desgracia de la existencia. Si el ilícito culpable es presupuesto esencial de la pena, el ilícito no puede contener ningun ingrediente que no pudiera reflejarse en una diferencia de motivacion. Cuanto mas quede ligado el ilícito (¿culpable?) a datos externos, más se regresará a una responsabilidad por el resultado y a un sistema procesal todavia ligado a las ordalias y al juicio de Dios.

En el ámbito del estudio anglosajón, esta discusión se reproduce en términos correspondientes. Probablemente sea dominante la concepción que ve a la tentativa acabada como idéntica al hecho consumado, pero ninguna sociedad puede tener reglas jurídicas más evolucionadas o racionalistas que su propia forma de ser; la ley penal, por tanto, debe corresponderse a esa forma de ser, pero también tener reglas tan moderadas que hagan posible una evolución de las concepciones sociales.

En los ordenamientos penales que han utilizado fundamentos finalistas en la teoría del delito han notado la falta de claridad de la formulación alemana actual la cual se pone de manifiesto al ver la suerte que han corrido los intentos por traducirla a la lengua española. Con motivo de la traducción de obras de doctrina, la formulación del Artículo 22 StGB, en particular el verbo, *ansetzen*, que ha recibido las más variadas versiones: "dar principio", "dar comienzo", "comenzar", "ponerse a", "disponerse a". Lo mismo ha ocurrido en los intentos de acuñar esa formulación en códigos penales de lengua española. Así, por ejemplo, en el Anteproyecto de Código Penal de la República del Paraguay de 1994, preparado por una comisión de trabajo presidida por el jurista alemán Wolfgang Schone, se formuló la definición de la tentativa primeramente de este modo: Hay tentativa cuando el autor, tomada en cuenta su representación del hecho, proceda de inmediato a la realización del tipo legal.

Con esta formulación ("proceder de inmediato") se quería traducir seguramente la expresión alemana unmitelbaren Ansetzen. Cuando el Anteproyecto se convirtió en Proyecto definitivo y luego fue convertido en ley en 1997, aquella formulación sufrió una transformación, hasta derivar en un texto no muy afortunado; "*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.*" Con esta definición, solo se sabe que la tentativa queda antes de la consumación; pero nada más.

Por tanto, en este trabajo de investigación describe a la tentativa desde el punto de vista de varios doctrinarios del derecho penal, a fin de entender la visión.

LA TENTATIVA EN EL CODIGO PENAL PARAGUAYO

En el orden de definición legal de la tentativa, se plantean los siguientes problemas. Una de ellas es la forma en que se define el inicio de la tentativa, es decir, el punto inicial del ilícito. En segundo lugar el concepto depende de la representación del autor o de un juicio objetivo externo según cual fuere el presupuesto de la punición de la tentativa la creación de un peligro exterior.

Artículo 26 C.P.: 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.

Podemos decir que en el Código Penal Paraguayo la tentativa consiste en comenzar la ejecución del hecho típico y no han podido consumir por circunstancias extrañas o ajenas a la voluntad del autor. Esto se desprende de los arts. 26 y 27 del C.P. Consideremos el aspecto subjetivo de la tentativa. Podemos entender, siempre conforme a dichas normas jurídicas que la tentativa es incompatible con la culpa, cuya base es el error de hecho esencial pero vencible, según hemos visto, no se quiere ejecutar el hecho que realmente se ejecuta, sino ejecutar otro que se estima, por error que se padece, que no es antijurídico. En síntesis, que el hecho que se comete no es contrario a derecho, cuya consideración se llega a través del error. Se estima que se obra bien, y se ignora, al mismo tiempo, que se obra mal.

Tres son los elementos constitutivos que deben darse para que se identifique la tentativa en la comisión de un hecho punible:

- a) Una determinada decisión con respecto al hecho;
- b) Una inmediata ejecución de la conducta tendiente a la realización del tipo; y
- c) La falta de la consumación.

CASAÑAS LEVI sostiene; que la opinión de la mayoría en la doctrina alemana sigue la teoría combinada subjetiva-objetiva, que requiere la representación del autor por un lado (aspecto subjetivo) y la inmediatez de la agresión hacia el objeto jurídico protegido, por otro (aspecto objetivo), que debe ser analizado por el Juzgador en el momento de emitir sentencia.

ACTOS PREPARATIVOS PREVIO A LA TENTATIVA

La teoría puramente subjetiva, da comienzo a la tentativa, atendiendo a la representación del autor sobre el comienzo de la ejecución, introduciéndose así ampliamente en el ámbito de la preparación, en cambio la teoría objetiva – material, que exige para la tentativa una puesta en peligro inmediata del objetivo de tutela, posee todavía valor pues este criterio puede ser empleado para completar la fórmula actual.

JESCHECK, sostiene que la tentativa es dar comienzo a la realización del tipo según su propia representación del hecho, pues del hecho externo realizado, meramente fragmentario y, en cualquier caso, en la tentativa inacabada, solo puede comprenderse desde el plan del autor. De ahí que para responder a la pregunta de si concurre la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo, hay que entender como se ha imaginado el autor el curso del hecho, así como cuando y de que forma quiso comenzar con la acción ejecutiva típica. Es preparación el mero acecho, tentativa, en cambio, ya ha comenzado la realización del tipo por el autor, por ejemplo acechan la llegada del tranvía con el cobrador al que se espera asaltar, poniendo en marcha los medios de ataque y de huida. Hay que aceptar siempre la existencia de tentativa si el autor ha comenzado ya la acción ejecutiva típica o, en caso de delitos integrados por varios actos, el primero de ellos que sea típico, pues hay casos en que se ha sobrepasado ya la simple puesta en marcha. La atenuación de la pena es la facultad según la teoría de la impresión donde la decisión si es o no es delito debe ser delimitado por el marco penal ordinario.

POSTURAS SOBRE LA TENTATIVA DE DISTINTOS AUTORES

1. AUTOR ALEMÁN (HANS WELZEL)

La simple decisión a la acción no es punible: *Cogitationis poenam nemo patitur* (Ulpiano). También en el derecho penal de la voluntad no se castiga la voluntad mala como tal, sino solo la voluntad mala en realización; esto, no solo porque la voluntad mala no es aprehensible y la moralidad no puede ser impuesta a la fuerza, sino también por el profundo abismo que separa en último caso los pensamientos del hecho.-

Se cuenta que Goethe confesaba que él se sentía capaz de cometer cualquier delito. La energía delictiva no se muestra justamente en los pensamientos delictivos, sino en su transformación en un hecho real. “La maldad solo se consume en el hecho”.-

Dolo es voluntad de realización y, ciertamente no solo en el sentido de la voluntad dirigida a la realización, sino también en el sentido de la voluntad capaz de realización. La voluntad impotente no es un dolo relevante desde un punto de vista jurídico penal. En relación al problema de saber cual es la voluntad que es capaz de la realización del hecho, ello no surge de su contenido, sino del

hecho real que domina.

1.1. EL CONCEPTO DE TENTATIVA

La tentativa es la realización de la decisión de llevar a cabo un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de ejecución del delito. 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.

1.2. LA DELIMITACIÓN DE LAS ACCIONES PREPARATORIAS DE LA TENTATIVA

La Ley circunscribe (de acuerdo al modelo francés) el punto de iniciación de la tentativa con las palabras: "Principio de ejecución"; luego, en forma objetiva. La llamada teoría formal objetiva exige al respecto que debería llevarse al efecto una parte de la acción de ejecución típica. Entonces, tomado esto en forma estricta, la sustracción debería empezar solo al estirarse el brazo, el dar muerte al presionar el gatillo.

La tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo. Siempre hay que partir de la acción típica del tipo delictivo particular (sustraer, robar con fractura, matar, etc.). A esto se agrega la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a la disposición de su plan delictivo, se puso en actividad inmediata a la realización típica.

Ejemplo: A falsifica una letra y la presenta para su cobro: la falsificación de documento se inicia con el principio del acto de falsificación (y se consume con la conclusión de la falsificación; en la nueva redacción no es más un delito imperfecto de dos actos). La estafa comienza solo con la acción de engaño, luego con la presentación de la letra para su cobro.

1.3. LA TENTATIVA INIDONEA

- a. La antigua teoría objetiva: (Feuerbach, Mittermaier) hoy abandonada. Esta distingue entre tentativa absolutamente inidonea y relativamente inidonea. Sólo esta última es peligrosa y punible (por ejemplo, una pequeña cantidad de veneno es relativamente inidonea para un delito de homicidio). La medida para la distinción entre inidoneidad absoluta y relativa es el punto de vista *ex post*, esto es, del juez.
- b. La nueva teoría objetiva (Teoría de la peligrosidad, Liszt, Hippel). Una tentativa es peligrosa cuando un hombre inteligente hubiese tenido por probable el resultado al tiempo del hecho. El punto de vista de apreciación es aquí *ex ante*. Ej.: Tentativa de homicidio con un arma que un tercero ha descargado secretamente. Según la teoría de la peligrosidad hay tentativa peligrosa; según la antigua teoría objetiva hay tentativa absolutamente inidonea.
- c. Según la teoría subjetiva: (posición constante de la jurisprudencia alemana). Se castiga con prescindencia de la falta de peligrosidad de la tentativa con medios inidoneos o respecto de un objeto inidoneo, cuando el autor los estima idoneos. Ej. Tentativa de aborto respecto de una no embarazada.

1.4. LA LLAMADA AUSENCIA DE TIPO

Cuando el autor considera erróneamente una cosa propia, que él quiere sustraer, como ajena, esta teoría no admite la existencia de tentativa, sino la ausencia de tipo. Ahora bien, la transformación de la voluntad de cometer un delito en un hecho exterior es, sin embargo, una tentativa; y aun en estos casos el autor cumple con ello. Por eso, también en ellos existe una

tentativa (inidonea) cuya punibilidad surge de lo expresado arriba sobre la jurisprudencia constante.

1.5. EL DELITO PUTATIVO Y LA INIDONEIDAD DEL SUJETO

Para ninguna teoría es punible el delito putativo. En estos tipos de delitos, el error no se refiere a la tipicidad del hacer, sino exclusivamente a la antijuridicidad. El autor considera su hacer, reconocido correctamente en sus características materiales, erróneamente como antijurídico (error de prohibición al revés). El autor cree erróneamente que un hecho permitido está prohibido. Ej. Una mujer estima antijurídicas las acciones homosexuales entre mujeres. Naturalmente, la creencia no puede generar la antijuridicidad requerida objetivamente.

1.6. LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

La tentativa es punible en todos los crímenes, en los simples delitos solo cuando esta expresamente señalado, en todas las faltas no es punible. Puede ser castigada en forma atenuada.

1.7. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

El art.46 del Código Penal Alemán, deja al autor exento de pena, cuando se desiste voluntariamente de la tentativa. Y ello se debe a razones de política criminal. La ley habría querido crear un incentivo al autor para que no dejara que el hecho iniciado llegase hasta el resultado, construido al autor “un puente de oro para la retirada” (Liszt).

1.8. CONCLUSION

Atendiendo la doctrina que manifiesta Hans Welzel, 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). La delimitación de la tentativa frente a los actos preparatorios se busca en el ámbito objetivo, ya que el dolo es igual en todas las fases del delito (preparación, tentativa y consumación) y referente a la teoría subjetiva conlleva a la ampliación del ámbito de la punibilidad de la tentativa a costa de los actos preparatorios, incluso a la admisión de la punibilidad de la tentativa inidonea, y a la equiparación de la punición de la tentativa y la consumación⁷⁸. Asimismo realiza un análisis del Dolo al cual lo determina como voluntad de realización y, ciertamente no solo en el sentido de la voluntad dirigida a la realización, sino también en el sentido de la voluntad capaz de realización. La voluntad impotente no es un dolo relevante desde un punto de vista jurídico penal. En relación al problema de saber cuál es la voluntad que es capaz de la realización del hecho, ello no surge de su contenido, sino del hecho real que domina.

2. AUTOR ESPAÑOL (Enrique Bacigalupo)

Según este autor español, el hecho punible doloso se desarrolla en cuatro etapas:

“ideación, preparación, ejecución y consumación”.-

De estas etapas solo entran en el ámbito de lo punible las de ejecución y consumación. Tanto la ideación como la preparación son penalmente irrelevantes. Esto surge del propio texto del art. 3 del Código Penal Español.

2.1. CONCEPTO DE TENTATIVA

⁷⁸ Manual de Derecho Penal, José Fernando Casasnovas Levi.

Hay tentativa cuando el autor con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad. (Art.3ro.Código Penal Español, III). Este concepto es común a los casos en que, a pesar de la falta de consumación del delito, la acción era adecuada para alcanzarla (Tentativa idónea) y a los casos en que la acción carece de aptitud para alcanzar la consumación (Tentativa inidonea).-

El fundamento de la punibilidad de la tentativa reside en el disvalor de la acción, ya que el disvalor del resultado no alcanza, precisamente, a producirse.

La llamada teoría objetiva considera que la tentativa es punible por el peligro que ha corrido el bien jurídico protegido. No admite la punibilidad de la tentativa absolutamente inidonea, es decir, de aquella que de ninguna manera tenía aptitud para producir la consumación (representantes: Feuerbach; Liszt-Schmidt).

La teoría subjetiva, por el contrario, toma como punto de partida no ya la puesta en peligro del bien jurídico, sino la comprobación de una voluntad hostil al derecho. Esta teoría concibe la punibilidad de la tentativa inidonea, y no distingue entre tentativa inidonea e idonea, pues de haber sido idonea, se hubiera consumado el delito.

La diferencia entre el delito consumado y la tentativa reside, en que en esta última el tipo objetivo no está completo, a pesar de estarlo el tipo subjetivo.

2.2. ELEMENTOS DEL TIPO DE LA TENTATIVA

El dolo del autor: (y los demás elementos del tipo subjetivo) Solamente existe tentativa del delito doloso. En España se tiende a excluir la punibilidad de la tentativa culposa, sosteniéndose que, según el art.565, se requiera para la pena la producción del resultado típico, es decir, la consumación. Si para la consumación es suficiente con el dolo eventual, también lo será para la tentativa.

El comienzo de ejecución: Es el acto que entra en consideración como acto ejecutivo y en el que inmediatamente hubiera conducido a la realización del tipo penal.

2.3. DELITO IMPOSIBLE

En las leyes que declaran la punibilidad de la tentativa inidonea no hay diferencia conceptual alguna entre la tentativa idonea e inidonea. En el Código Italiano de 1930 (art.49) se basa en la impunidad de la tentativa inidonea. La tentativa - tanto inidonea como idonea- está definida en la misma disposición legal. El caso de imposibilidad solo representa una atenuación de la pena que tiene en consideración el menor disvalor del resultado que en el se comprueba. El máximo disvalor del resultado lo da la consumación (lesión del bien jurídico); el intermedio, la tentativa idonea; el menor, la tentativa inidonea (comienzo de ejecución sin peligro real para el bien jurídico).

El autor inidoneo: Se plantea la cuestión de una tentativa, realizada por autor inidoneo cuando un sujeto sin la calificación jurídica que condiciona legalmente su calidad de autor da comienzo a la acción típica. Ejemplo: El del sujeto que en la creencia de ser funcionario acepta una dádiva, Código Penal Español, art.391 sin ser en realidad funcionario.-

Inidoneidad de los medios y del objeto: Los casos de inidoneidad de los medios suelen ejemplificarse con el supuesto del que, con el propósito de matar, da azúcar a otro en la creencia de que se trata de un veneno. El medio empleado resulta inidoneo. Lo mismo ocurre con el que para matar a otro dispara un revólver descargado.

Los casos de inidoneidad del objeto son aquellos en los que el objeto sobre el que recae la acción no permitiría por sus condiciones la consumación, y aquellos en que el objeto de la acción falta totalmente. Ejemplo del primer supuesto, el intento de practicar un aborto en una mujer no embarazada. Ejemplo del segundo supuesto: el que irrumpe en el dormitorio donde tendría que estar su enemigo y apuñala lo que en realidad es la almohada, pues aquel se ha marchado hace un momento.

2.4. LA TEORÍA DE LA CARENCIA DE TIPO

Una parte de la teoría española piensa que los casos de inexistencia o inidoneidad del objeto determina la ausencia de tipicidad del comportamiento. Especialmente Jimenez de Azua ha desarrollado la teoría de la falta de tipo. Para la teoría de la falta de tipo solo puede hablarse de tentativa cuando lo único que falte del tipo objetivo sea el resultado típico. Cuando además del resultado típico, ya desde el inicio de la acción faltan otros elementos del tipo, no habrá tentativa sino carencia de tipo. Ejemplo: El que se apodera de la cosa propia; la acción ha alcanzado el fin propuesto; el delito no se consuma por falta de ajenidad de la cosa.-

2.5. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

No estará sujeto a pena el autor que desistiere voluntariamente del delito. El Código Penal Español no contiene una disposición al respecto, pero si la teoría estima que el desistimiento, excluye la punibilidad. Y esto se debe a la denominada política criminal, llamada también teoría del premio, que evoca a Feuerbach.

Más modernamente, se ha entendido que se trata de un caso de eliminación de la pena fundado en la circunstancia de que el autor, con su desistimiento ha demostrado que su voluntad criminal no era suficientemente fuerte o intensa, por lo que, tanto desde un punto de vista preventivo especial, como preventivo general, la pena aparece como innecesaria (Jescheck).-

Concepto de desistimiento: Habrá desistimiento siempre que el autor, una vez iniciada la ejecución, por su voluntad no consumare el hecho.

En la tentativa resulta esencial que el delito no se consume por circunstancias ajenas a su voluntad. En el desistimiento en cambio, resulta esencial que el resultado no se produzca por su voluntad.

Hay que distinguir también entre tentativa acabada y tentativa inacabada. En el Código Penal Español, el delito frustrado (tentativa acabada) será más punible que la simple tentativa inacabada (art.51 C.P.E.).

Tentativa acabada (delito frustrado), tentativa inacabada (simple tentativa).

La tentativa será acabada cuando el autor, según su plan, haya realizado todos los actos necesarios para que se consuma el delito faltando solamente a partir de ese momento la producción del resultado. La tentativa es acabada, por lo tanto, a partir del momento en que el autor cree que el resultado ya podría producirse. Ej: El autor remite a la víctima los documentos falsos con los cuales piensa lograr que este le ceda ciertos derechos. De acuerdo con su plan el autor ya ha hecho cuanto tenía que hacer para engañar a la víctima.

La tentativa no es acabada, cuando según el plan del autor el resultado debe alcanzarse por varios hechos sucesivos y en el momento que se la considera, restan todavía por cumplir actos necesarios para que se pueda producir el resultado (tentativa inacabada). Estos criterios rigen también en caso de dolo eventual.(Welzel).

Requisitos del desistimiento en la tentativa inacabada: La omisión de la continuación, la voluntariedad, y ser definitivo.

Requisitos del desistimiento en la tentativa acabada: Que el autor impida por los medios a su alcance la producción del resultado, debe ser voluntario.

Efectos del desistimiento: Excluye la pena en forma personal, es una excusa absolutoria posterior.

2.6. EL DELITO PUTATIVO Y LA TENTATIVA

La tentativa requiere que el autor suponga la existencia de una circunstancia del tipo que por no concurrir en el hecho impide la consumación del delito: El autor cree que la mujer con la que yace es menor de edad, cuando en realidad no lo es.-

Si el autor conoce las circunstancias que según su parecer constituyen un delito y supone la antijuricidad del hecho, no habra tentativa (punible) sino delito putativo (impune).

2.7. CONCLUSION

Este autor describe los elementos de la tentativa, además realiza un análisis sobre los hechos con carencia de tipo describiendo que la teoría de la falta de tipo solo puede hablarse de tentativa cuando lo único que falte del tipo objetivo sea el resultado típico.

Por otro lado analiza el desestimiento de cometer un hecho punible como a la tentativa acabada manifestando que se configura 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 y determinando que el hecho punible doloso se desarrolla en cuatro etapas:

- a) ideación,
- b) preparación,
- c) ejecución y
- d) consumación”.

3. AUTOR ARGENTINO (Eugenio Raul Zaffaroni)

Los actos de tentativa son los que se extienden desde el momento en que comienza la ejecución hasta el momento de la consumación. Se trata de una extensión de la prohibición a la etapa ejecutiva del delito, que alcanza, por consiguiente, desde el comienzo de ejecución hasta que están dados todos los caracteres de la conducta típica. Dado que en la tentativa falta el resultado o no se ha completado la acción típica, el disvalor de la misma es inferior al del acto consumado, por lo que la escala penal es también inferior. El Código Penal argentino no hace la distinción entre delito tentado y delito frustrado, es decir, entre la tentativa que tiene lugar cuando el autor interrumpe su conducta y la que se produce cuando el autor acaba su conducta, pero no sobreviene el resultado típico⁷⁹.

3.1. LAS DISTINTAS TEORIAS ACERCA DEL FUNDAMENTO DE LA PUNICION DE LA TENTATIVA

La Teoría objetiva: Para esta teoría la ley castiga a la tentativa porque implica un peligro para el bien jurídico. La consecuencia de esta teoría no es solo la atipicidad de la tentativa inidonea, sino también la de cualquier tentativa en que el bien jurídico en concreto no haya corrido peligro

⁷⁹ La distinción proviene de ROMAGNOSI (Génesis, Pp. 679 y ss.) y fue receptada por el Código Español de 1870 y antes por el de Las Dos Sicilias (V. PACHECO, Comentarios, 1870, I, p.98). Sobre la doctrina española, RODRIGUEZ DEVESA, 662; RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios I, 86 y ss.).

alguno. Ej. El que entrase en una habitación en la que no hubiese nada que hurtar, no cometería tentativa de hurto. Según esta teoría, la pena de la tentativa debe ser necesariamente inferior a la del delito consumado, porque el peligro del resultado siempre importa un injusto menor que su advenimiento, y es lo que recoge la ley positiva argentina, donde no solo se prevé una escala menor para la tentativa, sino que la misma es obligatoria.

La teoría subjetiva: Es la que funda la punición de la tentativa en la voluntad contraria o enemiga del derecho del autor, o sea que el legislador, con la fórmula de la tentativa, ha querido combatir la voluntad criminal. Esta teoría sirve para explicar la punibilidad de la tentativa inidonea, pero la equiparación a que conduce entre la tentativa y el delito consumado, lleva a una equiparación consecuente de las penas o, al menos, a una atenuación solo facultativa de la pena de la tentativa.

La teoría de la impresión: Como la teoría subjetiva se muestra insuficiente para poner algún coto al avance de la punibilidad a expensas del campo de los actos preparatorios impunes, la teoría de la impresión afirma la punibilidad de la tentativa solo cuando la actuación de la voluntad enemiga del derecho es adecuada para conmover la confianza en la vigencia del orden jurídico y el sentimiento de seguridad jurídica en aquellos que tengan conocimiento de la misma. La teoría de la impresión pretende penar una supuesta alarma social suelta, son correlato objetivo alguno. Es insostenible que haya una alarma social sin fundamento objetivo cierto. Por otra parte esta teoría- como carece de fundamento objetivo- quiere reducir la teoría fundamentadora.

3.2. LA TIPICIDAD EN LA TENTATIVA

La tipicidad subjetiva: La tentativa presupone una tipicidad subjetiva y, como correlato objetivo, un principio de ejecución y una falta de consumación. En su tipicidad subjetiva requiere "el fin de cometer un delito determinado", es decir, el dolo. Debe tenerse siempre en claro que el dolo de la tentativa es el mismo dolo del delito consumado, es decir, es el mismo querer la realización del tipo objetivo. Como lo señala M.E. Mayer, si dos sujetos disparan simultáneamente sobre un tercero para matarlo, y la bala de uno le roza, en tanto que la del otro lo mata, es obvio que la voluntad criminal de quien le roza no se distingue de la que le mató. Es decir, no solo debe ser idéntico el dolo sino que también debe serlo todo el tipo subjetivo.

Para valorar la concreta peligrosidad para el bien jurídico la debe hacer el juez colocándose en el momento de la ejecución y tomar en cuenta para decidir todas las circunstancias conocidas y cognoscibles por el autor. En contra de esta posición, se sostenía la efectiva necesidad de una causalidad para el peligro, tesis que defendía Von Buri, y contra la que se alzó Hippel, quien le objetaba que con semejante criterio, había que afirmar que todos los participantes en la guerra que volvieron a su hogar no han corrido peligro alguno, pues solo los caídos habrían estado en peligro

3.3. LOS LÍMITES DE LA TENTATIVA EN DELITOS CALIFICADOS, EN LOS LLAMADOS DE PURA ACTIVIDAD, EN LOS HABITUALES Y EN LA AUTORIA MEDIATA.

- a. Tratándose de delitos calificados, puede ser que haya una conducta calificante que continúe al tipo fundamental, como en el caso de quien en el robo ejerce la violencia con posterioridad al mismo, en cuyo caso coinciden las opiniones en que la tentativa del robo comienza cuando da comienzo la ejecución de la conducta calificada.
- b. En los delitos de pura actividad se admiten la tentativa, que solo resultaba inadmisibles desde el punto de vista de la teoría formal - objetiva.
- c. En los casos de autoría mediata, consideramos que hay tentativa cuando se acciona sobre el

sujeto interpuesto para que cometa el hecho.

3.4. TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE

La tentativa resulta abarcando tanto a la que se realiza con medios idóneos como inidóneos. Por consiguiente, la tentativa inidonea, no deja de ser un caso más de tentativa. El Código argentino no habla de tentativa inidonea, sino solo de delito imposible.

La tentativa de un delito imposible es una tentativa inútil, porque nunca pudo creerse que fuera a causar el resultado típico, fuera de la imaginación del autor.

3.5. TENTATIVA INIDONEA, DELITO IMAGINARIO (O PUTATIVO) Y AUSENCIA DE TIPO⁸⁰

Es sumamente común que la doctrina distinga al delito imaginario o putativo del caso de la ausencia de tipicidad, que tiene lugar en el caso en que falta algún elemento del tipo además de los que deben faltar por la simple circunstancia de configurar una tentativa y no un delito consumado. En este caso -como es el de quien quiere matar a un muerto- no hay tipicidad de tentativa, de modo que se trata de una ausencia de tipo.

La distinción entre la ausencia de tipo y el delito imaginario (o delito putativo) es, en principio posible, puesto que la ausencia de tipo sería una inversión del error de tipo que afecta

3.6. LA INIDONEIDAD DEL OBJETO Y DEL SUJETO COMO CASOS DE AUSENCIA DE TIPO

La tentativa inútil tiene lugar únicamente cuando el medio elegido es inidoneo para lograr la consumación. Cuando tiene lugar la llamada inidoneidad del objeto no es posible hablar de tentativa, puesto que ella requiere el comienzo de ejecución de un delito, es decir, de una tipicidad objetiva, y no comienza a ejecutarse ninguna tipicidad objetiva cuando no hay objeto idóneo, sin que importe si esa inidoneidad es fáctica o jurídica. No comienza ninguna tipicidad objetiva quien pretende hacer abortar a una mujer que no está embarazada, ni tampoco el que se apodera de una cosa propia.

3.7. LA TENTATIVA IRREAL

Es la tentativa supersticiosa, no es un simple error sobre la causalidad, sino que es la creencia en una causalidad que no es admisible en forma verificable. Quien se vale de sortilegios, espíritus, duendes y demás formas de pensamientos mágicos, totalmente imaginarias, no puede decirse que comienza la ejecución.

3.8. DESISTIMIENTO VOLUNTARIO

El art.43 del Código Penal argentino establece que el autor de tentativa no está sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito.-

3.9. DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA INACABADA Y DE LA ACABADA

En la tentativa inacabada el autor no consuma el delito, pero, dentro de ellos, corresponde

⁸⁰ ROBERT VON HIPPEL, Deutsches Strafrecht, Berlin, 1930, II, P.422 cualquiera de los elementos del tipo que no sea la causalidad, en tanto que el delito imaginario sería una inversión del error de prohibición. No obstante, tan imaginario es el delito en uno como en otro caso. No hay delito más que en la imaginación del autor, cuando supone que se lleva el paraguas ajeno y se está llevando el propio.

distinguir el supuesto en que interrumpe la acción ejecutiva.

En la tentativa acabada se realiza toda la acción ejecutiva, pero no sobreviene el resultado.

Pero en concreto se tiene en cuenta para resolver si media una tentativa acabada o inacabada la subjetividad del autor, porque sin tener en cuenta su plan delictivo, no se puede determinar cuando debe tenerse por realizada la totalidad de la conducta que resulta necesaria para la consumación.

3.10. CONCLUSION

El autor Argentino Dr. Zaffaroni realiza una descripción teórica de la tipicidad y los fundamentos de la teoría referente a la tentativa describiendo que existen límites tratándose de delitos calificados, delitos de pura actividad además los casos de autoría mediata, argumentando que existe un delito imposible el cual es una tentativa inútil, porque nunca pudo creerse que fuera a causar el resultado típico, fuera de la imaginación del autor, concluyendo con la diferenciación de la tentativa acabada e inacabada.-

4. COMPARACIÓN⁸¹

Según las exposiciones realizadas por los autores citados la tentativa en un delito, tiene un elemento fundamental, cual es el elemento volitivo, es decir, lo subjetivo del agente, por lo que para considerar como tentativa de un crimen o simple delito por parte del autor, se debe tener en cuenta y debe darse el tipo subjetivo.

Además, los mismos autores, manifiestan claramente a lo largo de sus trabajos, que se debe distinguir manifiestamente, entre la tentativa acabada, de la inacabada. En la primera, se llevan a cabo todos los actos preparatorios, pero no se produce el resultado, y en la segunda, sin embargo, faltan actos preparatorios para la producción del resultado.

En consecuencia podemos decir que hay tentativa cuando el autor, toma en cuenta y su representación del hecho proceda de inmediato a la realización del tipo legal. Asimismo en la aplicación del Código Penal Paraguayo hace una distinción entre tentativa acabada e inacabada siguiendo el criterio de *Armin Kaufmann*, ya que la atenuación de la pena se realiza por medio del Art. 67 (correspondiente al Art. 49, StGB) solo cabe según el Art. 27, inc. 3º del Código Penal Paraguayo “cuando el autor todavía no haya realizado todos los actos que, según su representación del hecho, sean necesarios para lograr su consumación”. “Este es el criterio usual de delimitación, el cual acierta en general, pero no en todos los casos: en particular, aquellos “por omisión”: que al autor le falte aún tocar un botón del aparato explosivo (comisión inacabada) es materialmente equivalente a que ya haya tocado todos los botones necesarios para causar la explosión, pero sabiendo que todavía puede accionar otro botón capaz de impedir la explosión (omisión inacabada). En ambos casos, la pérdida de control se producirá recién en el momento posterior al tocar el disparador final (comisión). Por ello, el criterio correcto de distinción depende de si el autor ha llevado adelante la ejecución hasta cierto punto (omisión) en que pudiera llegar a ser inevitable la consumación, o si, en cambio, mantiene aún el control en su poder. En el primer caso, habrá derecho a la aplicación, en principio, de la misma escala penal del delito consumado; en el segundo, la escala penal deberá ser necesariamente disminución.

⁸¹ Welzel, 196; Schonke-Schroder, 318; Baumann, 529; Jescheck, 437; Stratenwerth, 204; Otto, 236; Rudolphi, 188; Blei, 209; Maurach, 519; Etc.

Pero aún en casos de la tentativa acabada puede darse supuestos en el que el proyecto de acción, sin ser de burda insensatez, este gravado, en su concepción o ejecución, con elementos retardatarios tan intensos (grave imprudencia invertida) que la consumación fuera prácticamente imposible y la escala penal el delito consumado apareciera, en consecuencia, como excesiva. Para estos casos también podría estar justificada la posibilidad de atenuación de la pena, de modo similar a la atenuación de la tentativa inacabada. Por extensión la misma atenuación de la tentativa inacabada. Por extensión, la misma atenuación podría ser razonable cuando, desde una perspectiva ex ante, el fracaso fuera tanto más probable que la chance de consumación apenas pudiera tomarse en serio. Ahora, dado que una tentativa defectuosa, da esa posibilidad de disminución de la pena para casos de fracaso solo se hallan justificada si la misma posibilidad de atenuación estuviera prevista para el caso de que, por una vía semejante, se llegara igualmente a la consumación. Por tanto, se trataría aquí más bien de una causa de imputación defectuosa (disminuida) que valdría por igual, tanto para la tentativa como para el delito consumado; sería más propio que el caso estuviera previsto entre las reglas de atenuación.

5. CRITERIO PERSONAL

Al realizar un análisis de nuestra disposición penal, se puede decir que, tanto Welzel, Bacigalupo y Zaffaroni, adoptan criterios que se asemejan al adoptado por nuestro Código de fondo, fundamentalmente en relación a las diferentes teorías, que lógicamente en una normativa no se encuentra expresamente establecida, las que deben ser consideradas y valoradas, en su momento, por el Juzgador de un caso concreto.

La tentativa en líneas generales tiene aspectos coincidentes para estos autores, y en especial, corresponde ya al Juzgador, adoptar las diferentes teorías, que más coincidan con el caso concreto tratado. Sin embargo, el Dr. Enrique Bacigalupo, coincide con el criterio adoptado por nuestra norma penal, sobre todo, en relación al desistimiento, ya que según el criterio de este autor, el agente debe impedir por los medios a su alcance la producción del resultado, es decir, debe ser eminentemente voluntario, lo que en nuestra disposición legal se manifiesta claramente, al estipularse en su art.28, inc. 1ro. que también debe desistirse voluntariamente de la realización del tipo legal, y sobre todo, este autor introduce también la distinción entre tentativa acabada e inacabada, manifestando que estos dos tipos de tentativas, se pueden distinguir por el elemento subjetivo; lo que también se encuentra en nuestro Código Penal, en su art.28, inc.1, en el que claramente se menciona la tentativa acabada, y en cuyo caso, una vez impedido la realización del resultado, el autor quedará eximido de pena.

Tanto el Código Penal Paraguayo como los autores citados, hablan de la voluntariedad del desistimiento, es decir, si el autor se cree descubierto, ya no desiste voluntariamente.

También se tiene muy en cuenta, que el autor haya sido capaz de impedir la producción del resultado. Por tanto la tentativa, mejor dicho los actos que la constituyen, deben ser inmediatamente anteriores a la consumación (art. 26), y que deben ser posteriormente a los actos preparatorios. Vamos a preguntarnos la razón, el motivo por el que habrá que efectuar un cierto y determinado circuito lógico, porque las disposiciones de la tentativa no dicen que hay tentativa cuando el delito no se pudo consumir por circunstancias ajenas a la voluntad del autor.

A esto hay que deducirlo en el Código de nuestro País, porque se halla dicho en forma tácita, implícita. Pero en realidad como conclusión del presente estudio me parece que la fórmula jurídica lo debió haber dicho explícitamente en la norma. -

gamba paredes

Gustavo

Abogado.-

BIBLIOGRAFÍA

- **BACIGALUPO**, Enrique (1995) Manuel de Derecho Penal Parte General. Editorial TEMIS-Santa Fé de Bogota-Colombia, 4ta. Reimpresión. P.163-177.
- **WELZEL**, HANS (1996) *Derecho Penal Aleman Parte General*. Chile. Editorial juridica de Chile, s.f., 4ta. Edición Castellana, P. 224-236. Traducción Profs. Juan Bustos Ramirez y Sergio Yañez Perez.
- **ZAFFARONI**, EUGENIO RAUL, Tratado de Derecho Penal Parte General, 1993, Buenos Aires - Argentina, Editorial EDIAR S.A. Editora Comercial, industrial y financiera. T. IV, P.412-509.
- **CODIGO PENAL PARAGUAYO**

EDUARDO ARIEL GONZÁLEZ BÁEZ

LA INSTANCIA Y LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO PENAL PARAGUAYO

1. INTRODUCCIÓN

Todo cambio produce en las personas temor a ellos, ese o esos miedos pueden ser por distintos motivos, pero el principal miedo es de volver a empezar de nuevo algo, ya que los resultados podrían ser positivos o negativos, es decir, el temor a la incertidumbre.

Nuestra legislación penal, al momento del inicio del proceso de reforma, requería de una adecuación a los nuevos tiempos, a la configuración de nuevas conductas delictivas. Se celebró un nuevo código de fondo que cumple diez años de promulgación, y a pesar de sus luces y sombras debemos analizarlo, ha transcurrido un gran plazo de tiempo para ver y hacer un objetivo estudio desde el punto de vista académico para finalmente en base a la norma conmemorar por sus aciertos y corregir los errores con los que se cuenta.

En este trabajo se desarrollara un tema que afecta a los profesionales y estudiosos del derecho que batallamos en este fuero tan digno y loable como es la jurisdicción penal. Me refiero a los institutos de la Instancia y la Prescripción. Trataré de explicar donde surge o nace el problema, como se aplican o deberían ser aplicados, y principalmente cual sería la solución al problema planteado.

No creo que con un simple artículo, como el desarrollado en este trabajo se llegue a una conclusión definitiva, pero lastimosamente hasta el día de hoy he tratado de buscar una respuesta en la doctrina nacional pero nadie a abordado este tema en profundidad, en fallos nacionales son ambiguos, por lo que al ser consultado para escribir un artículo por los diez años, decido tomar este tema y he investigado principalmente nuestra fuente el Código Penal Alemán, y para tener un mejor marco referencias también tome la legislación española y la Argentina, llegando finalmente a conclusiones interesantes a ser desarrolladas en este sencillo trabajo, pero que espero que de un poco de luz a este tema, y que mis colegas expongan sus posiciones para el mejoramiento de la norma y de la justicia paraguaya.

2. LA INSTANCIA.

La instancia puede ser definida como, el derecho que tiene la víctima en solicitar, de la forma prevista por la ley, a los órganos estatales correspondientes la intervención para la iniciación de la acción contra el autor de un hecho punible, y así en el estadio procesal oportuno llegar a la sanción. En el art. 97 del Código Penal se estableció a la Instancia, con estos términos:

“Art. 97. Instancia de la Víctima

1º Un hecho punible cuya persecución penal dependa de la víctima, será perseguible sólo cuando ella inste el procedimiento...”.

Si bien es cierto, este tema también importa al derecho procesal, afecta de igual manera al derecho de fondo, atendiendo que la técnica legislativa utilizada fijó a la instancia en el Código Penal y no en el texto de forma, siendo esta una innovación en nuestra legislación, ya que el vetusto Código Penal no se refería a la acción, sino que la instancia era tratada en el Código Procesal Penal en su Título II, desde el art. 15 y siguientes, donde establecía la acción penal pública o privada, pudiendo ser la pública de oficio o la que surgía de la “denuncia de parte”.

Al momento de la redacción, estudio y análisis de lo que fuera el anteproyecto del Código, se previó solo dos tipos de acciones, la acción penal pública de oficio y la acción penal pública a instancia de parte, dejando de lado a la acción penal privada⁸². De esta manera fue promulgado el Código Penal, fijando al Ministerio Público las acciones e intervenciones al Ministerio Público para todos los hechos punibles tipificados en la parte especial del Código Penal, debido a ser esa la política criminal prevista por el legislador en ese momento⁸³. Como señala, el Prof. Centurión Ortiz, existen dos tipos de criterios para la aplicación de la acción del órgano encargado de la acción penal pública, una de ellas basada en el Principio de legalidad, que fue la que finalmente fue incorporada por nuestra legislación, y la otra con sustento en el Principio de Oportunidad⁸⁴.

Se debe señalar que el mismo equipo de juristas que trabajo en el anteproyecto del Código Penal, no fue el mismo que elaboro el anteproyecto del Código Procesal que tuviera como fuente al Código Procesal para Latinoamérica, que sirviera también como fuente para el Código Procesal de Costa Rica, y de la Provincia Argentina de Córdoba. Esto produjo un cambio en el régimen de las acciones que se tenía previsto en el Código de fondo, reestableciendo la acción penal privada, en su art. 17, y fijando los hechos punibles que serían tramitadas por vía de esa acción procesal. La inclusión en el Código Procesal Penal fue la forma para zanjar el inconveniente de incluir la acción privada y la forma de tramitación para este tipo de procesos.

Fue así como surgió toda la vorágine y confusiones sobre este punto de la instancia y la acción, debido a que para el anteproyecto de ley del Código Penal, se tenía una filosofía y principios distintos a lo que finalmente fueron instituidos en el Código Procesal Penal.

De esta forma el régimen de las acciones en nuestra legislación quedo de la siguiente manera: a) acción penal pública; b) acción penal pública a instancia de parte; c) acción penal privada.

Sigamos con el análisis, el Código Penal Alemán, cuenta con el régimen de la acción penal pública, la de oficio y la de instancia de parte. El Código Penal y el Código Procesal Penal, establece la “denuncia” para dar aviso de todo tipo de hechos punibles a las autoridades, pero cuando se refiere a hechos punibles que requieren instancia de parte debe presentarse indefectiblemente la querrela por parte de la víctima, para motivar la intervención del Ministerio Público⁸⁵. Es importante agregar que, en el contexto del Código Procesal Alemán, también se legisla en este cuerpo normativo lo referente a la Acción Privada, con la diferencia que el Ministerio Público, utiliza el principio de oportunidad, es decir, según la legislación penal alemana, el Fiscal, interviene si cree conveniente hacerlo, caso contrario puede proseguir la acción la víctima con una querrela autónoma.

El plazo para instar el procedimiento, en lo casos de acción penal a instancia de parte y de acción penal privada, es de seis meses tal como se encuentra previsto en el art. 98 del Código

⁸² Casañas Levi, José Fernando – Pág. 206.

⁸³ Centurión Ortiz, Rodolfo Fabián – Curso de Derecho Penal. Parte General. Pág. 216. Marben Editora & Gráfica S.A. “Hay que poner de relieve que el Código Penal, en un inicio, solamente previó un régimen de la acción penal de carácter netamente público para la persecución penal de los hechos punibles, con el propósito de garantizar la posibilidad a todos los ciudadanos de plantear su correspondiente petición de justicia por medio del Ministerio Público, ante los órganos jurisdiccionales del Estado”.

⁸⁴ Centurión Ortiz, Rodolfo Fabián – Pág. 213. “El principio de legalidad, por oposición al de oportunidad, significa que el órgano del ejercicio de la acción penal pública no puede dejar de ejercerla, toda vez que concurran los presupuestos sustantivos de ella; mientras que el principio de oportunidad se basa en la admisión de un juicio apreciativo, de parte del órgano acusatorio, acerca de la conveniencia o pertinencia de la acción”.

⁸⁵ Código Penal Alemán STGB – Código Procesal Penal Alemán STPO – Marcial Pons. Art. 77 – Autorizado para la querrela. “I. Cuando el hecho sólo sea perseguible previa presentación de querrela, el perjudicado podrá presentar la querrela en la medida en que la ley no determine otra cosa...”.

Penal⁸⁶. La forma en que quedo redactada esta norma no prevé la sanción por la no deducción en plazo de la acción, como si se encuentra redactado en el Código Penal Alemán, en estos términos: “Art. 77 b. I. Cuando un hecho sólo sea perseguible mediante presentación de querrela, **no será perseguible cuando el autorizado para presentarla omita el presentarla en un plazo de tres años...**”. En la propia norma como vimos, se establece la sanción lo que no ocurre en nuestra norma que establece el plazo para instar la acción.

La solución se da no en el Código Penal, sino que surge del Código Procesal Penal, al dejar abierta la posibilidad de interponer un mecanismo de defensa por medio de una excepción de extinción de la acción que se encuentra prevista en el artículo 329, inciso 3⁸⁷, para el caso de no deducirse la acción en el plazo de seis meses, tal como se encontraba previsto en el Código Penal.

Como se puede observar los conflictos de interpretación en materia penal no surge solo por el cambio en los criterios entre la norma de fondo y de forma, sino que existen problemas en la redacción de instituto de la instancia y de la prescripción de la acción, que será analizado más abajo.

3. PRESCRIPCIÓN.

El art. 101 del Código Penal establece la prescripción penal, cuyo efecto es el de “*extinguir la sanción penal*”. Se debe aclarar que existen dos tipos de prescripciones a saber: la prescripción de la acción, y la prescripción de la pena⁸⁸.

El art. 102 del Código Penal, se establece los plazos de la prescripción que son:

1. quince años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea de quince años o más de pena privativa de libertad;
2. tres años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa.
3. en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad en los demás casos.

Con respecto al primer numeral del primer inciso no se encuentran reparos sobre el, pero con referencia a los otros dos numerales la técnica legislativa, y el no contar con conceptos bien definidos en materia de las penas a ser aplicadas en la parte especial, crea inconvenientes en la aplicación de la prescripción.

a. Pena de Multa.

Según el num. 2, del inciso 1º del art. 101 del Código Penal, los hechos punibles que establecen como marco penal tres años de pena privativa de libertad se aplican también a los hechos punibles cuya pena es solamente la de multa. Ahora bien, porque se dejó este plazo de prescripción tan extenso para los hechos punibles con pena de multa, considerando que en los hechos punibles con pena privativa de libertad cuentan con marcos menores para la prescripción.

⁸⁶ Art. 98 Código Penal. Plazos. 1º El plazo para instar el procedimiento será de seis meses y correrá desde el día en que el autorizado haya tenido conocimiento del hecho o de la persona del participante...”.

⁸⁷ Art. 329 Código Procesal Penal. Excepciones. Las partes podrán oponerse al progreso del procedimiento, ante un juez, mediante las siguientes excepciones:...3) extinción de la acción penal...”.

⁸⁸ Fontán Palestra, Carlos – Derecho Penal – Pág. 639. Lexis Nexis. Bs. As. 2002. “La diferencia entre la prescripción de la acción y la pena reside en que la primera la renuncia estatal opera sobre el derecho de perseguir la imposición de una pena, en tanto que en la segunda recae sobre el derecho de ejecutar las penas ya impuestas por los organismos oficiales”.

Los hechos punibles cuya preocupación es de tres años ya que la pena es la de multa son:

ARTÍCULO	HECHO PUNIBLE	MARCO PENAL
Art. 110	Maltrato Físico	Ciento ochenta días multa
Art. 123	Tratamiento médico sin consentimiento.	Multa
Art. 132	Actos Exhibicionistas	Multa
Art. 137	Estupro	Multa
Art. 143	Lesión a la intimidad de las Personas.	Multa
Art. 145	Violación de la confidencialidad de la palabra.	Multa
Art. 150	Calumnia	Multa
Art. 151	Difamación	Ciento ochenta días multa
Art. 152	Injuria	Noventa días multa
Art. 229	Violencia Familiar	Multa

Desde mi punto de vista, no fue correctamente evaluado el plazo para la prescripción de la multa, ya que, por más que tanto la pena privativa de libertad y la pena de multa, son según el art. 37 del Código Penal, penas principales, debería la primera contar con un plazo igual o mayor, y en las penas de multa con plazo de prescripción menor.

Pero recurramos a la fuente para determinar donde se encuentra el error. Me atrevo a llegar a la conclusión de una incorrecta redacción de la norma, Código Penal Alemán, que establece los siguientes plazos:

“Art. 78. Plazo de prescripción...

- II. Los crímenes del 220 (genocidio) y del 211 (homicidio) no prescribirán.
- III. En la medida en que la persecución prescriba, el plazo de prescripción supondrá.
 1. treinta años, en el caso de hechos castigados con pena privativa de libertad de por vida,
 2. veinte años, en el caso de hechos que como máximo sean castigados con pena privativa de libertad de más de diez años,
 3. diez años, en el caso de hechos que como máximo sean castigados con pena privativa de libertad de más de cinco años hasta diez años,
 4. cinco años, en el caso de hechos que como máximo sean castigados con pena privativa de libertad de más de una año hasta cinco años,
 5. tres años en el resto de los casos...”.

Como se puede observar, los plazos de prescripción se encuentran determinados

concretamente lo que facilita la interpretación y aplicación de este instituto, y acertadamente como cuentan con la instancia de parte (Querrela) para los hechos punibles menos grave⁸⁹, y así tiene sentido tanto la instancia como la prescripción. Se suma a ello que todos los hechos punibles establecidos en la parte especial del Código Penal Alemán, cuentan con un marco penal de pena privativa de libertad o la multa, pero no se da el caso de solo pena de multa, como si ocurre en el Código Penal Paraguayo, cuyas figuras penales fueron señaladas más arriba.

La Corte Suprema ratifica el plazo de los tres años para la prescripción en el siguiente fallo, veamos:

“En la SD N° 116 de fecha 19 de agosto de 2002, el Juez califica el hecho punible solo como calumnia, por lo que el hecho de difamación debe ser dejado de lado. Tipifica la conducta del acusado dentro de las disposiciones del art. 150, inc. 1° del Código Penal, es decir, solo lo hace como calumnia, sin considerar agravantes.

El art. 102, inc. 1° del Código Penal expresa: ¿Los hechos punibles prescriben en: 1°- Quince años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea de quince años o más de pena privativa de libertad; 2°- Tres años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa; 3°- En un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad en los demás casos?

*En este momento, se debe efectuar la subsunción de la conducta calificada (art. 150, inc. 1° del Código Penal) dentro de las propuestas hechas en el art. 102 del mismo cuerpo legal. Al respecto, la misma debe ser incurrida dentro de lo que indica el num. 2 del inc. 1° del articulado citado, en razón a que por la calificación dada, no puede ser utilizado el marco de pena privativa de libertad, por lo que solo queda el hecho punible de multa, y según las indicaciones arriba dichas, multa que solo puede prescribir en un plazo de tres años. **Así dado este razonamiento, este juicio o acción debería prescribir a los tres años, contando desde el día 21 de febrero de 1999, por lo que debería prescribir el 21 de febrero de 2002, pero en dicho juicio se han dado varias interrupciones de la acción, contempladas en el art. 104, inc. 1°, la última de ellas es el auto de elevación a plenario, Auto Interlocutorio N° 49 de fecha 17 de marzo de 2000 dado a fs. 25 de autos. Entonces el plazo de prescripción se debe contar desde la fecha 17 de marzo de 2000, por lo que este juicio debe prescribir en fecha 17 de marzo de 2003, ya que no hubo ni una sola interrupción posterior a esa fecha. Atendiendo al art. 101 del Código Penal, se ve que el efecto que la Ley aplica a la prescripción es la extinción de la sanción penal, por lo que así debe ser declarado.** Corte Suprema de Justicia Sala Penal. Ac y Sent 882, del 2006-09-12.*

Con esta interpretación de la Corte Suprema de Justicia no deja dudas sobre la interpretación que se da en los plazos de la prescripción en los hechos punibles cuya pena sea la de multa. Pero no nos olvidemos que el hecho prescribe a los tres años, pero tenemos un plazo de seis meses a partir que se tuvo conocimiento del hecho para instar el procedimiento.

b. Plazo para los casos de pena privativa de libertad menor a tres años y con multa.

El otro problema que surge más grave en la redacción de la prescripción se da en el num. 3 del inciso 1° del art. 101, ya que existen hechos punibles cuya pena privativa de libertad no superan

⁸⁹ Código Penal Alemán. Art. 77b. I. Cuando un hecho sea perseguible mediante presentación de querrela, no será perseguible cuando el autorizado para presentarla omita el presentarla en un plazo de tres meses...”.

los tres años y se establece también pena de multa. La norma de referencia determina que la prescripción se configura por el transcurso del plazo “en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad en los demás casos”, la confusión se da así en las siguientes figuras penales:

ARTÍCULO	HECHO PUNIBLE	MARCO PENAL
Art. 111	Lesión	Un año o multa
Art. 113	Lesión culposa	Un año o multa
Art. 117	Omisión de Auxilio	Un año o multa
Art. 120	Coacción	Dos años o multa
Art. 122	Amenaza	Un año o multa
Art. 134	Maltrato de Menores	Dos años o multa
Art. 138	Actos Homosexuales con menores	Dos años o multa
Art. 141	Violación de Domicilio	Dos años o multa
Art. 142	Invasión de Inmueble Ajeno	Dos años o multa
Art. 144	Lesión del derecho a la comunicación y a la imagen	Dos años o multa
Art. 146	Violación del secreto de la comunicación	Un año o multa
Art. 147	Revelación de un secreto de carácter privado	Un año o multa
Art. 157	Daño	Dos años o multa
Art. 170	Uso no autorizado de un vehículo automotor	Dos años o multa
Art. 174	Alteración de datos	Dos años o multa
Art. 177	Frustración de la ejecución individual	Dos años o multa
Art. 182	Favorecimiento de acreedores	Dos años o multa
Art. 189	Aprovechamiento clandestino de una prestación	Un año o multa
Art. 202	Perjuicio a Reservas Naturales	Dos años o multa
Art. 215	Exposición a peligro del tráfico aéreo, naval y ferroviario	Dos años o multa
Art. 217	Exposición a peligro del tránsito terrestre	Dos años o multa
Art. 222	Violación de las reglas de adopción	Un año o multa
Art. 225	Incumplimiento del deber legal alimentario	Dos años o multa
Art. 232	Perturbación de ceremonias fúnebres	Dos años o multa
Art. 255	Producción indebida de certificados de salud	Dos años o multa
Art. 256	Uso de certificados de salud de contenido falso	Dos años o multa
Art. 257	Expedición de certificados sobre méritos y servicios de contenido falso	Dos años o multa
Art. 258	Producción indebida de certificados	Un año o multa
Art. 260	Abuso de documentos de identidad	Dos años o multa
Art. 266	Preparación para la producción de moneda y marcas de valor no auténticas	Dos años o multa
Art. 277	Falseamiento de documentos electorales	Un año o multa
Art. 279	Engaño al elector	Dos años o multa

Art. 296	Resistencia	Dos años o multa
Art. 297	Afectación de Cosas Gravadas	Un año o multa
Art. 298	Quebrantamiento del depósito	Dos años o multa
Art. 299	Daño a anuncios oficiales	Un año o multa
Art. 302	Soborno	Dos años o multa
Art. 313	Cobro indebido de Honorarios	Dos años o multa

Aquí tenemos dos soluciones posibles, la primera sería que el plazo de prescripción se determina por el máximo de la pena privativa de libertad que puede ser uno o dos años, según el marco penal establecido, y la segunda sería que la prescripción va a los tres años como se encuentra previsto para la pena de multa.

El numeral tercero no fue redactado correctamente, pues innecesariamente deja esta confusión, creo que hubiera sido mejor haber determinado un plazo fijo para la prescripción de estos hechos punibles, es decir, uno o dos años como si ocurrió en los otros dos casos previstos para la prescripción. Llegamos en la interpretación de la prescripción a ambigüedades, que hasta la fecha producen en los abogados, magistrados, que se desempeñan en esta área una incertidumbre a pesar que la norma este vigencia hace casi una década, sin que la Jurisprudencia sea uniforme sobre este tema.

IV. COMISIÓN NACIONAL DE REFORMA PENAL

Como se sabe se ha conformado una Comisión Parlamentaria para la reforma del Código Penal, que a la fecha tiene aprobación por parte de la Cámara de Diputados, pero lamentablemente, ni la Comisión ni la Cámara baja han estudiado correctamente el problema de la prescripción señalado en este trabajo, veamos:

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL	TEXTO CÁMARA DE DIPUTADOS
<p>Artículo.- 102 Plazos</p> <p>1º Los hechos punibles prescriben en:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. quince años, cuando el limite máximo del marco penal previsto sea de quince años o más de pena privativa de libertad; 2. tres años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea de pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa; 3. en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad en los demás casos. <p>2º El plazo correrá desde el momento en que termine la conducta punible. En caso de ocurrir posteriormente un resultado que pertenezca al tipo legal, el plazo correrá desde ese momento.</p> <p>3º Son imprescriptibles los hechos punibles,</p>	<p>Art.- 102 Plazos</p> <p>1º Los hechos punibles prescriben en:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 quince años, cuando el limite máximo del marco penal previsto sea de quince años o más de pena privativa de libertad; 2 tres años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea de pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa; 3 en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad en los demás casos. <p>2º El plazo correrá desde el momento en que termine la conducta punible. En caso de ocurrir posteriormente un resultado que pertenezca al tipo legal, el plazo correrá desde ese momento.</p>

- previstos en el artículo 5º de la Constitución y en los artículos t1; t2 y t3 de esta ley.
- 4º El plazo se regirá de acuerdo al tipo legal aplicable al hecho, sin consideración de agravantes o atenuantes que sean previstas en las disposiciones de la parte general o para casos especialmente graves o menos graves.
- 3º Son imprescriptibles los hechos punibles, previstos en el Artículo 5º de la Constitución y en los Artículos 320.1, 320.2 y 320.3 de esta ley.
- 4º El plazo se regirá de acuerdo al tipo base aplicable al hecho, sin consideración de agravantes o atenuantes que sean previstas en las disposiciones de la parte general o para casos especialmente graves o menos graves”.

Se mantiene así, los plazos para la prescripción, que se encuentran en el Código Penal, lo que implica que los inconvenientes seguirán, tanto en la instancia como en la prescripción. El no fijar plazos para los hechos punibles con pena privativa de libertad menor a tres años, y el mantener los marcos penales solo en penas multa provocaran que sigamos con los conflictos de interpretación y aplicación vigentes sin la modificación ahora pretendida.

V. CONCLUSIÓN.

Tal como indicara al inicio, era necesaria la adecuación a los tiempos mas actuales de la norma penal, ya que se habían configurado nuevas figuras delictivas, pero ahora transcurrido un tiempo desde la promulgación del actual Código Penal, es el momento de realizar un análisis medurado de la norma, y posterior a ello determinar si el modelo utilizado es válido para nuestra sociedad.

Particularmente creo que sí, tal vez los mayores inconvenientes han surgido en forma de redacción en ocasiones, con términos no común, entendiendo que la norma no se aplica solo a los que abrazamos la carrera de derecho, sino que debe ser clara para el ciudadano común, y más aún al referirnos a la ley penal.

No observo soluciones en la modificación que se pretende actualmente al Código Penal, ya que el problema no solo esta en la ley, sino también en los hombres que aplican la Ley, se requieren de Abogados, y magistrados probos, por el bien de la Justicia.

Abog. Eduardo González⁹⁰

⁹⁰ **Eduardo Ariel González Báez.** Abogado egresado en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción Año 2000. Especialista en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal por Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción 2007. Especialista en Didáctica Universitaria por la Universidad de la Integración de las Américas UNIDA 2006. Agente de la Propiedad Intelectual. Actual Director Académico de la Universidad de la Integración de las Américas UNIDA. Miembro del Consejo de la Facultad de la Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Director del “Observatorio Judicial” Proyecto de Investigación entre la UNIDA y USAID. Profesor Auxiliar de la Cátedra de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Profesor de la Cátedra de Introducción al Derecho en la Universidad de la Integración de las Américas UNIDA. Secretario General del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la UCA. Vice Presidente del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la UCA. Ha publicado artículos jurídicos en la Revista Jurídica la Ley: Extradición – Imposibilidad del Estudio Sobre la Cuestión de Fondo (Diciembre 2004) y La Lesión De Confianza: Algunas Reflexiones Para Evitar Un Tipo Penal Abierto (Suplemento Penal

Bibliografía

- Casañas Levi, José Fernando – Manual de Derecho Penal Parte General – Pág. 206. Intercontinental Editora. Asunción. 2005.
- Centurión Ortiz, Rodolfo Fabián – Curso de Derecho Penal. Parte General. Pág. 216. Marben Editora & Gráfica S.A. Asunción. 2007.
- Fontán Palestra, Carlos – Derecho Penal – Pág. 639. Lexis Nexis. Buenos Aires. 2002.
- Bacigalupo Enrique. Derecho Penal Parte General. Hammurabi. Buenos Aires. 1999.
- Hernández Carolina. Acción y Prescripción en el Derecho Penal. Editorial Juris. Rosario. 2000.
- Ley N° 1160/97. Código Penal Paraguayo.
- Código Penal Alemán STGB – Código Procesal Penal Alemán STPO. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid. 2000.
- Casañas Levi José. Legislación Penal Paraguaya. Intercontinental. 2000

de la Ley Año 2005). Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la UCA: Sobre la responsabilidad civil del Agente Fiscal, en coautoría. Revista Jurídica Luis De Gasperi “La Bioética y la posibilidad de aplicación de sus fundamentos en el Derecho Paraguayo”.

MARLENE GONZÁLEZ DE OVELAR⁹¹

⁹¹ Abogada Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Nacional de Asunción. Master en Derecho Penal año 2007, Agente Fiscal Ordinario de la Ciudad de Fndo. De la Mora.

LA PROPORCIONALIDAD EN LA SANCIÓN PENAL EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

INTRODUCCIÓN

Luego de que la practica en la implementación del nuevo código de la Niñez y la Adolescencia nos ha demostrado los problemas por los que se atraviesa al aplicar el Art. 207 por los operadores del Sistema Penal, siendo específicamente la falta de equidad con la cual se aplica el mismo, es necesario la creación de un criterio unánime por el cual se rijan los operadores de justicia para la aplicación del articulo en cuestión.

En el presente trabajo planteo una opción (matemática) basada en el principio de proporcionalidad la cual ya fue discutida con algunos profesores y estudiosos de las normas nacionales siendo aceptadas por alguno de ellos y refutadas por otros, por lo cual, considero propicio transmitir esta idea para su difusión y reformulación en caso de proceder.

La solución para la aplicación de este articulo no requiere de una reformulación del articulo en cuestión normado en el CNA, en el cual se establezcan los tipos penal igual que en Código Penal pero con los marcos penales correspondiente a los menores infractores de la ley.

En este sentido debemos tener presente la finalidad en su aplicación del articulo en cuestión, el cual doctrinariamente y sostenida el grupo mayoritario de los operadores de la ley de menores, debería ser la de velar por el intereses superior del menor adolescentes y los principios generales y garantías constitucionales.

1. UBICACIÓN HISTÓRICA NORMATIVA.

Luego del golpe de estado del 1989 nuestro país a atravesado lo que fue llamado por los sociólogos como “transición hacia la democracia”, hasta la promulgación de la Constitución Nacional de 1992 la cual, consagra entre otras cosas, principios estableciendo la Modernización del sistema normativo penal y procesal penal.

Hoy en día, el Estado paraguayo ha realizado un notorio esfuerzo político y económico al incorporar y transformar cuerpos normativos en un periodo de 10 años (desde 1992 hasta el 2002) entre los cuales se pueden hacer mención al Código Penal, Procesal Penal la incorporación a nuestro sistema normativo de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y la del Código de la Niñez y la Adolescencia, este ultimo en diciembre de 2001, esté redactado con bases Constitucionales - “... El artículo 54 de la protección del niño establece , La familia , la sociedad y el estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el trafico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. Los derechos del niño, en caso de conflicto, tiene carácter prevaleciente” y de cuerpos normativos Internacionales como es el de La Declaración Universal de los Derechos del Niño ratificado por nuestro país.

En este último por ejemplo podemos identificar en su art. 3° - PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR- “... Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías...”. El cual se ve inmerso en cada uno de los artículos de todo este cuerpo normativo identificado como Código de la Niñez y de la Adolescencia, en este sentido quisiera realizar el hincapié del desarrollo que centra nuestra atención en lo que respecta al ámbito penal adolescente y la aplicación de la pena, el cual lo expongo a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA.

“Artículo 207.- DE LA DURACION DE LA MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERTAD. La medida privativa de libertad tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de cuatro años. En caso de un hecho calificado como crimen por el Derecho Penal común, la duración máxima de la medida será de ocho años. A los efectos de la medición de la medida, no serán aplicables los marcos penales previstos en las disposiciones del Derecho Penal común. La duración de la medida será fijada en atención a la finalidad de una internación educativa en favor del condenado”

Este artículo se tiene por finalidad la aplicación del principio de resocialización, y el del interés superior del niño, sin perder de vista lo establecido por el **Art 21 de la Constitución Nacional que reza:** “... - **Del objeto de las penas.** Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad. Quedan proscriptas la pena de confiscación de bienes y la de destierro...”. Pero nos encontramos ante el problema de la equidad⁹² en la proporcionalidad de la aplicación de pena, ya que hoy en día la medición de las penas a ser aplicadas por los delitos y crímenes realizados por menores, los Jueces de sentencia realizan a ojo la medición de la pena sin aplicarse el principio de proporcionalidad.

Ejemplo: Hubieron casos en los cuales un joven de 15 años fue condenado a ocho años (el cual es el máximo según el Art. 207 del CNA) por realizar de un hecho calificado por el Tribunal como de Homicidio Doloso de conformidad al Art. 105 inc. 2° num. 1. del C.P. en concordancia con el art. 29 del mismo cuerpo legal, el cual considero que fue acertado; pero en otro caso en el cual un

⁹² **EQUIDAD:** Definición; Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Manual Osorio 28ª Edición.
*Justicia distributiva; es decir, la basada en la igualdad o proporcionalidad. / Moderación en la paliación de la ley, atemperando según el criterio de justicia el rigor de la letra. / Principios generales que deben guiar la facultad discrecional del juez.

joven de 16 años fue condenado a ocho años (el cual es el máximo según el Art. 207 del CNA) por realizar un hecho calificado por el tribunal como Robo Agravado de conformidad al Art. 167 inc. 1 num. 1 del C.P. en concordancia con el art. 29 del mismo cuerpo legal.

Dándose según el ejemplo el cual es la practica de todos los días una perdida de la aplicación de la equidad y proporcionalidad en la aplicación de la pena

Así mismo se ha generado serias críticas a este artículo ya que dicen:

Que se haya completamente fuera del marco del **principio de legalidad** el cual reza “**...Artículo 1.- Principio de legalidad.** Nadie será sancionado con una pena o medida *sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente* con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción...”. Argumentando que en este artículo se deja al arbitrio del Juzgador la aplicación a ojo de la pena máxima en los hechos punibles ya que los mismos no se encuentran establecidos expresa y estrictamente como se encuentra en el Código Penal. Así mismo podemos señalar lo escrito por el Dr. Enrique Bacigalupo en su libro Manual de Derecho Penal Parte General 2ª edición en el Capitulo II que reza: “*...La Ley penal tienen una función decisiva en la garantía de la libertad . Esta expresión suele expresarse en la máxima nullum crimen nulla poena sine lege. Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede merecer un pena del derecho penal . La jerarquía constitucional de este precepto es hoy en día indiscutida. No solo rige respecto de las sanciones propiamente penales, sino de toda sanción (inclusive las administrativas y disciplinarias) que pueden aplicarse por una lesión del ordenamiento jurídico...*” .

3. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ANTE EL PROBLEMA⁹³.

Ya desde la ilustración y la revolución francesa se ha reclamado que “ *la ley no debe establecer otras penas que las estrictas y manifiestamente necesarias*” (artículo 8 de la declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879). Con anterioridad Beccaria concluía su **dei delkitti e delle pene** con afortunada síntesis: “*... Para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la penal pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictadas por las leyes...*” .

En relación al ejercicio del poder punitivo del Estado estos principios cobran un significado capital. Así, en primer lugar, el principio de necesidad reclama que la incriminación de una conducta sea medio imprescindible de protección de bienes jurídicos y comporta la intervención mínima posible sobre los derechos de la persona para alcanzar el fin, lo que conocemos, respectivamente, como principio de protección de bienes jurídicos y principio de intervención mínima.

En segundo lugar, el principio de adecuación requiere que la incriminación de la conducta y la consecuencia jurídica de la misma, pena o medida, sea apta para alcanzar el fin que la fundamenta.

En tercer y último lugar, el principio de proporcionalidad en sentido estricto requiere un juicio de ponderación entre la carga de privación o restricción de derechos que comporta la pena o medida y el fin perseguido con la incriminación y con las penas o medidas. Mientras que el principio de proporcionalidad en sentido amplio, plasma en los principios de protección de los

⁹³ La exigencia de proporcionalidad no es solamente de orden jurídico sino también requisito material de la prevención, pues sólo penas proporcionales a la gravedad de los hechos punibles y a su vez valoración social están en condiciones de motivar a los ciudadanos al respeto a la norma y; en consecuencia, la discriminación de la delincuencia.

bienes jurídicos y de intervención mínima despliegan sus efectos fundamentalmente en la selección de la zona penal, es decir de la clase de conductas que han de configurarse como hecho punible, el principio de proporcionalidad en sentido estricto opera fundamentalmente en la puesta en relación de esas conductas con las consecuencias jurídicas de las mismas, las penas o medidas, por lo que puede hablarse en este ámbito de un principio de proporcionalidad de las penas(y las medidas en el ámbito penal de la adolescencia), que a su vez se proyecta, primero en fijación legislativa de las mismas, en la conminación legal abstracta y, dentro de ella y de cada hecho punible, en su determinación concreta por el Juez al aplicar la ley. Como todo juicio de proporcionalidad, se resuelve éste en valoraciones y comparaciones, es decir en una “ponderación”.

4. RECOMENDACIÓN EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 207 DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA.

Debido a la falta de criterio unánime en la aplicación del artículo en cuestión podríamos adoptar un calculo matemático a fin de conseguir la aplicación de marcos penales fijos para los Delitos y Crímenes establecidos en el Código Penal realizando una conversión de conformidad a lo dispuesto en el Art. 207 CNA.

4.1. FORMULA Y METODOLOGÍA.

Primero debemos de tener en cuenta:

- 1- **El marco penal máximo de los crímenes según el Código Penal es de 25 años;**
- 2- El marco penal máximo de los crímenes según el Código de la Niñez y la Adolescencia es de 8 años;
- 3- El marco penal máximo de los delitos según el Código Penal es de 5 años;
- 4- El marco penal máximo de los delitos según el Código de la Niñez y la Adolescencia es de 4 años;
- Luego debemos dividir el marco penal máximo de los Crímenes del CP - 25 años – entre le marco penal máximo de los crímenes del CNA – 8 años -;

$$25 \text{ años } \% 8 \text{ años} = \underline{\underline{3.125 \text{ monto dividendo de crímenes}}}$$

$$5 \text{ años } \% 4 \text{ años} = \underline{\underline{1.25 \text{ monto dividendo de delitos}}}$$

En consiguiente para hallar el marco penal de un hecho punible de Robo Agravado de conformidad a lo dispuesto en el Art. 207 del C.N.A. se realiza la siguiente operación:

- Se divide el marco penal del hecho punible (Robo Agravado) con el monto dividendo de crímenes.

$$15 \% 3.125 = \underline{\underline{4.8 \text{ años}}} \text{ de marco penal para el hecho punible de Robo Agravado según el Código de la Niñez y la Adolescencia.}$$

En consiguiente para hallar el marco penal de un hecho punible de Exposición a Peligro del transito terrestre de conformidad a lo dispuesto en el Art. 207 del C.N.A. se realiza la siguiente operación:

2 % 1.25 = **1.6 años** de marco penal para el hecho punible de Exposición a Peligro del tránsito terrestre según la aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia.

5. CONCLUSIÓN.

A través de este trabajo que constituye un somero análisis de uno de los artículos del nuevo ordenamiento jurídico- el Código de la Niñez y la Adolescencia; art. 207 -, hemos podido observar que el camino para la aplicación de la reforma es larga, pero con interés y dedicación en la eficacia de su practicidad lograremos la aplicación uniforme y equitativa de este sistema jurídico, además que consolidaremos las funciones de los operadores de justicia y operabilidad, dando como resultado como dice el Dr. Marcos Khon Gallardo pasaríamos de ser administradores de justicia a prestar el servicio de justicia.

Una vez completa esta etapa de transición de la reforma (CNA) podríamos afirmar que el anhelo de los Constituyentes de 1992, expresado bajo la invocación de Dios y el reconocimiento de la dignidad humana, de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, constituyen un bella realidad en nuestro país

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO ZAPATERO, Luis y BEDUGO GOMEZ, Ignacio, ;Manual de Derecho Penal. Parte General I, Editorial Praxis, Barcelona, 1994.
- BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal. Parte General, Hamurabi. Buenos Aires, 1987.
- BAREIRO PORTILLO, Pablo, "Instituciones del Derecho Procesal Penal. Tomo I. El Ministerio Público".
- BENÍTEZ RIERA, Luis María, BOGARÍN GONZÁLEZ, Jorge, GONZALEZ MACCHI, José Ignacio, "Nuevo Procedimiento Penal Paraguayo"
- BELOFF, Mary. *Los sistemas de responsabilidad juvenil en América Latina. Ley y democracia en América Latina.*
- BINDER, Alberto, "Introducción al Derecho Procesal Penal". Ad-Hoc, Buenos Aires 2000.
- BINDER, Alberto, "Ideas y materiales para la reforma de la Justicia Penal". Ad-Hoc, Buenos Aires 2000.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Imputabilidad y edad penal.* En: Curso de capacitación para jueces y fiscales. Global...infancia y UNICEF, Asunción, 1999

- BALCARCE, FABIÁN I., “Ubicación institucional del Ministerio Público en la Constitución Nacional (Su incidencia en el ordenamiento jurídico provincial)”, en Semanario jurídico, n° 1282, del 16 de marzo de 2000.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I., “El principio de oportunidad en el derecho argentino. Teoría, realidad y perspectivas”, en Nueva doctrina penal, 1996/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- CAFFERATA NORES, MONTERO, VELEZ, FERRER, NOVILLO CORVALAN, BALCARCE, HEIRABEDIAN, FRANCAROLI, AROCENA, “Manual de Derecho Procesal Penal” Segunda Edición revisada y corregida. Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad. Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, 2004
- CLARIÁ OLMEDO, JORGE A., Derecho procesal penal, actualizado por J. E. Vázquez Rossi y C. A. Chiara Díaz, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1998.
- CASAÑAS LEVI, José Fernando, “Manual de Derecho Penal”.
- CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo Fabián, “Introducción al Derecho Procesal Penal Paraguayo”,
- Código Procesal Penal Paraguayo, Ley N° 1286/98
- Código Penal Paraguayo, Ley N° 1160
- Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales Manuel Osorio, 28ª Edición año 2001.
- DUCE J., Mauricio y RIEGO R., Cristián, “Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal”, Universidad Diego Portales, Chile 2002.
- Enciclopedia Jurídica Omeba.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, Editorial Trotta 1997.
- FERRAJOLI, LUIGI, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traductores varios, 2ª edición, Trotta, Madrid, 1997.
- GARCÍA MÉNDEZ. Emilio. *Sistemas de responsabilidad penal juvenil. En: infancia, Ley y democracia en América Latina*, T. I, editorial Monos, Buenos Aires, 1999, segunda edición.
- LLANES OCAMPOS, María Carolina, “Lineamientos sobre el Código Procesal Penal”.
- LLANES OCAMPOS, María Carolina, “Manual para Fiscales Penales”, Nacional Center for State Courts, Paraguay 2000.
- MAIER, JULIO B. J., Derecho procesal penal, 1ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- RIQUELME, Víctor, “Instituciones del Derecho Procesal Penal Paraguayo”
- ROXIN, Claus, “Derecho Procesal Penal”, (trad. revisada por Julio Maier) Editores del Puerto, Buenos Aires 2003.
- SCHONE, Wolfgang, “Contribuciones al orden jurídico-penal paraguayo”, Intercontinental Editora, Asunción 2000.
- SERRANO, Armando A., RODRÍGUEZ, Delmer E., CAMPOS VENTURA, José D. y TREJO, Miguel A., “Manual de Derecho Procesal Penal”, PNUD y USAID, El Salvador 1998.

- VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., "Derecho Procesal Penal", Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 1997.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, "Derecho Procesal Penal", Tomo II.

ALFREDO ENRIQUE KRONAWETTER ZARZA

REFLEXIONES EN TORNO AL MOVIMIENTO DE CONTRAREFORMA PENAL

LA SUPUESTA CRISIS DEL SISTEMA, EL “CRIMEN ORGANIZADO” Y EL DISCURSO PELIGROSISTA QUE POSTULA EL FIN DEL GARANTISMO

1. LA CONVIVENCIA DEL ESTADO DE DERECHO CON EL ESTADO “PARALELO” Y LOS EFECTOS DEVASTADORES EN EL CAMPO PENAL.

Con la caída del “muro” de Berlín en 1989, el desmoronamiento casi instantáneo de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), la rápida cohesión “política” –más no económica- de Alemania, la conformación de verdaderos “santuarios” de reverencia totémica por parte de los países desarrollados como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio, los organismos supranacionales de rectoría económica y financiera, etcétera y desde cuyas instancias se “imponen” las recetas que deberán cumplir sin mayores cuestionamientos, los países deudores que obviamente pertenecen a nuestro ámbito, bajo el rótulo de “países en vías de desarrollo” o “tercermundistas”, se inauguraba un nuevo tiempo que bajo los auspicios del final de la “guerra fría”, permitiría consolidar una era de paz y restablecimiento de los valores de la “democracia occidental”.

Sin embargo, rápidamente el supuesto “hilo conductor” de los procesos de transformación económica, social y política emprendidos en esta nueva “era”, se empantanaron por la profundidad de las contradicciones propias de los modelos económicos sostenidos bajo estándares financieros, económicos y empresariales de los países del primer mundo, más aquellas se tornan insuperables en los países acuciados por crisis no sólo de orden económico, sino cultural, jurídica y hasta de identidad nacional.

Surgen así las guerras secesionistas entre las diversas naciones que componían el antiguo “bloque comunista del Este” con desgarradores escenarios de genocidios, matanzas indiscriminadas y una violencia que rápidamente se transforma en una verdadera causa eficiente para la proyección de grupos separatistas, bajo organizaciones “delictivas” y con prácticas típicamente atribuidas a la expresión jurídica del “terrorismo”.

A esta rápida descomposición –en igual proporción al proceso de superación de la conflictividad de los dos “ejes” durante la “guerra fría”-, se agregan componentes degradantes que se observan en las condiciones de vida de los países en vías de desarrollo, más precisamente nos avocaremos al escenario latinoamericano, en los cuales se perfilaba un verdadero “Estado Paralelo” conformado por sectores políticos, económicos y empresariales vinculados a prácticas delictivas como el narcotráfico, el contrabando, el lavado de dinero y la obtención de “financiamiento” ilícito para solventar campañas del *establishment* latinoamericano.

Esta fenomenología de la criminalidad “desde el Estado” o “contra el Estado”, yuxtapone los roles ejercidos por agentes políticos y financieros que desarrollan una gestión ambivalente -entre la supuesta “legalidad” del ejercicio de sus poderes y la retroalimentación financiera de sus hegemonías que permitió un ensanchamiento de entidades, que conformaron verdaderos estados “paralelos”, con una fecunda variedad de conductas delictivas-, socavando la legitimidad de nuestras incipientes democracias, a tal extremo que la percepción actual del hombre de la “calle”, no es otra que la democracia entendida como una “fachada”, degenerada por la sustentación de aquellos grupos, es la principal causa de las inequidades y desventuras de las grandes mayorías.

En esta coyuntura, la profundidad de la crisis socioeconómica se encargará de instalar definitivamente una situación incontenible e insostenible: la “emergencia” de un derecho penal “duro”, casi mezclado con las agencias de seguridad interna y externa, que transmita hacia la población una información parcial y falaz.

El problema que concita un endurecimiento de las leyes penales, es que lamentablemente jamás se obtendrá por este único medio, la respuesta efectiva e inmediata de las expectativas generales, porque los objetivos trazados por la clase política es engañosa y desleal con el problema de “fondo”.

Frente a una situación inmanejable como indudablemente conlleva el crecimiento geométrico de la delincuencia “común”, lo que se plantea, en realidad, no es más que “tranquilizar” a la opinión pública frente a un fenómeno que hace tiempo “se les escapó de las manos”, con lo cual fácilmente “rezagan” y “neutralizan” los reclamos de los usuarios cuando tímidamente esbozan alguna explicación por el aumento y “convivencia en connivencia” con la delincuencia “organizada”, quizás por lazos precoces y rentables que la clase política latinoamericana mantiene con aquellos “operadores”.

Se instalan así -desde modificaciones aplicadas al derecho penal y procesal penal-, políticas de emergencia para combatir la delincuencia “común”, supuestamente de manera frontal y efectiva, para lo cual las agencias gubernamentales entremezclan reclamos legitimadores el discurso

propalado por encuestas y testimonios de sectores sociales con cierto predicamento en la sociedad con posturas bravas de ciertos operadores de seguridad que bajo ciertos emblemas mediáticos, concitan la expectativa de un inmediato resultado mediante el uso de slogans atractivos como “guerra frontal a la delincuencia”, “tolerancia cero”, “toques de queda” y “erradicación de los grupos que defienden los derechos humanos”.

En realidad, los operadores de seguridad no conocen la compleja fenomenología de la criminalidad, aunque poco les importa, ya que muchos de ellos, pretenden un protagonismo público para obtener quien sabe qué réditos políticos detrás de sus falsas premisas de obtener eficiencia y efectividad en el desarrollo de sus “labores”.

Lo que no puede pasar por alto en este desaguisado recurso retórico, es que nunca se postula igual discurso para combatir “frontalmente” los sectores propiciadores de la delincuencia organizada, seguramente porque un emprendimiento de tal magnitud –si es que por ahí surge algún “cruzado”-, involucraría a las mismas agencias que tanto dispensan los medios de prensa para postular su voluntad irrevocable de combatir “todos” los focos de delincuencia. De hecho, nadie puede desconocer que el “delincuente común” –desde el caballo loco hasta el ladrón que acecha con violencia, hiriendo y matando personas o destruyendo relaciones sociales-, siempre existió y al mismo se le reservó el castigo ejemplar en cualquier circunstancia, sea por vía de la prisión preventiva como pena anticipada, sea por condenas ejemplares o directamente por eliminaciones justificadas en “procedimientos” de enfrentamiento entre policías y delincuentes, respectivamente.

De ahí que el problema omnipresente en nuestros países se acote en las falencias de su administración de justicia, la que poco o nada contribuye para distribuir una sensación generalizada de que su acción sancionatoria, se legitima en cifras estadísticas serias de que se condenan con una misma proporción, delincuentes comunes y los que se enrostran bajo el criterio de las “organizaciones criminales”. Nuevamente el problema radica entonces, en un conocimiento fehaciente -aunque la realidad describa caminos sinuosos en la función punitiva “ejemplificadora” de sus condenas- de su accionar, para conocer con cierta contundencia argumental, si el déficit de la inseguridad (entiéndase perceptiva y efectiva) se concentra en el estadio actual de la legislación penal o en la displicente –por no decir, negligente u omisiva- labor de aplicación de aquellas por parte de los jueces y tribunales.

Es importante rescatar lecciones elementales que nos brindan la historia de la criminología para entender que nos encontramos, a pesar de los cambios políticos y jurídicos verificados en el hemisferio, frente a retrocesos graves en cuanto a posiciones ideológicas en el ámbito penal que, bajo cualquier rótulo, constituyen verdaderos “anacronismos” de etapas que creímos superadas con largueza, ya que se vinculan estrictamente con sistemas autoritarios, por no decir totalitarios. En esencia, uno de los principales precursores de la criminología fue **LOMBROSO**, persona que si bien su experticia no eran las ciencias penales, desarrolló una teoría que desató una verdadera revolución en la disciplina: sostenía que la población carcelaria presentaba ciertas características anatómicas que reunidas en su conjunto, permitían anticipar que una determinada persona estaba más o menos predestinada a ser delincuente; surge así, la teoría del CRIMINAL NATO LOMBROSIANO configurada en el individuo que tenía la frente más estrecha, cejas anchas, nariz prominente y fina, pómulos desmedidos o más salientes que los normales y -¡sorpresa!- de piel generalmente trigueña o morena.

Los sofistas organizaron la defensa de sus opiniones particulares y subjetivas más precisamente expuestas por su principal exponente, **PROTÁGORAS**, quien sostenía que el *HOMBRE ERA LA MEDIDA DE TODAS LAS COSAS*; con semejante expresión, pregonó la vigencia del

SUBJETIVISMO PURO, de la preeminencia de la OPINIÓN PARCIALIZADA EQUIVALENTE A UN MERO PUNTO DE VISTA PERCEPTIVO E INDIVIDUAL, de cuyo contexto inferían la vigencia de un escepticismo, postura combatida frontalmente por SÓCRATES, quien a través de un método que excluía las medias verdades, sostenía que se podía arribar a ciertas premisas válidas y generales.

Ese individualismo sofista –caratulado, mucha veces, de charlatanería y mera retórica-, es trascendente tomar como punto de análisis con lo expuesto por LOMBROSO, porque precisamente lo que se pueda cuestionar al mismo en la actualidad, es precisamente que los críticos no se ubicaron en el tiempo y en el medio que frecuentaba el precursor de la criminología moderna: LOMBROSO era un observador de su medio circundante, visitando cárceles, dibujando bocetos de los presos –el 90 % de condenados sin juicio previo como hoy se postula y normalmente por delitos “simples” y vinculados con la situación miserable en la que convivían millones de habitantes-, al tiempo que su antropología criminal la estructuró sobre la base del estudio de esqueletos de condenados, que eran la fuente predilecta de información.

Utilizando una metodología comparativa y sumando las estadísticas, LOMBROSO perfiló una lógica de hierro –en su tiempo y con las limitaciones de una tecnología e información por entonces casi inexistentes-: la fisonomía del **CRIMINAL NATO**. Sobre tal inferencia histórica, nos explica **NILLS CHRISTIE**, tendríamos que imaginar –aunque constituya una digresión- al propio **LOMBROSO EN LA PLENITUD DEL SIGLO XXI**, obviamente coadyuvado por prodigiosos medios informáticos, tecnológicos y de la más precisa estadística con un variopinto de variables socioeconómicas en distintos lugares del mundo. Utilizando su aguda la observación y experimentación –de LOMBROSO, claro está-, tendría que reformular su teoría del CRIMINAL NATO, aunque ocioso resulte ser reiterativos, la misma constituyó un mojón claramente superado por los avances de la criminología contemporánea, empero sigue manteniéndose como un medio explicativo del fenómeno de la criminalidad, en la conciencia colectiva de los neófitos.

Es así como sostendría que LAS CÁRCELES ESTÁN INFESTADAS CON UN PORCENTUAL DEL 90 % DE PRESOS SIN CONDENA, YA QUE LA MAYORÍA ESTÁN AHÍ BAJO LA INSTITUCIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA; LUEGO, LA OPINIÓN PÚBLICA MANIFESTADA POR ENCUESTAS Y PERCEPCIONES SOCIALES DEVELARÁ QUE LA MAYORÍA DE LAS PERSONAS QUE DISPONEN UN PORTENTO ECONÓMICO INIGUALABLE AL COMÚN –QUE NO CORRESPONDE MÁS QUE AL SEGMENTO DEL 5 % DE LA POBLACIÓN ECONÓMICAMENTE ACTIVA-, SE CONSIDERAN COMO OBTENIDAS EN FORMA ESPÚREA, ILÍCITA O FRAUDULENTE. EN IGUAL SENTIDO, LAS ENCUESTAS NOS DICEN QUE LA CLASE POLÍTICA Y EL SISTEMA JURÍDICO QUE LOS COBIJA ES PERMISIVO RESPECTO A LOS ACTOS DESARROLLADOS POR ESE SEGMENTO PODEROSO PERO MINORITARIO DE LA POBLACIÓN MUNDIAL, POR LO QUE LA GENTE DE LA CALLE DESCREE RESPECTO A LA PROBABLE SANCIÓN DE SUS RESPONSABLES, AÑADIENDO QUE EL BUEN PASAR ECONÓMICO DE DICHO SECTOR NO PROVIENE, EN LA MAYORÍA DE LOS CASOS, DE UNA LABOR HONESTA Y AJUSTADA A LA LEY.

Concluiría LOMBROSO en pleno SIGLO XXI, luego de auscultar quiénes son los presos y quiénes los sindicatos de amasar fortunas de un modo reprobable y por tanto, merecedores de un alojamiento en el recinto penitenciario, que **CRIMINAL NATO no es la persona que reúna ciertas características anatómicas, sino que el modo externado de sus hábitos y preponderancias socioeconómicas: PERSONAS DE UNA VESTIMENTA IMPECABLE, DE TRAJE Y CORBATA, CON VEHÍCULOS COSTOSOS Y CON UNA VIDA DILATADA QUE LES PERMITE DISFRUTAR DE LO MÁS REFINADO DE LA TECNOLOGÍA Y DE LO SUNTUOSO DEL CONSUMISMO DE NUESTRO MUNDO GLOBALIZADO, POR CIERTO, UN FACTOR NOTORIO DE MAYOR EXCLUSIÓN Y POSTRACIÓN SOCIAL DE LAS GRANDES MAYORÍAS.**

En directa proporción a la teoría lombrosiana y rescatando la agudeza observada por

LOMBROSO en su tiempo, el DELINCUENTE DE CUELLO BLANCO es el CRIMINAL NATO que afecta sensiblemente las relaciones económicas y sociales, con el agregado de una clara connivencia de la clase política vinculada al poder hegemónico mundial, con lo que se tiene más o menos reformulada la TEORÍA DEL CRIMINAL NATO DE LOMBROSO EN EL SIGLO XXI.

Aunque esta apreciación sea más que un dislate, es un punto de comparación para advertir que muchas pautas utilizadas en nuestras ciencias, pueden conducir a errores conceptuales graves, ya que, bien o mal que parezca la percepción o las encuestas ciudadanas, esta no puede servir como único instrumento para bordar una explicación acabada del fenómeno de la delincuencia en un mundo globalizado.

Más grave se presenta el panorama de la criminalidad actual, si advertimos la pérdida relevante de legitimidad de la clase política y el predominio de la opinión pública de la mano de poderosos medios masivos de comunicación –también en poder de personas vinculadas, a veces, al segmento de la delincuencia organizada-, cuando se vincula con el aspecto de la inseguridad y su directa vinculación con el crecimiento de la delincuencia conocida y estereotipada (crímenes violentos, por antonomasia), para lo cual y bajo la modalidad de un “combate frontal”, se implementa el “slogan” político de endurecer precisamente las leyes penales, etiquetando sectores sociales propensos a la marginación y exclusión, a los que se sindica como “altamente peligrosos”, por aquello de que fácilmente se convertirían en caldo de cultivo para incurrir en conductas delictivas, a los que se debe radiar bajo cualquier metodología, aún cuando los medios sean improbables al sistema jurídico.

Nótese, entonces, como hay que tener mucho cuidado a la hora de usar categorías, y esto también es aprensible en el orden de la denominada “delincuencia organizada”, porque mientras se sigan combatiendo situaciones sobre la base de percepciones subjetivas o aisladas, sin la postulación de una verdadera “POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURIDAD CIUDADANA”, seguiremos por la senda de las “falsas premisas”, susceptibles de fracasos inmediatos, ya que falta el análisis serio del fenómeno de la criminalidad, las causas de su crecimiento, los modos de contenerla, la metodología para combatir las preventivamente y no por el dispendio indiscriminado de represiones que siempre incluyen a inocentes, a los cuales, se les reconoce el carácter de mártires de una justa causa, enjugados bajo el lema de que en una GUERRA CONTRA ALGUIEN (ni se sabe en realidad qué es lo que se combate, ya que se reacciona de una manera primitiva e irreflexiva), SIEMPRE PAGARÁN LA CULPA DE LOS PECADORES, UN SEGMENTO IMPORTANTE DE INOCENTES.

De esta realidad, se puede obtener en América Latina una lectura social bastante sencilla, pero aterradoramente reprensible: existen leyes suficientes que sancionan delitos comunes, pero el discurso de “alarma social”, pretende buscar culpables que ya se conocen anticipadamente, desviando la atención respecto a las verdaderas causas que aumentan las condiciones propicias para el crecimiento agresivo de delitos hartos conocidos –recuérdense sonados casos de robos a mano armada, secuestros con resultados de lesiones y muertes horribles, asaltos en ómnibus y a familias que no disponen en sus barrios de verdaderos dispositivos de seguridad cualificada o tecnológica que sólo poseen las personas con mayores ingresos-; y esta es una percepción afirmada y reiterada por criminólogos más connotados (desde ALESSANDRO BARATTA, pasando por ZAFFARONI –actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia Argentina-, hasta NILS CHRISTIE), que cuestionan severamente las condiciones socioeconómicas miserables en las que se encuentran el 80% de la población latinoamericana, cuando se pretende “combatir frontalmente a un tipo de delincuencias” autojustificada por las injusticias en la distribución de las riquezas colectivas, con lo que se termina por “criminalizar” la pobreza y a los pobres, a quienes, ninguna garantía del “debido proceso penal” se reserva, más estas si son relevantes cuando alguno que otro imputado del segmento de los denominados de “cuello blanco”, caen en desgracia y son

sometidos a un proceso penal.

En definitiva, lo que se pretende “vender” es que nos encontramos frente a un “fenómeno” nunca antes acontecido, cuando que el problema radica en la falta de voluntad real de los encargados de hacer cumplir las leyes para detener adecuadamente el influjo de las organizaciones delictivas, principalmente por las contradicciones que se visualizaron desde mucho antes y que merecen acotarse a los fines de un análisis coherente del tema que estamos abordando.

2. LA FALACIA DEL CRIMEN ORGANIZADO COMO INSTRUMENTO PREVALENTE PARA POSTULAR LA CONTRAREFORMA PENAL PELIGROSISTA.

Obtener un concepto detallista, preciso y sincrético de lo que congloba la expresión *crimen organizado*, constituye una gestión complicada, por no decir estéril, fundamentalmente porque el derecho penal en estrecha relación con las disciplinas auxiliares que construyen la realidad sobre la cual trazar esquemas normativos (*criminología, sociología, etcétera*) se desenvuelven bajo la influencia *-lamentable, pero es una circunstancia omnipresente-* del poder. Más esta constatación no significa un descubrimiento del presente siglo, sino que se yergue como una constante en las dos últimas décadas, principalmente, por la rapidez con que se vienen sucediendo fenómenos sociales, políticos, económicos y culturales de gran impacto para el futuro y las mismas instituciones *tradicionales*. Y esto es lo que se perfila en torno a la denominación de lo que concita el “crimen organizado”.

Empero, existen imperativos “pragmáticos” que obligan a una rápida especificación de lo que se entiende por delincuencia organizada y, como todo emprendimiento apresurado, resulta superficial, convirtiéndose así en un elemento que amplifica las dudas respecto a su tipificación, lo que obviamente favorece la impunidad de los que se involucran en hechos reputados como “propios” del crimen organizado.

La sensación de *inseguridad ciudadana*, la deletérea relación cada vez más “prolija” entre los grupos poderosos –bajo el denominador común de “*mafias*”- con los sectores que supuestamente tienen el encargo primordial de defender el Estado de Derecho, la modificación sustancial del escenario internacional a partir de los atentados del 11 de Setiembre de 2001 que involucró un nuevo modelo *-pero bajo la instrumentación de los mismos emblemas y pautas de la guerra fría y el combate al comunismo de la década de los 50s, 60s, 70s y hasta finales de los 80s-* de “guerra de baja intensidad”, más precisamente hacia los nuevos enemigos como el narcotráfico, las falsificaciones y el terrorismo, ponen en el “ojo de la tormenta” la figura de la “delincuencia organizada” como un elemento que merece acotarse, aunque del modo más significativo y rápido, de tal modo que la gente, la sociedad, perciban que se “hace algo para neutralizarlas”.

La principal barrera que encontramos en este emprendimiento, es que los presupuestos de las conductas consideradas como “organizadas” se sustentan en aspectos meramente subjetivos o quizás en coyunturas objetivas incompletas que impiden la plasmación *objetiva* de un tamiz conceptual coherente y de fácil comprensión. En gran medida, y esto es lo que no debe perderse de vista, es que muchas de las calamidades públicas que afrentan y deslegitiman las bases materiales de un auténtico Estado Social de Derecho, las generan organizaciones criminales organizadas, que formulan un empoderamiento de prácticas ilícitas en todos los estamentos sociales, degradando los valores hasta elementales de convivencia, todo esto, de la mano de una descomposición del orden económico mundial, lo que generalmente se quiere ocultar, ya que el discurso de un “nuevo orden globalizado”, es importante mantenerlo por lógicas ponderaciones de beneficios económicos que implican la importación de modelos financieros propicios para “destruir fronteras nacionales” e imponer un “mercado internacional” sujeto a reglas beneficiosas

para los grupos hegemónicos” que manejan las finanzas de nuestro mundo.

Coincido, en tal sentido, con la elocuente y directa formulación del Profesor ZAFFARONI, cuando atribuye al crimen organizado como una formulación de difícil especificación técnico-legal, al punto de que sus presupuestos subjetivos, volátiles e inmanejables no se trasladan sólo al ámbito jurídico-penal, sino al estudio de sus causas y efectos, principalmente, a la luz de sus *variables* expresiones prácticas. Pero esta formulación –a pesar de las limitaciones teóricas y prácticas puntualizadas- tiene un fin, cual es, ocultar la verdadera raíz de la problemática que atosiga los cimientos del Estado de Derecho, que no es otra que la manifestación de un proceso de descomposición de un mundo globalizado *plagado* de contradicciones. Y esta realidad –la existencia de esta estructura delictiva mafiosa con la cual el *poder formal* se muestra condescendiente o aquiescente, sólo puede mantenerse en la medida que exista esa “colaboración”, o, porque directamente despliegan una formidable estructura que resultan incontrolables por el *poder formal*.

Ante esta *emergencia*, la ley penal es usada como un mecanismo tranquilizador de la sociedad –al menos, los sectores que todavía pueden expresarse, ya que la mayoría está exenta de este derecho que hoy se erige en un “privilegio”-, con presentaciones grandilocuentes y normas perversas que no hacen otra cosa que aumentar el grado de conflictividad de por sí ya subsistente en nuestros países. De la *mano dura* de la ley penal –como se esbozó en el apartado anterior-, se clausuran paulatinamente los espacios de libertad y las instituciones democráticas se degradan, y, finalmente, consolidarán la tesis que venimos reiterando que la *solución de endurecer las leyes penales existentes o crear “nuevas figuras” o “legislaciones especiales”*, producirán consecuencias con un alto costo social, obviamente, en sentido negativo.

¿De dónde surge el crimen organizado supuestamente con alcance jurídico? En realidad las descripciones del CP vigente son más que suficientes para detallar las distintas manifestaciones de la corrupción con perfiles organizados contra y desde el Estado, pero la expresión en sí, tiene claro origen en la clase política partidaria de los Estados Unidos hace décadas, principalmente desde las postrimerías de la segunda guerra mundial, por razones clientelistas.

El primer razonamiento pasa por la mafia o las organizaciones secretas con una jerarquía funcional y asimilable a las “empresas” legalmente constituidas, que afectaban profundamente la seguridad del sistema penal norteamericano, y sobre cuyo fenómeno, se pretendió disminuir la perturbación de la opinión pública, con el agregado de que se incorporó la supuesta “ausencia” de sus orígenes. Ese manto fantasmal o sobrenatural que embebió la figura, se traslada al segundo segmento formador de “conciencia” en los Estados Unidos, el periodismo, y de los diversos ensayos se traslada a las ciencias penales, y en este contexto, es que estamos abordando la “precisión” científica del concepto, cuando que en realidad estamos cada vez más lejos de alcanzar la tan preciada uniformidad y completitud de sus presupuestos normativos.

Advertimos que no estamos refutando la realidad innegable sobre el funcionamiento de las mafias, de bandas criminales que defraudan internacionalmente, que importan y exportan con groseras sobrefacturaciones y que supuestamente incurren en “quiebras” por deudas que de una compleja ingeniería financiera estafatoria resultan originarias de empresas satélites que terminan por engañar a millares o millones de ahorristas y acrecientan sus cuentas en paraísos fiscales y bancarios, de la trata de personas, del fenómeno creciente de la producción, tráfico y consumo de sustancias o servicios prohibidos, o que no hayan verdaderas organizaciones de secuestradores –todas ellas omnipresentes en el país-, sino que la búsqueda de un concepto aglutinador –también el “terrorismo”, como se pretendió incorporar a la contrarreforma del CP-, resulta casi imposible y tampoco observamos su utilidad práctica.

La heterogeneidad de los móviles y fines de cada una de las conductas antes descritas deben plasmarse en normas precisas, pero que no partan de una misma construcción de sus elementos normativos y descriptivos, porque una construcción genérica contribuye a la impunidad antes que a la sanción y castigo de los responsables de estas prácticas delictivas. La sociedad y lo que están verdaderamente interesados en la consolidación de un Estado democrático e incluyente son los que pierden con estas “estrategias”, y los únicos que terminan obteniendo réditos, son los supuestos destinatarios que argumentando –con mucha razón, aunque disguste-, conflictos con el principio de legalidad, terminan obteniendo la impunidad.

Pues bien, si la categoría de “crimen organizado” no sirve, ¿para qué sirve?, o, ¿a quién sirve? Y en la estéril búsqueda por lograr una respuesta, siquiera abstracta, a las distintas expresiones que denotan un crecimiento acelerado de la exclusión social, la inseguridad y la violencia.

En ese sentido, un poder que se muestra impotente para regular la circulación de capitales, que asegure mayor rentabilidad de las encargadas de mover capitales, que no se ocupe de obtener, en cambio, mayores beneficios para la población, produce –por acción u omisión- un deterioro no sólo de las condiciones de vida que ya explicamos en el módulo anterior, sino en las prácticas mundiales. La ley del costo-beneficio es perfectamente aplicable aquí: si aseguro que el capital financiero se mueva en el planeta sin mayores regulaciones o controles, ese capital “naturalmente” preferirá lugares donde se presenten condiciones apropiadas que preserven exitosamente mayores ganancias: menos impuestos, menos exigencias de inversión social, menos controles de la mano de obra, etcétera. Y sabemos que cuando menos se pagan los impuestos, menos recursos se disponen y los Estados prefieren asegurar sus recetas “macro económicas” antes que potenciar la inversión social; en el mismo tenor, cuando se logra una fuerza laboral menos exigente, se “afinan” las leyes laborales y se termina con la existencia de un mercado “negro” de trabajo, o, directamente, las condiciones de prestación de los servicios se asemejan a lo que supuestamente se denosta diariamente: la mano de obra esclava o semiesclava y servil.

ZAFFARONI, dice *“...Como el transporte permite producir en un lugar y consumir en otro, la demanda de mano de obra para la producción se concentra en países con menores salarios y menos impuestos. La demanda de mano de obra viaja libremente, pero su oferta permanece inmovilizada por las disposiciones migratorias. Se cayó el Muro de Berlín pero se levantó el de Méjico, y Europa tiende a construir una “muralla china”. Es claro que el tráfico de personas a través de esos muros se convierte en una actividad crecientemente rentable...”*.

Ni que hablar con las comunicaciones que facilitan los tráficos lícitos e ilícitos con la consecuente producción de capitales legítimos y espurios. La tentación por el reciclaje es inherente a los que directa o indirectamente se encuentran vinculados a esta tarea, entonces, con el simple aumento de “controles normativos” no hace más que generar la suba en la cotización por los servicios prestados por los que están dedicados al “lavado”.

De esta manera, la etiología del crimen organizado es producto de la misma estructura del poder de cada Estado y esto llevado al plano mundial es sintomático y coincidente. Nuevamente aquí nos encontraremos que ante el desmedido crecimiento de estas organizaciones delictivas, ningún Estado puede controlar, y, menos reprimir, las derivaciones más graves de la circulación indiscriminada e incontrolada de capitales en el mundo. En estas condiciones, la represión estatal termina por caer sobre los más vulnerables del esquema de la organización delictiva, eliminando –aunque parezca increíble- a los emprendimientos menores o rudimentarios del mundo delincencial, para dar cabida a los esquemas ilegales que azusan a los países, destruyendo sus economías alidas con grupos legales e ilegales –aquí ya no importa el origen- para sostener a los grupos formales del poder que resulten funcionales a sus intereses.

Así las cosas, la ley penal es un instrumento de que algo se está haciendo, es el opio del siglo XXI para la opinión pública, ya que sería fantástico creer que aquélla es suficiente para contener la complejidad y superioridad que adquirió en las dos últimas décadas la organización delictiva con ramificaciones internacionales. Sirve sí, otra vez, para seleccionar perversamente la represión hacia los que integran la malla más débil de la estructura delictiva; todavía más, si profundizamos el manejo de estos emprendimientos, terminaremos por encontrar que algunas personas y empresas que “lícitamente” disputan el mercado de una determinada prestación, están involucradas.

La gravedad de este simbolismo descansa en su simbolismo perverso, ya que por debajo se producen “profundas” ramificaciones que afectan a todos los ciudadanos: la clase política reclama la ineficacia de la ley penal y seguidamente exige más represión con “nuevas” leyes.

Se van suprimiendo los controles y las garantías frente al poder punitivo sobre la base de las nuevas *emergencias* desatadas por nuevos modelos de conducta criminal (¿?). Esto provoca que la organización del poder no haga nada trascendente, o, amplíen las facultades de la ya exagera permisividad que disponen las agencias de seguridad, conformándose una calesita siniestra: más tuerca y más dureza que representa más facultades para un poder punitivo autoritario, ineficiente y con escasos escrúpulos.

La lógica colmatación de este fenómeno no es otra que la destrucción de la propia estructura del poder punitivo estatal, ya que al operar sin controles adecuados tienen vía libre para la corrupción, la cual, se internaliza en todos los niveles que involucra al Estado, formando una línea frontal con la ayuda concienzuda o no de grupos afectados por la violencia, para evitar que se limiten sus facultades o reclamando más poder todavía.

Por eso sostuvimos que se plantea una falaz dicotomía –porque es irreal- cuando se reclama más seguridad a cambio de menos garantías. El Profesor ZAFFARONI nos dice que “...No existe tal compensación, pues se ceden garantías (controles al ejercicio del poder punitivo) a cambio de un poder punitivo de peor calidad y generador de mayores y peores conflictos, hasta que se ceden todas las garantías para acabalen el caos y, en definitiva, en un régimen totalitario, en que los conflictos seguirán existiendo, con mayor entidad, pero con cero comunicación y conocimiento público...”.

Sigue expresando que: *“...En estas condiciones, es casi inevitable que en un futuro llegue el momento en que la opinión pública caiga en la cuenta del engaño a que es permanentemente sometida con el llamado “uso simbólico de la ley penal” y desnude la naturaleza intrínsecamente perversa del poder punitivo. Es poco imaginable, desde la perspectiva actual, cuáles pueden ser las reacciones de quienes se sienten defraudados y burlados por toda una clase política y por todas las agencias del poder punitivo. Hoy éste no puede ser legitimado de otro modo que con el discurso simbólico, lo cual importa confesar abiertamente su propia mentira. No obstante, ante las amenazas que plantean muchos de los crímenes que suelen acumularse bajo la inútil categoría de organizados, no es admisible una ley simbólica, sino medidas reales, que aparentemente nadie está en condiciones de adoptar, porque parece que no hay quien disponga del poder necesario para hacerlo. La falacia del poder punitivo se pondrá en evidencia, aunque sea a la hora de reconstruir unas cuantas democracias desbaratadas por mil aventureros oportunistas. El deterioro y la destrucción de las agencias policiales, la minimización del poder controlador de las judiciales, la despiadada, competencia clientelista de las agencias políticas, su renuncia a toda ideología para asumir el discurso oportunista de turno, con la corrupción que esto provoca en todos los niveles institucionales, corren el riesgo de convertir a algunos Estados en verdaderas organizaciones criminales, pero no ya al estilo nazista o stalinista, sino al de la corrupción de todos los niveles de sus operadores...”*.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Lo señalado no es resultado exhaustiva de una reflexión crítica del orden jurídico-penal, sino de una realidad social y política que nos obliga a ceñirnos más a la lectura multidisciplinaria de factores, antes que la unívoca visión del ordenamiento penal, supuesta causa de todos los males. Lo que se exige, más allá de la formulación de una política criminal apropiada para cada país, no se puede transigir en el catálogo de garantías constitucionales bajo ninguna hipótesis, ya que se trata de un punto de partida innegociable y hasta me atrevería a reivindicar como *cláusulas pétreas*, porque son imperturbables en el tiempo, al decir de GERMÁN BIDART CAMPOS.

Si se pretende la “solución” del fenómeno –usando la expresión que pretenden obtener los vendedores de ilusiones penales-, tendríamos que dirigir la crítica antes que a la percepción, al estado actual de la implementación –si es que las hay- de políticas públicas para enfrentar con normas e instrumentos eficaces, coherentes y sistemáticos, a una delincuencia organizada y que cada vez más se instala en el discurso cotidiano de la gente.

El Maestro LUIGI FERRAJOLI reflexiona, poniendo énfasis en la realidad italiana –no tememos equivocarnos en forma contundente, para derivarlo a nuestro medio-, cuando dice que el *crimen organizado* “...es en realidad un doble Estado, detrás de cuya fachada legal y representativa había crecido un infraestado clandestino, dotado de sus propios códigos y atributos, organizado en centros de poder ocultos, destinado a la apropiación privada de la cosa pública y recorrido secretamente de recurrentes tentaciones subversivas. Así, pues, un doble Estado oculto y paralelo que contradecía todos los principios de la democracia política y del Estado de derecho, desde el principio de legalidad al de publicidad, visibilidad, control y responsabilidad de los poderes públicos...”. Se trata, en definitiva, de la colonización del discurso punitivo por la lógica de la emergencia, facilitada por el esquema de la regla-excepción, al cual potencia y exacerba.

Si esto fue explicable en Italia es insostenible en Paraguay, por lo menos en cuanto al hecho de que si hubo algún fenómeno similar en ambos países éste ha sido el terrorismo, pero mientras que en Italia fue enfrentado por medio del derecho -*aunque con diversas modificaciones tendientes a la eficacia de la represión y efectivamente reductoras de ámbitos de garantía penal, procesal y penitenciaria*-, en el Paraguay no ocurrió lo mismo, ya que se verificó mediante otra forma de terrorismo aún peor, donde no había espacio para ninguna forma posible o mínima de garantía.

Y esa lógica explicada por Ferrajoli y distorsionada por sus causas, también se encuentra presente en el país -*aunque, siendo estrictos al ámbito académico, la mentada emergencia “brilla” por su ausencia*-. Cómo hablar de “emergencia”, que no es otra cosa que la constatación de un peligro para la subsistencia del Estado o de sus instituciones básicas, al compararla con el remanido problema de la inseguridad callejera, que no es sino el resultado previsible y finalmente concretado de décadas de políticas sociales de exclusión.

Y esto no es un problema del derecho penal, sino de todo el Derecho, ya que el máximo valor que postula el orden jurídico, no es otro que la incesante búsqueda de plasmar en los hechos, la idea natural de justicia.

ALFREDO ENRIQUE KRONAWETTER

1. Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción en el año 1990.
2. Postgrado en Litigación Oral en la CALIFORNIAN WESTERN SCHOOL OF LAW de SAN DIEGO (CALIFORNIA), ESTADOS UNIDOS en el Año 1995.

3. Coautor del anteproyecto de los CÓDIGO PROCESAL PENAL y del CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.
4. Consultor Nacional para la REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL del CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY EN LOS AÑOS 1997-1998, del Instituto Nacional de Magistrados de los Estados Unidos y de la Universidad del Estado de Nueva York (Estados Unidos).
5. Publicaciones internacionales: “LA VÍCTIMA DEL DELITO EN EL SISTEMA LATINOAMERICANO” (2003) del INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL; LAS REFORMAS PENALES EN AMÉRICA LATINA (1998); “ASPECTOS PENALES DEL DERECHO AMBIENTAL” (1992); “EMPRESAS Y MEDIO AMBIENTE” (1996); “EL SISTEMA JUDICIAL PARAGUAYO EN EL PROCESO DE TRANSICIÓN” (1997).
6. Publicaciones nacionales: “LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA PRISIÓN PREVENTIVA” (2003) en la Revista jurídica LA LEY; “NATURALEZA DE LOS DELITOS ECONÓMICOS” (2001); “LA DEUDA EXTERNA PARAGUAYA: SU LEGITIMIDAD JURÍDICA Y CONSTITUCIONAL” (1992); “CRIMINALIDAD ECONÓMICA E INTEGRACIÓN REGIONAL” (2000), publicación del CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES BRASILEROS DE LA UNIVERSIDAD DEL ESTADO DE PARANÁ (CURITIBA); “LOS CONSEJOS DE LA MAGISTRATURA EN ARGENTINA, PARAGUAY, BOLIVIA, PERÚ Y GUATEMALA” (2003), publicación editada en Santiago de Chile por el CENTRO DE ESTUDIOS JUDICIALES DE AMÉRICA; “MARCO JURÍDICO DE LA CORRUPCIÓN EN EL MERCOSUR” (2003), en la República Argentina; “COMENTARIOS AL NUEVO CÓDIGO PENAL Y PROCESAL PENAL” (2000), Revista Jurídica Paraguaya LA LEY.
7. Profesor de DERECHO PROCESAL PENAL en las Facultades de Derecho de la UNIVERSIDAD NACIONAL (ASUNCIÓN Y SAN JUAN BAUTISTA DE LAS MISIONES); CATÓLICA (SAN IGNACIO DE LAS MISIONES Y CORONEL OVIEDO); AUTÓNOMA; Profesor de LITIGACIÓN PENAL en la UNIVERSIDAD AMERICANA DE ASUNCIÓN.
8. Miembro del cuerpo docente de los CURSOS DE DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE ASUNCIÓN Y DE LA UNIVERSIDAD AMERICANA DE ASUNCIÓN, respectivamente.
9. Profesor de la MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL PENAL organizado por la UNIVERSIDAD CATÓLICA, SEDE REGIONAL DE CAAGUAZÚ y dirigido por los PROFESORES EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, NELSON R. PESSOA y ALBERTO MARTÍN BINDER.
10. PRESIDENTE del INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES (INECIP) –PARAGUAY, entre los años 1994 y 2005.
11. Redactor de los programas de estudio de la cátedra de DERECHO PROCESAL PENAL en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción y de la Universidad Católica, de la Universidad Autónoma y de la Americana, respectivamente.
12. OBSERVADOR ELECTORAL INTERNACIONAL por las NACIONES UNIDAS en los procesos de paz y electorales de SUDÁFRICA y MOZAMBIQUE (ÁFRICA DEL SUR).
13. Conferencista en simposios internacionales desarrollados en la República del Perú (INVESTIGADOR EN EL PROCESO DE REFORMA PENAL PERUANO por el PARLAMENTO de dicho país), en la República de Chile (en las JORNADAS DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL por el MINISTERIO DE JUSTICIA y la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO de dicho país), en la Argentina, Brasil, Uruguay y Ecuador.

PEDRO WILSON MARINONI B⁹⁴.

⁹⁴ Doctor en Derecho, Curso la Especialización en Derecho Penal en la Universidad de Norte, Abogado Egresado de la Univerisidad Católica Ntra. Sra. De la Asunción.

EL NARCOTRAFICO Y SU JURISDICCION⁹⁵

EL NARCOTRÁFICO. GENERALIDADES.

El Narcotráfico es considerado como uno de los hechos punibles de mayor actividad práctica en el mundo, por lo que la Jurisprudencia sobre esta materia es muy extensa y pormenorizada. Ahora bien, no se debe perder de vista el carácter jurisdiccional de su aplicación debido a la especificidad de estos hechos punibles como, asimismo, no debemos perder de vista los delitos conexos o afines a esta materia.

Como señala la doctrina calificada, el delito de tráfico de drogas, no exceptúa a los fármacos, con el cual se configura un ilícito de riesgo abstracto y de consumación anticipada, teniendo como punto de análisis al bien jurídico protegido, el cual es la salud en general, de todos los habitantes del país, consumándose la infracción con la ejecución de alguna de las acciones incluidas en el precepto penal, resultando indiferente a los efectos de la calificación, la eventual lesión o perturbación física o psíquica de la persona que, finalmente, consume el fármaco o podemos decir, la droga objeto del tráfico ilícito.

Precisamente por las características de este hecho punible donde la figura delictiva el sujeto pasivo no es la persona concreta, receptora y consumidora de la sustancia prohibida, sino el colectivo social cuyo bienestar sanitario, la salud de la ciudadanía es el objeto de protección de la norma, por lo que, considero los perjuicios a los bienes jurídicos producidos o también llamémosle, los dañosos que el consumo produzca en el consumidor del producto queda extramuros del marco del tipo penal.

El tráfico de drogas es un hecho punible que consiste en *“facilitar o promocionar el consumo ilícito de determinadas sustancias estupefacientes y aditivas que atentan contra la salud pública con fines lucrativos, asimismo; se entiende no sólo cualquier acto aislado de transmisión del producto estupefaciente, sino también el transporte e incluso la tenencia que, aun no implicando transmisión, suponga una cantidad que exceda de forma considerable las necesidades del propio consumo”* (La obra citada se encuentra en la bibliografía).

LOS DELITOS CONEXOS.

Sabido es que del Narcotráfico se combina o derivan de otros delitos que se configuran en el gerenciamiento, o en manejar del dinero obtenido como ganancia por la comisión de estos hechos, entre estos podemos hacer referencia a:

EL LAVADO DE DINERO.

El lavado de dinero procedente de distintos hechos como ser: del tráfico ilícito de drogas, la corrupción o negocios ilícitos, convirtiéndose el primero; en una amenaza global para la estabilidad de los sistemas financiero y comercial de los países de la región.

⁹⁵ Las citas son referidas estrictamente a los materiales obrantes en la bibliografía de esta monografía.

Entre las formas más conocidas de lavado de dinero se pueden mencionar a los hechos de contrabando, o sea el pago con dinero de mala procedencia, de bienes o mercancías extranjeras que no pagan impuestos.

EL TERRORISMO.

Un hecho punible que ha cambiado las teorías sobre los derechos humanos, así como a generado la discusión sobre los derechos procesales. A sido un tema transversal a la doctrina de la igualdad en las garantías procesales ha sido el hecho calificado como terrorismo.

La persistencia en el tiempo del fenómeno terrorista a través de varias formas, con diferentes grados de sofisticación, con distintas fuentes generadoras, ha hecho que el tema mantuviera constante presencia en las deliberaciones legislativas nacionales e internacionales.

En nuestro país, se ha adoptado como propia varios Instrumentos Internacionales que se refieren a la lucha contra el terrorismo, en este sentido el Congreso Nacional a tomado medidas a fin de sancionar o endurecer las sanciones establecidas para los hechos punibles vinculados al terrorismo.

Según el movimiento legislativo latinoamericano y por que no decirlo mundial, a poco tiempo contaremos con los hechos punibles en una ley especial donde determinan su persecución penal al bien jurídico dañado o quebrantado por el terrorismo.

Pero en la concepción general existen grupos terroristas que se relacionan al narcotráfico para gerenciar sus actividades.

LA ASOCIACIÓN CRIMINAL.

No existe una definición general y común sobre este tipo de delito, en consecuencia se hace referencia a algunas definiciones aplicables a la actividad como amenaza para nuestro hemisferio.

Ahora bien, nuestra legislación tipifica a la Asociación Criminal, pero la definición jurídica de los nuevos tratados de derecho penal del enemigo establecen tipificaciones en una medida de mayor envergadura, refiriéndose a “Es la violación planificada de la ley...” o por ejemplo se refiere con exactitud a la utilización de estructuras comerciales o paracomerciales, como también los relacionan a la influencia política.

Ahora bien, debemos puntualizar que este movimiento de delitos conexos se encuentra gerenciada o activando en las esferas internacionales y nacionales, trabajando por sectores o bloques en los continentes.

NUESTRA LEGISLACION EN MATERIA DE NARCOTRAFICO⁹⁶

En el sistema positivo nacional podemos identificar que la normativa vigente en la prevención y represión al tráfico de drogas y delitos conexos ha mejorado notablemente. En este sentido, las disposiciones normativas se sistematizan desde lo dispuesto por el artículo 71 de la Constitución Nacional el cual establece: “... **Del narcotráfico, de la drogadicción y de la rehabilitación.** El Estado reprimirá la producción y el tráfico ilícitos de las sustancias estupefacientes y demás drogas peligrosas, así como los actos destinados a la legitimación del dinero proveniente de tales actividades. Igualmente, combatirá el consumo ilícito de dichas drogas. La ley reglamentará la producción y el uso medicinal de las mismas. Se establecerán programas de educación preventiva y de rehabilitación de los adictos, con la participación de

⁹⁶ JORGE BOMPADRE, Derecho Penal Parte Especial Tomo I, II, III.

organizaciones privadas...”, para posteriormente sustentar sus bases en la legislación Internacional vigente en cumplimiento con lo dispuesto por el artículo 141 de la Constitución Nacional.

La pretensión de construir una teoría general de la Parte Especial del derecho penal, como una suerte de parte intermedia entre las dos en que ha sido tradicionalmente dividida la materia, proviene de los juristas alemanes Edmundo MEZGER Y Eric WOLF, quienes han sido los precursores de esta idea, desarrollada a partir de la moderna doctrina del tipo delictivo..

La idea consiste en integrar el plan expositivo de la materia mediante la introducción de una parte interpuesta entre los dos que, históricamente, se han tenido como suficientes para abarcar todos los temas de estudio del derecho penal. Sus autores han considerado insuficientemente la actual sistematización de la materia la inserción de una teoría general de la Parte Especial pasarían al dominio de la Parte Especial del Código Penal todos los elementos elaborados por la teoría del delito y que hoy se estudia en la Parte General.

En este entendimiento, todos los preceptos penales tiene un lugar común de ubicación: El Código Penal. Sin embargo, por razones de carácter sistemático, e inclusive de interés práctico, no todas las figuras encuentran ubicación en la parte dogmática del Código. Este ámbito situacional de las prescripciones penales determina la clasificación del derecho penal en derecho penal común y derecho penal especial.

El derecho penal común es aquel que esta constituido por los denominados delitos clásicos o tradicionales (homicidio, robo, hurto, violación, etc). Comprende la llamada criminalidad convencional, de construcción típica simple y con ubicación en la parte dogmática del Código Penal, generalmente en el Libro (Parte Especial), aunque algunas veces el legislador ha tipificado delitos también en el Parte General (libro I), por ejemplo, el delito de violación de la prohibición de informar entre otros.

El derecho penal especial, es aquel que se halla constituido por todos aquellos delitos que se encuentran tipificados en leyes especiales (ej., contrabando, estupefacientes, defensa al consumidor entre otras). Son por lo general, de estructura típica compleja y requieren para su comprensión frecuentemente de conocimiento específicos sobre la materia sobre la materia legislada.

El sistema normativo relativo a la prevención y represión de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, se desarrollo en una legislación especial con sus reglamentaciones en un basto contenido legislativo.⁹⁷

LA JURISDICCION Y LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRAFICO

De conformidad a la división de los poderes establecidos en la Constitución del Paraguay podemos identificar que el Poder Judicial es un principal actor dentro de sus funciones jurisdiccionales, pero al referirnos al narcotráfico podemos identificar la necesidad de contar con un fuero que juzgue exclusivamente casos relacionados a hechos punibles contra el narcotráfico y delitos conexos. Si bien es cierto, la lucha no solo depende del Poder Judicial sino su interacción con el Poder Legislativo al conceder el rubro de los presupuestos de gastos de la Nación.

En este entendimiento debemos apuntar que el sistema positivo nacional ha dado especialidad a las normas que castigan estas conductas punibles, como así también el Poder Ejecutivo a dotado de autarquía a la SENAD la cual es la institución encargada de prevenir y reprimir los hechos de esta naturaleza.

⁹⁷ Véase el Libro Legislación Narcótica del Paraguay o Sistema Penal Paraguayo.

Siguiente el mismo razonamiento el Ministerio Público cuenta con unidades especializadas en la lucha contra el narcotráfico y delitos conexos, estos trabajan en forma coordinada con la SENAD lo cual ha la fecha se cuantifica en resultados exitosos.

Con este breve análisis podemos identificar que el Poder Judicial hasta la fecha no se ha adecuado a esta Política Criminal de acuerdo a las parámetros modernos de las demás instituciones del estado. El Poder Judicial con una jurisdicción independiente que entienda los hechos punibles contra el narcotráfico y los delitos conexos necesitara de una Política Estatal comprometida en brindar seguridad jurídica a sus habitantes.

Debemos tener presente que el Poder Judicial ha dictaminado ejemplarmente en los casos que involucran hechos de narcotráfico y delitos conexos, pero no debemos de olvidar que la especialidad del área brindarían una mayor seguridad jurídica al contar con Magistrados preparados para Juzgar estos hechos punibles.

El Poder Judicial es el encargado de cumplir la función tutelar del Estado, en la protección de los derechos de su habitantes, no termina con la organización del Poder Judicial eficiente, sino que requiere ofrecer una imagen transparente con Jueces capaces especializados que puedan resolver en sus casos con coraje y equidad. Y considero oportuno y por que no decirlo necesario la instauración de una jurisdicción especializada para el Juzgamiento de los hechos punibles de narcotráficos y los delitos denominados conexos a este.

BILIOGRAFIA

1. **Corte Suprema de Justicia.** Compilación de Leyes complementarias al Código Penal. Tomo II Volumen II. Año 1999.
3. **Corte Suprema de Justicia.** Digesto Normativo. Legislación Internacional. Asunción Paraguay 1999.
4. **Corte Suprema de Justicia.** Plan Estratégico del Poder Judicial año 2004 – 2010. Asunción Paraguay.
5. **INABA, Darryl.** *Drogas: estimulantes, Depresores, Alucinógenos. Efectos físicos y mentales del abuso de drogas.* Grupo Editor Latinoamericano. Colección Controversia
6. **BOMPADRE, Jorge;** *Derecho Penal Parte Especial Tomo I, II y III.*
6. **La Ley Paraguay.** *Revista Jurídica Paraguaya.* Año 29. Numero 3 Abril de 2006
 7. **Naciones Unidas.** *Jóvenes y droga en países sudamericanos: Un desafío para las políticas públicas.* Primer estudio comparativo sobre uso de drogas en población escolar secundaria. Oficina contra la droga y el delito. Lima Perú, 2006.
 8. **Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD).** *Revista científica: Droga, Una mirada profunda al problema.* Editora el Álamo SRL. Paraguay. 2004
 9. **Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD).** *Primer Estudio Nacional. Pacientes Drogodependientes en Centros de Tratamiento.* Editora el Álamo SRL. Paraguay. 2005.

10. **Secretaría Nacional Antidrogas (SENAD).** *Estudio departamental sobre prevalencia de consumo de drogas, factores de riesgos y prevención en Jóvenes Escolarizados de 12 años y más.* Editora el Álamo SRL. Paraguay. 2006.
 11. **Seminario.** Lucha contra la Delincuencia Organizada y corrupción. Lima Perú del 14 al 15 de noviembre de 2001.
 12. **Observatorio Paraguayo de Drogas.** *Consumo de sustancias psicoactivas en estudiantes.* Editora el Álamo SRL. Paraguay. 2004
 13. **PNUFID.** *La lucha contra la delincuencia organizada y la corrupción.* Seminario del 13 al 15 de noviembre de 2001. Lima Perú.

14. **Política Criminal Peruana.** Prado Saldarriaga Víctor Ed. Cuzco 1985

15. Dogmática Penal y Política Criminal. Roxin Claus. Lima, 1998

16. Política Criminal y Estado. Bustos Ramírez, Juan. Revista Peruana Ciencias Penales N° 5, 1995.

JOEL D. MELGAREJO ALLEGRETTO

LA CADENA DE CUSTODIA DE EVIDENCIAS EN EL PROCESO PENAL PARAGUAYO

INTRODUCCIÓN

El sistema procesal penal en nuestro país se encuentra aún por la senda de la transición de aplicación, necesita elementos auxiliares para facilitar su implementación. Entre estos elementos se encuentran las actas uniformes establecidas por las instituciones, los métodos de peritajes uniformes, así también la utilización de técnicas de control de la evidencia y la prueba penal. En este punto me refiero a la cadena de custodia de evidencias ya que este es el método según la práctica comparativa en países de procedimientos garantistas, con el cual se realiza un seguimiento efectivo de la prueba recogida en el lugar del hecho.

El tema que nos ocupa hoy intenta contribuir en la utilización de técnicas de control de la evidencia y la prueba penal uniforme, ya que nuestro sistema penal de raíces garantistas, sostiene una persecución penal basada en la sustentación de pruebas, por tanto este trabajo contiene un estudio que se inicia en el lugar del hecho, donde se obtiene la prueba incorporándose al proceso penal. En nuestro país uno de los inconvenientes en la prosecución penal es la forma de incorporación de las pruebas para sustentar una imputación o acusación razonable.

Desde la implementación de la reforma procesal penal en el año 2000 hasta hoy día, experiencias nos han demostrado que varios procesos han quedado impunes por los procedimientos irregulares en la obtención de las pruebas. En este contexto no debemos dejar de mencionar la cantidad de causas penales que han sido sobreesídas por la manipulación que han sufrido las evidencias, haciendo imposible la valoración de resultados reales en los peritajes realizados.

Analizando esta premisa el problema comienza en el lugar del hecho. La Policía Nacional – sistema 911 – generalmente es la primera en acudir al lugar del suceso, con conocimiento de su labor e instrumentos como hoja, bolígrafo y papel, se constituyen, recogen las pruebas (si se trata de un hecho de homicidio identifican el cuerpo recogen las evidencias con las cuales se consumó supuestamente el hecho, etc). El oficial de Policía interviniente deja las pruebas a cargo de cualquiera de sus compañeros, para posteriormente ser remitidas a la fiscalía donde la prueba es manipulada por el practicante que la rotula, siguiendo sucesivas manipulaciones hasta llegar a las manos del perito del departamento de Criminalística de investigación de delitos de la Policía Nacional. Como consecuencia de la serie de manipulaciones, los resultados periciales no coinciden con la realidad de los hechos, lo cual se ve reflejado en el juicio oral con sobreesimientos o condenas.

Si lográramos instalar un sistema eficiente para el seguimiento y control de las evidencias contribuiríamos con el respeto a las garantías procesales. Este ensayo espera dotar a la Policía

Nacional y el Ministerio Público de una herramienta para llegar a este fin, incorporando el formulario de cadena de custodia para pruebas físicas a fin de identificar las manipulaciones y evitar que se planten evidencias. La experiencia en países donde han implementado el formulario de la cadena de custodia de evidencias, nos demuestra que por este medio han podido disminuir las ventas de las pruebas de los depósitos del Ministerio Público, la plantación de pruebas en los procesos, así como incide en la valoración de la prueba en los juicios.

En este contexto, la investigación se inicia identificando las diferencias existente entre lo que debiéramos denominar evidencia y prueba, para posteriormente desarrollar la importancia que reviste el control y protección de las evidencias en el sistema acusatorio.

En el ámbito de aplicación, también se delimitan las responsabilidades en la utilización del formulario de cadena de custodia y sus implicancias normativas. Por ello la investigación ha abarcado un estudio dentro de las instituciones involucradas, finalizando con la propuesta con directrices para la implementación del Formulario de cadena de custodia de evidencias en el Proceso Penal paraguayo.

Joel D. Melgarejo Allegretto⁹⁸

CAPITULO I. SISTEMA INQUISITIVO Y SISTEMA ACUSATORIO

⁹⁸ Abogado, Egresado de Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Especialista en Metodología de la Investigación. Especialista en Análisis y Monitoreo de Impacto. Especialista en Moderación y Manejo de Grupos. Ex Funcionario de la Cooperación Técnica Alemana GTZ en el Proceso de Reforma Penal en el Paraguay. Autor del libro titulado Asesoría de Prueba como medida de control y vigilancia ante la pena privativa de libertad, Año 2002. Coautor del Manual para Monitores Comunitarios para el Ministerio Publico año 2002. Ganador del primer premio por mejor trabajo monográfico del concurso abierto organizado por la Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica año 2003, con la Monografía en Coautoría titulada Principio de objetividad y su problemática en su acatamiento por parte del Ministerio Público. La misma obra se encuentra publica en la Pagina web sección monografías del INECIP www.inceip.org.py. Co autor del Libro Legislación Narcótica del Paraguay, año 2004. Co autor del Libro Sistema Penal Paraguayo, año 2005. Co autor del Libro Acordadas de la Corte Suprema de Justicia 2000 - 2006. Actualmente Ejerce la Profesión y se desempeña como Asesor y Consultor de Empresas Privadas e Instituciones del Estado. Es Director del Consejo Editor de la Editora Grafica MARBEN S.A.

El código de procedimiento penal de 1890 contenía principios denominados inquisitivos, otorgando a la figura del Juez como representante del órgano jurisdiccional la facultad de tomar la iniciativa para originar el proceso penal ante la puesta en peligro de un bien jurídico legalmente protegido, con características excesivamente formales, rigurosas y con un sistema no público. En el año 2000 entró a regir en el sistema judicial paraguayo el Código Procesal Penal (Ley N° 1.286/98), el cual constituye un cuerpo legal que cumple con las directrices que otorga la Constitución Nacional y establece principios de un sistema de corte acusatorio. Si bien es cierto, la reforma del sistema penal aun se encuentra en un periodo de transición en su implementación y adaptación cultural debido al arraigo que ha obtenido el sistema de corte inquisitivo que rigió en nuestro país por más de cien años.

La nueva estructura del poder judicial con la instauración de un órgano encargado de la carga de la prueba y así como de la persecución penal son ejemplos tangibles de las nuevas estructuras del proceso penal moderno, para una mejor comprensión describiremos las características de los sistemas inquisitivos y acusatorio en cuanto a la importancia que reviste la prueba en cada uno de ellos.

1. EL SISTEMA INQUISITIVO

Uno de los paradigmas de la revolución liberal del siglo XIX fue la división del Poder. El procedimiento penal siguió el mismo principio: dividir el procedimiento, entre un órgano instructor y otro juzgador. Quien instruye, total o parcialmente, no puede dirigir el juicio y dictar sentencia.

A fin de realizar una reseña histórica, partiremos desde la llegada de la Ilustración - escuela que sustenta la teoría clásica del delito y de la pena -, llevaron cambios sociales y políticos producidos no solo en Europa sino también en América entre finales del siglo XVIII y hasta la mitad del siglo XIX, siendo sus grandes pensadores Montesquieu, Voltaire y Rousseau, quienes difundieron el concepto del mundo moderno del racionalismo y la igualdad de todos los hombres, la libertad y el contrato social; además aparece la justicia sobre la base del respeto a las leyes y la participación de los ciudadanos. Según el contrato social, las leyes serían la expresión entre los ciudadanos en relación con el bien común, y en ese carácter resolverían la discrepancia que pudieran surgir entre la sociedad y el individuo dándonos de esta manera el nuevo enfoque a los sistemas de impartir justicia.

Durante la Edad Moderna, Francisco I de Francia, introdujo un sistema de procedimiento llamado procedimiento inquisitivo, en cuya virtud, los procuradores del Rey o los llamados justicieros del Rey ejercían de oficio la acción. Ya que el procedimiento inquisitivo no requiere para su tramitación ni para la sentencia la actuación acusatoria pública o privada, debido que las funciones de acusación y de decisión (para absolver o para condenar) quedan atribuidas al

juzgador; ocupa el acusado, en este sistema, un lugar de inferioridad con respecto al acusador o al Juez instructor, limitándose arbitrariamente el derecho de defensa.

En este sistema penal encontramos un elemento denominado el secreto sumario, que se caracterizó por no estudiarse el valor de las pruebas. Los fallos se dictaban sin fundamento probatorio, como asimismo en todas partes se veía el odioso aspecto de condenas a procesados por meras presunciones o sospechas, haciendo caso omiso a la búsqueda de la verdad como fin del proceso. Este sistema se encontraba regido por los prejuicios del Juez, siendo el mismo quien se encargaba de investigar desde la producción de un hecho hasta que el mismo considere necesario su sanción penal.

América Latina, con posterioridad a la independencia del yugo español, fue adquiriendo sus propios instrumentos normativos adoptando como modelo el diseño inquisitivo. Nuestro país en el año 1890 incorporó al sistema jurídico nacional un condigo procesal penal con bases inquisitivas cuyas características fueron largos procesos judiciales, penitenciarías llenas por desorganizar estos procesos, el autoritarismo de los magistrados, y como habíamos citado anteriormente nos encontramos con sanciones sin elementos probatorios ya que el juzgador se basaba sus resoluciones en las actas de denuncias y declaración de la victima o la declaración del propio encausado aceptando la culpabilidad luego de semanas de torturas en los calabozos de las comisarías.

Al identificar algunas características del sistema inquisitivo encontramos, a la concentración de las funciones de investigación y juzgamiento en un mismo órgano, lo que obviamente resulta incompatible con el derecho del imputado a ser juzgado por un tribunal imparcial. Como lo ha destacado reiteradamente la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos, la imparcialidad del tribunal tiene una dimensión también objetiva, referida a la confianza que debe suscitar el tribunal en primer lugar en relación con el imputado, para lo cual es preciso que el juez que dicta la sentencia no sea sospechoso de parcialidad, y lo es si ha intervenido de alguna manera durante la fase de investigación. En este contexto en el procedimiento inquisitivo la fase de instrucción es la central del proceso penal, la instrucción es secreta, durante gran parte de su duración, no sólo respecto de los terceros ajenos al procedimiento, sino que también para el imputado, lo que infringe el derecho de defensa.

El proceso penal en este sistema no contemplaba el principio de contradicción en juicio - entendido como confrontación entre los sujetos de proceso penal que solo se da con la aplicación de la oralidad - con lo cual se impide la sustentación probatoria de la defensa. Por otra parte el Juez al analizar los alegatos de defensa ya se encontraba con una serie de prejuicios debido a sus

características de investigador en el proceso. Este sistema con las características citadas anteriormente, nos da la pauta que la prueba no ejercía en el proceso ninguna función, debido a que no se realizaba una valoración objetiva de elementos probatorios para la decisión jurisdiccional, al no otorgarle al imputado la posibilidad de ofrecer, practicar, controlar e impugnar pruebas. Es sabido que este sistema no exige la comprobación del hecho enjuiciado, por tanto la prueba no constituía elemento preponderante para el esclarecimiento del hecho. Debido a esta circunstancia las evidencias no necesitaban ser resguardadas ni custodiadas.

Para la mejor comprensión del tema realizaremos una breve descripción de las funciones del Juez, el Fiscal y la Policía en el sistema inquisitivo, aclarando que el orden de prelación de los operadores del sistema en el proceso inquisitivo deviene del protagonismo que asumen en la carga probatoria.

1.1 EL JUEZ

En el proceso inquisitivo el Juez poseía una función híbrida ya que aparte de juzgar la comisión de un hecho punible tipificado en la norma penal, se encargaba de la dirección de la investigación, constituyendo el procedimiento de recopilación probatoria un acto procesal y por ende, jurisdiccional. El juzgado era el organismo encargado de recibir el parte policial donde relataban los hechos, esta comunicación policial era el elemento con el cual se habilitaba una etapa denominada sumario. El sumario no contemplaba un plazo de finalización, contribuyendo esta situación al hecho de hacinamientos en las penitenciarias por la cantidad presos sin condena.

Como citábamos anteriormente el parte policial relataba los hechos, los cuales en su generalidad, eran los motivos que argumentaban la sentencia condenatoria luego de años de proceso. Asimismo, como mencionamos anteriormente el juez se encargaba de recolectar los elementos de pruebas y sentenciar sobre estas no permitiendo la confrontación probatoria a fin de sustentar la sentencia, contraponiéndose al principio de contradicción.

1.2 LA POLICÍA

La Policía Nacional, cumplía sus funciones de prevención, represión e investigación de los hechos delictuosos. La misma era el órgano donde se recibían las denuncias para iniciar el proceso. El poder de este órgano del Poder Ejecutivo era bastante amplio debido a que los partes policiales remitidos al Juez eran considerados el elemento de prueba de mayor valor en el

momento de constituirse la sentencia en una causa penal. La Policía cumplía funciones independientes en la investigación con directrices directas del Juez del Crimen.

1.3 EL FISCAL

El Fiscal en el proceso penal inquisitivo cumplía funciones consultivas, proponía diligencias y contestaba vistas de los Jueces del Crimen, si bien es cierto en ese momento histórico el funcionario Fiscal era parte de la Corte Suprema de Justicia con asignación presupuestaria asignada dentro de este poder del estado. En el sistema inquisitivo el fiscal no poseía un papel preponderante como ocurre hoy en día en el proceso penal de principios acusatorios.

2. EL SISTEMA ACUSATORIO

Debido al nacimiento de los derechos humanos, así como a tratados internacionales que ingresaron en las legislaciones mundiales, se establecieron las garantías personales ante el poder estatal. Según la reseña histórica el Código Francés que separó el derecho material y el derecho procesal, sirvió de modelo para la reforma del sistema inquisitivo en Europa continental (MAIER. 2002. Página 435) en esta época de cambios y evoluciones la expiación de esta doctrina fue llevada a cabo por las nuevas dogmáticas ideológicas y revolucionarias características del siglo XIX. En esta nueva doctrina penal nos encontramos con prohibiciones para el estado con el fin de salvaguardar los derechos individuales, claros ejemplos de ello son: el castigo a la tortura, la libre defensa.

Posterior a Francia el proceso penal mixto y acusatorio abarcaron los países como *"...Austria, (1873), Alemania (1877), España (1882), Noruega (1887), Hungría(1896), e Italia (1913), aunque este último caso es preciso aclarar que las nuevas ideas ya habían ingresado totalmente en los códigos regionales antes de la unificación italiana..."*(MAIER. 2002. páginas 363-364.), donde el papel decisivo para la valoración de las responsabilidades en la comisión de un hecho punible se basa en la carga probatoria mediante actos que son ejecutados por los sujetos intervinientes, persiguiendo la verdad procesal construida en el juicio oral sobre la base de la confrontación de las pruebas rendidas por las partes. En esta fase se comienzan a utilizar como herramientas diarias en el quehacer de justicia las ciencias auxiliares del Derecho como son la psicología judicial, la sociología judicial, entre otras.

El sistema acusatorio está basado en el sistema de libre valoración de la prueba y no el de la prueba tasada. El procedimiento acusatorio supone la confianza en la capacidad de apreciación

de la prueba y de la formación de la convicción de parte de jueces que la han presenciado directamente en audiencias públicas, de acuerdo con los principios de inmediación y concertación, donde las partes han tenido iguales oportunidades de producción y control de la prueba.

En el sistema acusatorio, la prueba adquiere notoria importancia dando posibilidad a la aplicación de sistemas de control, debido al papel que estas desempeñan en el sistema penal pudiendo analizar su importancia desde tres aspectos el dogmático, político y persecutorio: en el aspecto dogmático, se ocupa del estudio de la prueba en la sustanciación del debido proceso, junto a la acusación, la defensa y la sentencia, convergiendo ante la prueba la función estatal de la acusación, ante las garantías individuales de la defensa, como también el ejercicio de la valoración de la prueba en la función del juzgador; en el aspecto político sustenta que la prueba actúa como el elemento que contrarresta las arbitrariedades estatales debido a los elementos de garantismos del proceso, y en el aspecto persecutorio los elementos probatorios son las herramientas utilizadas para la reconstrucción de los hechos con el objeto de la demostración de la verdad, las pruebas constituyen las bases de los relatos fácticos del estado como sujeto acusador y como garantías para el sujeto defensor (BALCARCE. 1996. Páginas 25-26).

Estos aspectos son los principios por los cuales el sistema acusatorio abre la posibilidad al control probatorio pudiendo ser efectivizada por la instauración del sistema de cadena de custodia de evidencias. El sistema de cadena de custodia sustentadas en los derechos fundamentales que atañe a la protección, incorporación y valoración de la prueba es un instrumento auxiliar del proceso penal de corte acusatorio, su necesidad de implementación nos demuestra la praxis, resultando prueba de sus efectos positivos la implementación de este instituto por parte de países como Chile y Costa Rica.

2.1 EL CÓDIGO PROCESAL PENAL (LEY N° 1.286/98)

En el año 1989, la caída del régimen autoritario del Gral. Alfredo Stroessner marcó un hito significativo en los esfuerzos ciudadanos por la construcción de un Estado de Derecho. En poco tiempo, las fuerzas sociales convinieron en la convocatoria de una convención nacional constituyente, promulgándose en el año 1992 la Constitución Nacional consagrando un régimen garantista de corte acusatorio como modelo de enjuiciamiento para la consecución de la justicia penal. Nunca antes se había establecido con tanta claridad los mandatos garantistas a partir de los que se pretendía compatibilizar el ejercicio efectivo del poder punitivo del Estado con los

presupuestos de una sociedad respetuosa de la persona humana a la que se identifica como fin justificante del estado.

En el año 1992 se encontraba vigente la normativa penal que data de 1890, en la cual se observaba características de la mora tribunalicia, la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada produciendo el hacinamiento en las Penitenciarias, asimismo las decisiones tomadas a cabo en la esfera del Poder Judicial era incida por el poder administrativo Policial. Asimismo, la praxis en el sistema inquisitivo nos demostraba que la valoración de la prueba no revestía importancia alguna ya que con el parte policial constituía el instrumento con el cual una persona podría ser condenada dejando de lado de esta manera los efectos del principio de valoración de la prueba.

El sistema acusatorio, fue adoptado por nuestro país desde la sanción del ordenamiento procesal penal en el año 1998, creado un sistema garantizando el respeto de los derechos humanos y sobre todo la aplicación del principio de contradicción entendida como confrontación y la libertad probatoria, en este contexto toda resolución judicial debe de contener un fundamento fáctico y normativo basado en el sustento probatorio por parte de los sujetos procesales como son el Ministerio Público y la defensa.

La Constitución Nacional del año 1992 establece en el Artículo 17 inc. 8 que podrán los sujetos del proceso, ofrecer, practicar, controlar e impugnar pruebas, constituyendo una herramienta contraria a la praxis inquisitiva; todos los problemas señalados tendrían que ser contrarrestado por la implementación del nuevo Código Procesal Penal ya que el inquisitivo se encontraba en colisionando con los mandatos de la nueva constitución nacional.

En el nuevo Código Procesal Penal (Ley N° 1.286/98) el proceso penal es regulado jurídicamente por la investigación histórica, ya que uno de sus fines consiste en averiguar la verdad acerca de una hipótesis que constituye el objeto del procedimiento no como en el sistema inquisitivo encontrándose a favor de una de las partes. Si bien es cierto el concepto de la prueba es la síntesis de diversos aspectos, pues la figura de la prueba es poliédrica, no obstante el significado penal relevante es el intuitivo, relacionado con conocer, comprobar, en fin, acercarnos u obtener la verdad. Podríamos tomar como referencia la doctrina española que señala que la prueba puede ser tomada: como fin significando la demostración de la verdad o existencia de un hecho; como medio, los instrumentos utilizados para lograr aquel fin, y como actividad o función desarrollada para obtener la certeza moral que aquel quiere requerir.

Entre otras características del sistema acusatorio adoptado por nuestro país, sería importante resaltar, la asunción de los sujetos procesales de un rol que permite identificar al

proceso penal como el ámbito institucional donde la sociedad trate sus conflictos penales para redefinirlos con el uso racional de la sanción penal y el ejercicio del poder de un modo alternativo, sustentando de esta manera la posibilidad de aplicación del principio de contradicción probatorio. Como hemos destacado anteriormente la nueva legislación procesal a marcado una diferencia paradigmática con el sistema utilizado por más de cien años en nuestro país, el rol de los actores del proceso o mejor dicho sujetos procesales a variado sustancialmente debido a la incorporación de sujetos procesales desconocidos anteriormente.

En función de las evidencias y la incorporación de estas al proceso penal, sustentando un valor probatorio, es uno de los cambios atribuidos a la Constitución reglamentada en el código de procedimientos, la estructuración de un proceso donde un sujeto autónomo posee la facultad de investigar causas, otorgándole al juez en esta etapa el control del no quebrantamiento de los derechos fundamentales de la víctima y el sindicado como autor de un hecho delictual. Asimismo, la protección de los derechos del sindicado como autor o partícipe de un hecho castigado por la norma penal con la instauración de la Defensa Penal Pública, son innovaciones características del sistema asumido, por ello analizaremos estas instituciones desde su función ante las evidencias y elementos de prueba .

En primer lugar describiremos las funciones del Ministerio Público, debido a su titularidad en la acción penal y su responsabilidad probatoria, seguidamente analizamos a los auxiliares de este como lo son la policía nacional y la institución denominada Policía Judicial, a fin de concluir y realizar una comparación del sistema acusatorio y el antiguo sistema inquisitivo nos referimos a las funciones jurisdiccionales del Juez y su responsabilidad ante la cadena de custodia.

2.1.1 EL MINISTERIO PÚBLICO

Como primera innovación del sistema actual con respecto al inquisitivo, la Constitución Nacional de 1992 delimita como características del Ministerio Público autonomía funcional y administrativa así como Las atribuciones de órganos no dependiente, porque le concede autonomía funcional y administrativa, en el cumplimiento de sus deberes y atribuciones⁹⁹, por ello

⁹⁹ Véase Artículo 268 - *De los deberes y de las atribuciones*. Son deberes y atribuciones del Ministerio Público: 1) velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales; 2) promover acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas; 3) ejercer acción penal en los casos en que, para iniciarla o proseguirla, no fuese necesaria instancia de parte, sin perjuicio de que el juez o tribunal proceda de oficio, cuando lo determine la ley; 4) recabar información de los funcionarios públicos para el mejor cumplimiento de sus funciones, y 5) los demás deberes y atribuciones que fije la ley.

podemos deducir que el Ministerio Público en nuestro país es de carácter judicialista, pero concebido como un órgano independiente, destinado a promover y proseguir la acción penal, dentro del marco de la objetividad, es decir, debe excitar al órgano jurisdiccional y requerirle una decisión justa sobre la pretensión que emerge del delito.

Es responsable de la acción pública¹⁰⁰, por ello se encuentra a su cargo la comprobación de todas las circunstancias que lleven al objetivo convencimiento de la conducta delictiva atribuida. El imputado antes de la sentencia definitiva que delimite el estado de culpabilidad en la comisión del hecho es resguardado por el principio de inocencia. ¿Cual es la misión del Ministerio Público?, la misión es determinar la materialidad del hecho punible y determinar el grado de participación del justiciable en forma clara, establecida por la certeza, basada, precisamente en el material probatorio recolectado.

El Ministerio Público está comisionado a conducirse conforme al criterio objetivo en la actividad investigativo y requirente, posee la responsabilidad de promover la acción pública. En el ámbito investigativa es el responsable de la excitación judicial por medio de la prueba poseyendo la responsabilidad probatorio de conformidad a lo establecido en el artículo 53 del código procesal penales que dice “...*CARGA DE LA PRUEBA. La carga de la prueba corresponderá al Ministerio Público, quien deberá probar en el juicio oral y público los hechos que fundamenten su acusación...*”.

El Ministerio Público realiza el trabajo investigativo que antiguamente lo realizaba el Juez, esta función es desempeñada con el apoyo órganos e instituciones auxiliares entre los que podemos citar a la Policía Nacional encargado de recolectar las evidencias en el lugar del hecho debido a la capacitación en criminalística. La función policial se encuentra supeditada a la dirección estricta del fiscal interviniente; demostrándonos las nuevas funciones de los sujetos procesales.

Las evidencias colectadas por los órganos auxiliares del Ministerio Público son introducidos al proceso en los requerimientos fiscales ante el órgano jurisdiccional convirtiéndose en prueba de conformidad al valor procesal que el mismo revista. Con el objeto de que la evidencia obtenga un valor probatorio debe introducirse dentro de los parámetros establecidos por el principio de objetividad¹⁰¹, de proporcionalidad, de oportunidad, entre otros.

2.1.2 LA POLICÍA NACIONAL

¹⁰⁰ Véase Artículo.268 inc.2. de la Constitución Nacional en concordancia con el Art. 14 del Código de Procedimientos Penales.

¹⁰¹ Véase Art. 54 del Código de Procesal Penal.

El Código Procesal Penal actual otorga la responsabilidad probatoria al Ministerio Público, la cual fue analizada precedentemente, no obstante la recolección y análisis de las mismas se realizan a través de los órganos auxiliares, actuando en este carácter la Policía Nacional, constituyéndose en el lugar del hecho recabar los datos y recoger las evidencias. Así también, tiene a su cargo registrar todas las actividades preliminares y posteriormente entregarlas al Ministerio Público ya que como citamos precedentemente la policía es un órgano auxiliar debido a las innovaciones del sistema acusatorio.

La norma reglamenta y determina el procedimiento de levantamiento de evidencias, incorporación al proceso, y responsabilidad de las mismas. El oficial de Policía generalmente es la primera persona en intervenir en el lugar del hecho, por lo tanto es la primera persona en obtener contacto con las evidencias, si un procedimiento en el levantamiento de la evidencia no es manejado correctamente el proceso podría concluir de una manera inadecuada. El Código Procesal Penal en el Artículo 176 hace referencia a las responsabilidades del oficial de policía en el lugar del hecho, determinando que *“..La policía deberá custodiar el lugar del hecho y comprobará, mediante la inspección del lugar y de las cosas, los rastros y otros efectos materiales que sean consecuencia del hecho punible..”* Asimismo dicho artículo en su segunda parte reglamenta que el funcionario debe describir en un acta los elementos que componen el lugar del hecho, así como también debe recoger las evidencias y conservarlas con las constancias debidas, refiriéndose la norma en este aspecto a la protección de la evidencia la cual no era indispensable en el sistema inquisitivo pero su preponderante y necesario en el proceso penal por ello es necesario la inclusión del formulario de cadena de custodia de evidencias como herramienta de protección y control de las mismas .

2.1.3 LA POLICÍA JUDICIAL

El nuevo ordenamiento jurídico procesal, crea entre sus nuevas instituciones a la Policía Judicial con la idea de que este cuerpo sea el apoyo científico y especializado en la investigación fiscal, la creación de esta institución posibilitaría que la Policía Nacional se encargue con mayor énfasis a su función de prevención y represión. El artículo 62 del código de procesal penal establece que *“...La Policía Judicial será un auxiliar directo del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones de investigación y promoción de la acción penal pública. Se conformará como un cuerpo técnico, no militarizado, integrado por investigadores civiles, según lo disponga su propia ley de organización...”*. Asimismo, la norma regula que la Policía Judicial organizará un centro de

investigaciones criminalísticas, formado por distintos gabinetes científicos quienes prestarán auxilio para las inspecciones de la escena del crimen y la realización de pericias. Sus funcionarios o profesionales cumplirán las funciones de los consultores técnicos conforme a lo previsto por este el código de procesal penal.

La reglamentación normativa que la Policía Judicial posee es similar a la organización institucional de la Policía Judicial de Córdoba, con la diferencia que en nuestro país con mas de cuatro años de implementación del nuevo ordenamiento procesal penal no ha obtenido la instauración de esta institución. La Policía Judicial obtiene sus fundamentos como institución encargada en las actuaciones técnicas en la escena del crimen y como peritos científicos en el procesamiento de la evidencia física levantada en el sitio del suceso.

Esta institución debería ser un órgano judicialista, independientes administrativamente del poder judicial, capacitados a fin de investiga delitos de acción penal pública, y un órgano que ofrezca garantía en el acatamiento de los derechos individuales. La Policía Judicial como auxiliar del Ministerio Público debe cumplir una función importantísima conformándose un equipo encargado del sitio del suceso y en el acopio de la prueba.

En contrapartida el Ministerio Público posee a su cargo un Centro de Investigación Judicial conocido como CIJ, órgano con similares estructura que la Policía Judicial. Sin embargo, presenta dos inconvenientes por un lado es un órgano dependiente del Ministerio Público debiendo no serlo ya que la Policía Judicial según el artículo 272 de la Constitución Nacional, la institución será dependiente del Poder Judicial a fin de colaborar directamente con el Ministerio Público. Por otro lado, la institución en su corta transición a tenido varias denuncias por encontrarse sus miembros involucrados en la comisión de hechos punibles.

El sistema penal por no contar actualmente con la institución que cumpla con las funciones de una policía judicial, deriva el levantamiento, registro de evidencias, y adjudica el carácter de responsable como primer eslabón en la cadena de custodia de evidencias a la Policía Nacional.

2.1.4 EL JUEZ

El órgano jurisdiccional representado por la figura del Juez es responsable en l etapa preparatoria del control del respeto de las garantías y deberes de las partes, por tanto se lo denomina Juez Penal de Control de Garantías. La función investigativo es exclusiva responsabilidad del Ministerio Público.

El tribunal de sentencias está compuesto por tres jueces, estos, actúan como moderadores de la confrontación del juicio oral, valoran las pruebas presentadas mediante el sustento fáctico y normativo de los sujetos del proceso la verdad real, basando esta decisión en la imparcialidad y sin prejuicios los cuales eran característicos del sistema inquisitivo. La prueba presentada ante el tribunal no debe contener vicios desde el momento de su levantamiento como evidencia su posterior análisis a fin de contener el valor probatorio necesario para ser objeto de juicio.

CAPITULO II. PROTECCION JURÍDICA DE LA EVIDENCIA

Como citamos anteriormente nuestro país ha adoptado un sistema procesal con principios de corte acusatorio, el mismo otorga el papel principal en el momento de valorar la existencia del hecho punible a los elementos probatorios introducidos al procedimiento. A fin de que los mismo fueran aceptados y valorados deben cumplir con formalidades que excluyan su nulidad, por tanto, es indispensable la protección de las evidencias desde la recolección en el lugar del hecho, para posteriormente vigilarla y custodiarla durante todo el proceso, posibilitando su introducción como prueba en el momento que los sujetos del proceso lo consideren pertinente.

Para que este proceso de protección, control y custodia sea realizado en forma eficiente países como Chile y Costa Rica han adoptado herramientas de las ciencias criminalísticas, como lo es el formularios de cadena de custodia, el cual se encuentra en primer momento en manos del personal de carabineros en el sistema chileno y funcionarios de la policía judicial en Costa Rica¹⁰² debido a que son los encargados de constituirse en el sitio de suceso realizando en este lugar el trabajo de recolección y levantamiento de las evidencias, para ser entregadas al Fiscal responsable de la causa.

Al referirnos a la cadena de custodia de evidencias debemos comprender que la guarda y custodia de la evidencia significa, que la evidencia material recolectada sea mantenida incontaminada hasta su incorporación en el proceso y su posterior valoración en la confrontación procesal. Conservando en forma eficiente los elementos probatorios, el sitio del suceso es conservado subjetivamente.

Las evidencias desde el momento en que son levantadas en el lugar del hecho son registradas en el formulario citado acompañando a la prueba en todo momento, el formulario

¹⁰² En nuestro país lo realizaría el oficial de Policía

debe ser completada por cada persona que recibe la evidencia; esto se realiza de esta manera con el objeto de identificar al responsable que recibe o entrega la prueba y al mismo momento salvaguardar que la misma no sea adulterada.

1. SUSTENTO JURÍDICO DE LA CUSTODIA DE EVIDENCIAS

Con el objeto de comprender la esencia e importancia de la cadena de custodia, adoptamos el concepto jurídico y científico utilizada por el Defensor Público de Costa Rica J. Federico Campos Calderón quien determina que la cadena de custodia es el conjunto de etapas o eslabones desarrollados en forma legítima y científica durante la instigación judicial, con el fin de: a) Evitar la alteración (y/o destrucción) de los indicios materiales al momento (o después) de su recopilación, y b) Dar garantía científica plena de que lo analizado en el laboratorio (o decomisado) en el propio escenario del delito o en otro lugar relacionado con el hecho (CAMPOS. 2000. páginas 80-82).

En este sentido, la cadena de custodia implica el seguimiento de todos los pasos, realizados con la muestra: recolección, análisis, evaluación, informe, almacenamiento y eliminación. Si bien es cierto, la recolección, individualización, remisión y entrega de evidencias es un actividad realizada en el procedimiento penal en la actualidad informalmente, al referirme a la informalidad quiero expresar que no existe un mecanismo por el cual se garantice que la evidencia no será manipulada por las distintas personas que intervienen en el proceso, así como no contamos con un medio para identificar la introducción de evidencias en forma irregulares al proceso.

El formulario de cadena de custodia de evidencias, es la herramienta por la cual se identifica al responsable que levanto la evidencia y las condiciones de los elementos de prueba, asimismo, por este medio se identifican a los siguientes responsables en los distintos eslabones que tuvieron acceso a esta evidencia, todos con la identificación y las características en que la reciben. Con este método se intenta precisar donde se ha manipulado la prueba o donde la misma a sufrido alteraciones y en poder de quien – entiéndase por alteraciones perdida, daños o extravíos de la evidencia o parte de ella.

En la actualidad hemos tropezado con varios inconvenientes en materia probatoria ya que las evidencias son manipuladas, así como no son manejadas en forma seria – encontramos sistemas de registros improvisados- esto es debido a la no aplicación de sanciones a las personas responsables en los distintos escalones que transita las pruebas. Todo es ocurre por mas que el proceso penal paraguayo cuenta con sólidos cimientos garantistas al momento de referirnos a la

prueba penal, el cual a la vez vierte el sustento jurídico para la implementación de la cadena de custodia de evidencias como herramienta de control de los elementos probatorios

A fin de aclarar lo manifestado, entre los sustentos jurídicos se encuentran el artículo 17 de la constitución nacional, que refiere acerca de los derechos procesales en su inciso 8 contemplando la posibilidad que toda persona ofrezca, practique, controle e impugne pruebas; lo cual se encuentra en congruencia con el fundamento del principio de la libertad probatoria, aplicado, por la máxima de verdad real o material, sosteniendo a su vez que en materia penal el hecho circunstancial o elemento tenido como objeto del proceso, a fin de ser preponderante para la obtención de una sentencia judicial, puede ser probado, teniendo la posibilidad de serlo por cualquier medio procesal.

En este contexto el artículo 17 en el inciso 9 de la ley fundamental de nuestro país reza: “*...Que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas...*”, refiriéndose a la necesidad de incorporar como elemento de control de la cadena de custodia, constituyendo una herramienta que acompaña a las evidencias a fin de que los mismos no sufran ninguna alteración. La prueba penal en el sistema acusatorio ocupa un lugar preponderante ya que es el medio por el cual se demuestra la existencia de un hecho punible, sin este elemento denominado prueba o evidencia no podría delimitarse la existencia del hecho delictivo.

La prueba penal introducida lícitamente al proceso debe ser sustentada con una teoría fáctica que conecte al imputado y el hecho que se juzga, a fin de dar el marco referencial al juzgador que debe valorar los elementos expuestos para la obtención de la verdad. Debido al papel preponderante en la solución de conflictos judiciales en el ámbito penal que reviste la prueba, se debe tomar todos los recaudos necesarios al realizar el levantamiento de la misma en el lugar del hecho para ser introducidas en el proceso judicial y ser considerada prueba, así el tribunal podrá valorar la teoría fáctica sustentada con la prueba y llegar a la verdad.

Como hemos apreciado, los principios del sistema acusatorio procesal vigente en nuestro país impone en la norma las responsabilidades y procedimientos obligatorios que se deben realizar en función de cuidar la integridad de los elementos probatorios a fin de ser objetos de pruebas ante el órgano jurisdiccional. La función de protección de las evidencias es responsabilidad de toda persona que tenga contacto con la misma, esto de conformidad a lo dispuesto en la reglamentación penal vigente, determinando la penalidad de conductas lo cual analizaremos posteriormente.

2. FUNCIONES DE LOS SUJETO DEL PROCESO ANTE LA CADENA DE CUSTODIA

Dentro del sistema acusatorio las funciones y actividades de los sujetos procesales se diferencian claramente del sistema inquisitivo ya que rige el principio de necesidad de la prueba como lo menciona EDUARDO M. JAUCHEN *“Este principio se enuncia como la necesidad de que todo hecho que constituya el objeto del proceso debe ser corroborado solo mediante pruebas introducidas legalmente al mismo con independencia del conocimiento que de tales hechos tenga el órgano jurisdiccional...”* (JAUCHEN. 2002. página 20). De esta manera el sujeto juzgador ejerce la función de valorar la prueba y decidir en base a ella, los sujetos acusadores y acusados ejercen los poderes de la acción y defensa desarrollando los actos procesales tendientes a acercar la prueba a sus pretensiones.

Profundizando diríamos que el Ministerio Público ejerce una función estatal que está perfectamente disciplinada por la ley procesal, teniendo deber de proponer u ofrecer tanto las pruebas de cargo como las de descargo; si debe requerir la condena del culpable y la absolución del inocente; y si hasta debe recurrir a favor del imputado, siempre que estime injusta la decisión jurisdiccional, demostrándonos de esta forma el papel decisivo que posee la prueba en el proceso penal paraguayo actual.

Por su parte, la Policía Nacional posee a su cargo la actividad de levantamiento de las evidencias y su posterior custodia y guarda es una de las funciones vitales para que el proceso no termine en una forma inadecuada, por tanto, la personal policial debe contar con métodos y herramientas unificadas de conformidad a las exigencias del sistema acusatorio. Si bien es cierto, la norma de procedimientos regula que el papel preponderante en la investigación la posee el Ministerio Público, no obstante el la Policía Nacional como órgano auxiliar posee bajo su responsabilidad el levantamiento de la evidencias determinada en la norma en el citado estableciendo que *“... (...) recogerá y conservará los elementos probatorios útiles, dejando constancia(...).”* regulando de esta manera el primer eslabón en la cadena de custodia de evidencias, responsabilizando al personal policial el resguardo de los elementos probatorios, debiendo ser registrados y posteriormente entregadas al Fiscal Interviniente.

A fin de fundamentar la base de responsabilidad en el levantamiento y custodia de la evidencia el artículo 297 de la ley de procedimientos penales determina las facultades de la Policía Nacional encargando en su inciso 9 *“... recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el hecho punible(.....)”* y en el inciso 11 determina que debe *“..custodiar, bajo inventario, los objetos que puedan ser secuestrados ...”*, con lo cual sustentamos que la Policía Nacional es el

encargado de poseer entre sus herramientas de trabajo en el lugar del hecho el Formulario de cadena de custodia de evidencias a fin de realizar el levantamiento de las evidencias y registro.

Cabe aclarar que la materialización de la cadena de custodia se obtiene por medio del formulario de cadena de custodia¹⁰³ de evidencias, siendo esta una herramienta de la Criminalística. El formulario debe estar en el poder del funcionario policial en el momento que este acude al lugar del hecho para realizar el trabajo de levantamiento de las evidencias, según lo dispuesto en el artículo 176 inciso 9 del código procesal, para posteriormente entregársela al representante del Ministerio Público con la salvedad que toda persona en contacto con la evidencia y el formulario de cadena de custodia deberá registrar sus datos, como así también, las características de la evidencia recibida a fin de convertirse en un eslabón mas de la cadena de custodia.

La entrega de las evidencias al Ministerio Público u otro personal autorizado, se realizara acompañada del formulario de cadena de custodia a más tardar en el lapso de cinco días a la intervención Policial de conformidad a lo establecido en el artículo 300 de la ley procesal que reza *“... Concluidas las diligencias preliminares las actuaciones policiales y los objetos incautados serán remitidos al Ministerio Público, a más tardar, a los cinco días de iniciada la intervención policial. El Ministerio Público podrá solicitar las actuaciones en cualquier momento o autorizar, por única vez, una prórroga de cinco días para su conclusión y remisión...”*. Una vez que el Ministerio Público reciba las evidencias deberá ser tomadas en deposito o asegurarlos y conservarlos del mejor modo posible, el Fiscal interviniente es responsable de la prueba pudiendo entregar para su custodia y guarda al deposito de la Fiscalía donde el encargado del deposito recibirá la evidencia acompañada del formulario correspondiente a fin de constituirse en el siguiente eslabón de la cadena de custodia, este procedimiento será adoptado hasta la entrega de las evidencias para el Juicio oral si es que lo hubiere.

Si bien es cierto, existen actos procesales de carácter jurisdicción donde interviene el Juez Penal de Garantías como por ejemplo el anticipo jurisdiccional de prueba que se encuentra regulada por el artículo 320 del código de procedimientos penales¹⁰⁴, disponiendo que los actos de

¹⁰³ Véase Anexo 1 Formulario de cadena de custodia de evidencias.

¹⁰⁴ **Art. 320. ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA.** Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, inspección o pericia, que por su naturaleza y características deben ser considerados como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba recibirse una declaración que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrá hacerse durante el juicio, el Ministerio Público o cualquiera de las partes podrá requerir al juez que lo realice. El juez practicará el acto, si lo considera admisible, citando a todas las partes, quienes tendrán derecho de asistir, con las facultades y obligaciones previstas por este código. Si el juez rechaza el requerimiento, se podrá acudir directamente al tribunal de apelación, que deberá resolver sin más trámite y de inmediato, ordenando la realización del acto, si lo considera admisible.

reconocimiento de personas u objetos, reconstrucción del hecho, inspección o pericia, que debido a su naturaleza y sus características particulares serían irreproducibles, podrán ser producidas como prueba en esta etapa e introducidas al juicio oral por su lectura. La prueba que arroje el procedimiento de anticipo jurisdiccional, podrá ser custodiada por el Juzgado o por el Ministerio Público quedando esta decisión a cargo del órgano jurisdiccional de conformidad a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 281 del código de forma.

El Ministerio Público es el órgano responsable de la carga de la prueba en las acciones de carácter público de conformidad al artículo 53¹⁰⁵, por tanto, las evidencias obtenidas por cualquier persona deben ser puesta bajo guarda de este órgano, con excepción a las pruebas obtenidas del anticipo jurisdiccional de prueba ya que el Juez posee la facultad de decidir cual es la institución que resguardara la misma .

En el caso que las evidencias o elementos de prueba sean infectadas o manipuladas indebidamente con el propósito de obstaculizar la obtención de la verdad real, o se produzca la destrucción o adulteración de alguno de estos, el responsable del hecho podrá ser juzgado de confinamiento a las directrices del Código Penal que desarrollamos a continuación.

3. INCUMPLIMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE LA EVIDENCIA

Si el conjunto de principios en la constitución nacional y en el código procesal penal de corte acusatorio, describen la importancia de la prueba como elementos con los cuales el juez debe fundar la punibilidad de un hecho, el incumplimiento de estos principios deben ser sancionados. En este caso el código penal ha establecido normas que resguardan las evidencias y pruebas, esto deviene de la importancia que reviste la evidencias y pruebas para la finalización justa del proceso penal.

Desde el punto de vista objetivo, primero que nada debemos de establecer los medios de control de las evidencias y los elementos probatorios, uno de los elementos de control, guarda de las evidencias y pruebas, es el formulario de cadena de custodia de evidencias, donde se debe registrar el procedimiento de levantamiento de la evidencia, los traslados que han realizado y todo ello con la rubricación de las firmas de las persona que han realizado estos procedimiento.

¹⁰⁵ **ART. 53. CARGA DE LA PRUEBA.** La carga de la prueba corresponderá al Ministerio Público, quien deberá probar en el juicio oral y público los hechos que fundamenten su acusación.

Una vez que el formulario de cadena de custodia nos brinde la individualización de las características de la evidencia y los responsables de su manipulación y conservación, podemos precisar en que lugar las evidencias o elementos probatorios fueron cambiadas, contaminadas o destruidas. La norma penal protege a las evidencias y elementos probatorios en las tipificaciones descritas en los Artículos 298 sancionando el quebrantamiento de depósito¹⁰⁶, el Artículo 253 referido a destrucción o daño a documentos o señales¹⁰⁷ y el Artículo 292 que determina el hecho de frustración de la persecución y ejecución penal.¹⁰⁸ Estas tipificaciones mas halla de proteger a las evidencias y a los elementos probatorios regulan la obtención de la verdad real y la protección al estado de derecho.

La cadena de custodia de evidencias es un elemento de suma necesidad en el proceso penal acusatorio, nuestra legislación regula los postulados necesarios para su aplicación, lo cual hemos analizado precedentemente precisando que la constitución regula la confrontación en el proceso penal garantizado en el artículo 17 inc. 8 la posibilidad de ofrecer, practicar, controlar e impugnar pruebas y en el inc. 9 el mismo artículo constitucional, regula la prohibición de que se opongán pruebas obtenidas y producidas en violación.

En consecuencia al mandato de la carta magna el código procesal penal, atribuye la carga probatoria al órgano responsable de la persecución penal pública, como también determina las responsabilidades de los auxiliares del Ministerio Público como del mismo en el momento de levantar las evidencias y la necesidad de su custodia y guarda. Todo esto es sostenido de conformidad a los artículos desarrollados precedentemente como lo son el 196, 297 del ordenamiento de forma.

¹⁰⁶ **El Artículo 298.- Quebrantamiento del depósito.** 1º El que destruyera, dañara, inutilizara o de otra forma sustrajera total o parcialmente de la disposición oficial documentos u otras cosas muebles que: 1. se encuentren en custodia oficial; o 2. hayan sido confiados a la guarda del autor o de un tercero, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. 2º El que realizara el hecho respecto a una cosa que se le haya confiado en su calidad de funcionario público o que en esta calidad le haya sido accesible, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

¹⁰⁷ **Artículo 253.- Destrucción o daño a documentos o señales.** 1º El que con la intención de perjudicar a otro: 1. destruyera, dañara, ocultara o de otra forma suprimiera un documento o una graficación técnica, en contra del derecho de otro a usarlo como prueba; 2. borrara, suprimiera, inutilizara o alterara, en contra del derecho de disposición de otro, datos conforme al artículo 174, inciso 3º, con relevancia para la prueba; o 3. destruyera o de otra forma suprimiera mojones u otras señales destinadas a indicar un límite o la altura de las aguas, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2º En estos casos, será castigada también la tentativa.

¹⁰⁸ **Artículo 292.- Frustración de la persecución y ejecución penal.** 1º El que intencionalmente o a sabiendas impidiera que otro fuera condenado a una pena o sometido a una medida por un hecho antijurídico, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. 2º La misma pena se aplicará al que intencionalmente o a sabiendas, impidiera total o parcialmente la ejecución de la condena de otro a una pena o medida. 3º La pena no excederá de la prevista para el hecho realizado por el otro. 4º En estos casos, será castigada también la tentativa. 5º No será castigado por frustración el que mediante el hecho tratara de impedir ser condenado a una pena o sometido a una medida, o que la condena se ejecutara. 6º Quedará eximido de pena el que realizara el hecho en favor de un pariente.

De esta manera encontramos que el sistema normativo paraguayo realiza hincapié a la protección de la evidencia y los elementos probatorios, regulando quien la recoge del sitio del suceso, quien es el responsable de su protección en la etapa investigativa, hasta regula los traslados y análisis a los cuales son sometidos; por tanto, la cadena de custodia posee en la legislación paraguaya todos los elementos de contención para su aplicación, si bien es cierto no lo regula taxativamente como cadena de custodia, pero la describe en todos sus eslabones con el objeto de obtener la verdad real del hecho investigado con la decisión jurisdiccional plasmada en las resoluciones judiciales.

CAPITULO III

MANUAL DE IMPLEMENTACION DEL FORMULARIO DE CADENA DE CUSTODIA DE EVIDENCIAS

Como hemos sostenido durante todo el trabajo la cadena de custodia es responsabilidad del Ministerio Público¹⁰⁹, como asimismo de sus órganos auxiliares¹¹⁰, el formulario comienza a ser utilizado en el sitio del suceso en el momento de realizarse el levantamiento de las evidencias. Generalmente la policía es el primer órgano presente en este lugar por ello los miembros de esta institución deben de poseer el formulario de cadena de custodia de evidencias como herramienta de trabajo.

La función de la policía con respecto a las evidencias debe dar cuatro pasos fundamentales: el primero es la extracción o recolección de la evidencia; el segundo la preservación y empaque; en tercer lugar el transporte y traslado y por ultimo la entrega apropiada de la misma al fiscal de la causa o al órgano que este indique. Por tanto, el procedimiento de captación y levantamiento de la evidencia del sitio del suceso le corresponde a la policía.

El formulario registro cadena de custodia de evidencias que a continuación se describe, es un documento que tiene por objeto mantener adecuadamente y de manera continuada el registro del tratamiento al cual es sometido una evidencia o elemento de prueba, desde el momento que es encontrado en el lugar del hecho, hasta que es puesto a disposición de autoridades del Ministerio Público y en caso que el mismo considere pertinente hasta la instancia jurisdiccional.

Considerando el fin de este documento, es importante tener en consideración los siguientes planeamientos generales respecto a su aplicación:

¹⁰⁹ Véase Art. 53 del Código Procesal Penal.

¹¹⁰ Véase Título II capítulo I. del Código Procesal Penal.

El registro de antecedentes debe ser efectuado por todos y cada uno de los funcionarios por cuyas manos pase la evidencia o el elemento de prueba y los documentos que la acompañe. En el formulario deberá incorporarse de manera clara y legible información relativa a: Nombre de la institución y departamento encargada de la custodia, referencia del Fiscal encargado de la custodia de la causa y número de causa, número de evidencia, procedimiento realizado (embalaje y rotulado, etc), descripción de la evidencia, características de la misma. Asimismo, la fecha, hora y lugar del levantamiento; nombre y cargo de los intervinientes, la firma del responsable.

En el formulario se registrará la identidad de quienes participaron en su levantamiento en observaciones; finalmente la entregas y recepciones cada vez que sea necesaria con la respectiva identificación de la persona interviniente con la rubricación de su firma, descripción de la evidencia recibida, características, fecha, hora y lugar de recepción o entrega. Si el procedimiento de registro en el formulario requiera mayor espacio para escribir del preestablecido en el formato, se deberá hacer mención de la continuidad con la indicación “traslado al dorso” y reiniciar con la palabra “continuación” debiendo anularse con una raya si hubiere espacio en blanco en el renglón del texto.

El formulario de cadena de custodia de evidencias, constituirá una herramienta del personal policial que se constituya en el sitio del suceso, debido a que la Policía es generalmente el primero en acudir al lugar del hecho. Asimismo, el formulario acompañará a la evidencia y a los elementos de prueba en todo momento, constituyéndose en parte de estas.

Las evidencias en el lugar del hecho, deben ser levantadas, embaladas y rotuladas de inmediato en forma separada, a fin de diferenciarlas entre sí, y preservarlas durante toda la cadena de custodia hasta la remisión al Juzgado respectivo. La evidencia debe ser tratada y embalada asiladamente, con el objetivo de evitar contaminación, transmisión de material u otra alteración en la misma, que dificulte su análisis posterior.

La evidencia acompañada del formulario de cadena de custodia, deberá ser depositada en el lugar que el Agente Fiscal determine, hasta su presentación en el Juicio, cuando la sentencia quede firme y ejecutoriada las evidencias u pruebas pueden ser entregadas, incineradas, subastadas o destruidas.

Para finalizar, cabe recalcar que el formulario de cadena de custodia de evidencias es una herramienta procesal de suma importancia en todo proceso acusatorio como el que rige a nuestro país. La ley procesal penal, regula la protección, custodia y guarda de las evidencias como hemos señalado, garantizando la certeza probatoria.

CAPITULO IV. CONCLUSIÓN

La investigación titulada la cadena de custodia de evidencias en el proceso penal paraguayo, ha sido desarrollada con el objeto de identificar el sustento normativo para la implementación del sistema de cadena de custodia de evidencias y pruebas. Si bien es cierto se ha podido delimitar el funcionamiento del formulario de cadena de custodia de evidencias, pero la implementación dependerá exclusivamente de la voluntad política que debería ser ejercida por el Ministerio Público y la Policía Nacional. En el trabajo pudimos identificar cuatro aspectos importantes:

El primero, establecido luego de realizar el abordaje al tema al diferenciar la palabra evidencia y prueba. Donde explicamos que la evidencia constituye todo elemento relacionado al crimen, al autor o la víctima, que es recolectada en la etapa investigativa, por su parte, denominamos prueba a las evidencias presentadas ante el Juez a fin de sustentar una petición de cargo o descargo. Hemos creído oportuno realizar esta distinción, debido a que en el proceso penal la prueba es considerada como un elemento decisivo en el desenlace judicial, por ello no solamente los elementos probatorios deben ser protegidos, sino también, todas las evidencias a fin de mantener su pureza para constituirse como medio de prueba.

En segundo lugar, hemos destacado que la cadena de custodia de evidencias solo puede darse en el proceso penal de corte acusatorio, debido a que en el sistema inquisitivo la prueba no es relevante para el desenlace penal, ya que solo el sistema acusatorio otorga la posibilidad de realizar la confrontación probatoria, para así desentrañar la verdad real.

Luego de determinar que la cadena de custodia es imprescindible en el sistema procesal penal de corte acusatorio, y que la misma debe proteger a la evidencia en todos los eslabones del proceso, hasta luego de ser presentadas ante el órgano jurisdiccional como prueba, hemos identificado en tercer lugar; los sustentos jurídicos emanados del Código Procesal Penal. Si bien es cierto, la legislación paraguaya no posee en sus cuerpos normativos el léxico cadena de custodia, el mismo determinan la obligación de custodiar, proteger y resguardar los elementos probatorios, como así también, las obligación de la Policía Nacional de levantar las evidencias y el compromiso del Ministerio Público de velar por la custodia y guarda de las evidencias, por ser responsable de la carga de la prueba.

Por ultimo, en el ámbito de aplicación, hemos delimitado las responsabilidades en la utilización del formulario de cadena de custodia y sus implicancias normativas. Por ello la

investigación ha abarcado un estudio dentro de las instituciones involucradas, finalizando con directrices para la implementación del Formulario de cadena de custodia de evidencias en el proceso penal paraguayo.

CAPITULO V. BIBLIOGRAFÍA

- BALCARCE, Fabián, 1996: *La Prueba Penal en el Proceso Penal. Principios Generales*, Córdoba, Ediciones Córdoba.
- CAFERATA, Nores, 2001: *La Prueba en el Proceso Penal*, 4ta. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Desalma.
- CAMPOS CALDERON, Federico, 2000: *La Cadena de Custodia de la Evidencia y su Relación el Proceso Penal*, Ministerio de la Defensa Pública de Costa Rica.
- CARABINEROS DE CHILE, 2001: *Reforma Procesal Penal. Funciones Policiales de Carabineros*.
- MINISTERIO PUBLICO, POLICIA NACIONAL y GTZ, 2003: *Manual Básico de Investigación en el Lugar del Hecho*, Asunción, Editora MultiArte.
- CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo Fabián, 1998: *La Policía Judicial en la Reforma de la Justicia Penal*, Asunción, Editora Marben.
- EDICIONES LIBRERIA EL FORO, 2001: *Constitución Nacional de la República el Paraguay*. Asunción Paraguay.
- EDICIONES LIBRERIA EL FORO, 2001: *Código Penal de la República del Paraguay*. Asunción Paraguay.
- EDICIONES LIBRERIA EL FORO, 2001: *Código Procesal Penal de la República del Paraguay*. Asunción Paraguay.
- GAYOL, Ricardo, 2004: *La Aplicación amplia del Juicio Abreviado en el Proceso Penal Paraguayo*, Asunción, edición al cuidado de Francisco Aquino Zecuda.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel, 2000: *Manual de Derecho Procesal Penal Costarricense*, San José Costa Rica, Editec Editores S.A.
- JAUCHEN, Eduardo, 2002: *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Buenos Aires Ediciones Rubinzar – Culzoni Editores.
- LLANES, Carolina, 2002: *Lineamientos sobre el Código Procesal Penal Paraguayo*, Asunción, Litocolor S.R.L.

- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, 1998: *Proceso Penal Comentado*, San José de Costa Rica, Imprenta y Litografía Mundo Grafico, Universidad para la Cooperación Internacional UCI
- MAIER, Julio, 2002: *Derecho Procesal Penal, I Fundamentos*, 2da. Reimpresión, Buenos Aires, Ediciones del Puerto S.R.L.
- MIRANDA ESTRAMPES, 1997: *La Mínima Actividad Probatoria en el proceso penal*, Barcelona, Edición por José Maria Bosch.
- MINISTERIO PÚBLICO, 2003: *Boletín Año 3, Número 11*, Asunción.
- MONTERO A., Juan, 1997: *Principio del Proceso Penal*, Valencia.
- OMEBA, 1957: *Enciclopedia Jurídica Tomo 18, Bs. As., Argentina*.
- SCHLUCHTER, Ellen: *Derecho Procesal Penal*, 2da. edición reelaborada. Valencia.
- VELEZ, Victor, 2003: *Presentación de la evaluación de la reforma penal en Paraguay*, Carmelitas Center, Asunción.

CAPITULO VI.

ANEXOS

1 FORMULARIO DE REGISTRO DE CADENA DE CUSTODIA DE EVIDENCIAS.

Juzgado o Tribunal: _____
Fiscal: _____ Causa N° _____
_____ N° de evidencia _____
Procedimiento: _____
Evidencia: _____
Características _____

LEVANTAMIENTO
Fecha _____ Hora _____ Lugar _____

Nombre del interviniente _____

Firma _____ Obs: _____

ENTREGA Y RECEPCION.

Recepcionado por:

Nombre _____ Firma _____

Cargo _____ Institución _____

Evidencia: _____

Características _____

Fecha _____ Hora _____ Lugar _____

Entregado por:

Nombre _____ Firma _____

Cargo _____ Institución _____

Evidencia: _____

Características _____

Fecha _____ Hora _____ Lugar _____

Recepcionado por:

Nombre _____ Firma _____

Cargo _____ Institución _____

Evidencia: _____

Características _____

Fecha _____ Hora _____ Lugar _____

Entregado por:

Nombre _____ Firma _____

Cargo _____ Institución _____

Evidencia: _____

Características _____

Fecha _____ Hora _____ Lugar _____

Recepcionado por:

Nombre _____ Firma _____

Cargo _____ Institución _____

Evidencia: _____

Características _____

Fecha _____ Hora _____ Lugar _____

Entregado por:

Nombre _____ Firma _____

Cargo _____ Institución _____

Evidencia: _____

Características _____

Fecha _____ Hora _____ Lugar _____

MARIA JOSE MELGAREJO CUEVAS

PRESUPUESTOS DE LA PUNIBILIDAD: ACTUACIÓN EN REPRESENTACIÓN DE OTRO

INTRODUCCIÓN

Con el desarrollo y la evolución que ha experimentado el derecho penal económico y a través de las precisiones conceptuales que fueron delimitando su contenido, se ha podido observar que como cuestión casi fundamental de esta rama del derecho, surge toda una corriente de ideas relacionadas con el ejercicio de las facultades y atribuciones de las personas jurídicas, y sobre todo con la responsabilidad penal que a ésta puede o no atribuirse, y al alcance de ella en el primer caso.

La legislación paraguaya en el Código Penal del año 1997, ha recogido en su artículo 16, el tema de la actuación en representación de otro.

Dicho artículo tiene como fuente al Art. 14 del Código Penal Alemán, y lo que hace con respecto a lo que disponía el Código Penal Paraguayo derogado, es ampliar la posibilidad anterior de sancionar a ciertas personas intervinientes en la comisión de delitos en el interior de entes con personería jurídica, a aquellos que actúen en nombre o representación legal de otros.

A continuación, se realiza una somera revisión del tema, para lograr una mayor comprensión acerca de los fundamentos que permiten la punibilidad de aquellos que actúan en nombre o representación de otros, sean éstos entes jurídicos o personas físicas.

DESARROLLO DEL TEMA

El Artículo 16 del Código Penal Paraguayo dispone en su Capítulo I, *Presupuestos de la Punibilidad*, bajo el epígrafe *Actuación en representación de otro*: *1º La persona física que actuara como: 1. representante de una persona jurídica o como miembro de sus órganos; 2. socio apoderado de una sociedad de personas; o 3. representante legal de otro, responderá personalmente por el hecho punible, aunque no concurran en ella las condiciones, calidades o relaciones personales requeridas por el tipo penal, si tales circunstancias se dieran en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre. 2º Lo dispuesto en el inciso 1º se aplicará también a la persona que, por parte del titular de un establecimiento o empresa, u otro con el poder correspondiente, haya sido: 1. nombrado como encargado del establecimiento o de la empresa; o 2. encargado en forma particular y expresa del cumplimiento, bajo responsabilidad propia, de determinadas obligaciones del titular, y cuando en los casos previstos en ambos numerales, haya actuado en base a este encargo o mandato. 3º Lo dispuesto en el inciso 1º, se aplicará también a quien actuara en base a un mandato en el sentido del inc. 2º, numeral 1, otorgado por una entidad encargada de tareas de la administración pública. 4º Los incisos anteriores se aplicarán aún cuando careciera de validez el acto jurídico que*

*debía fundamentar la capacidad de representación o el mandato*¹¹¹.

Lo previsto en el Código Penal paraguayo “*aparece como una respuesta para aquellos casos en que las especiales cualidades del autor concurren en la persona jurídica y no en sus órganos de representación...*”¹¹² y tiene aplicación sobre todo en los casos de los delitos especiales propios, es decir, en aquellos que requieren de condiciones específicas exigidas por el tipo legal, dando lugar a la responsabilidad de aquel que actúa en representación de otro, sea una persona física o jurídica; cabe mencionar que por lo general en materia de delitos económicos, los tipos legales constituyen tipos especiales.

De esta forma, se permite extender la responsabilidad a los sujetos no cualificados, siempre que hayan obrado en representación de la persona física o jurídica que tenga tal cualificación.

Se alude a la comisión de delitos especiales, puesto que en el caso de delitos comunes, en principio, al no incluir estos tipos características o cualidades especiales para la autoría, pueden ser imputados a título de autor a los órganos o representantes de las personas jurídicas que hayan sido parte de la ejecución del hecho.

Las tipificaciones de los hechos punibles contra el orden económico, contienen precisamente características o cualidades especiales requeridas en el autor, debido a que los conceptos y criterios que deben ser traducidos a la ley penal pertenecen al ámbito de las ciencias económicas.

Se establecen así, de manera general, las condiciones de la responsabilidad de los órganos o representantes de las personas físicas o jurídicas en los delitos especiales propios, es decir, en aquellos en los que la autoría se fundamenta en un deber especial del titular de la acción.

A partir de dicha disposición, aquel que realiza una acción típica, representando a una persona jurídica, y no reúne la cualidad especial requerida por el tipo legal, si ésta concurre en el ente ideal al que representa, el sujeto es penalmente responsable por el hecho punible. Con esto se impide que dicho hecho quede sin castigo, pues nuestra legislación expresamente permite imputar dicho hecho a la persona física que representa al ente.

Como ya mencionamos anteriormente, esta posibilidad no sólo contempla el caso de quien actúa en representación de un ente ideal, o como miembro de uno de sus órganos, sino que amplía la posibilidad de castigar también a quien actúa en nombre o representación de otra persona física.

En virtud a la ampliación contemplada a partir del año 1997 y con relación al derogado Código Penal, se evita la imposibilidad de poder calificar como autores a aquellas personas físicas que actuaban en lugar de las personas jurídicas, sin reunir las características especiales que son exigidas por el tipo legal del delito en cuestión.

Esto se opera mediante la utilización del instrumento de actuar por otro, que no constituye sino una “*extensión de la autoría cuyo fundamento ha de encontrarse en el principio de equivalencia, ya que quien en éstos casos actúa en nombre de otro, pese a no reunir las características de sujeto calificado, realiza una conducta equivalente*”¹¹³.

Por todo esto, se ha dicho “*que por medio de su implementación – del instrumento de actuar por*

¹¹¹ Código Penal de la República del Paraguay, Ley N° 1160/97, Concordado y Referenciado, con índice alfabético remisivo y ordenado, Segunda Edición, Asunción, Latindata.

¹¹² BALCARCE, FABIAN I., Derecho Penal Económico Parte General, Editorial Mediterránea, Tomo 1, p. 204.

¹¹³ BALCARCE, FABIAN I., Derecho... cit., p. 205.

otro – se podrá dotar al sistema penal de un mecanismo que permita llegar a través de la persona jurídica, hasta la persona física que actuó sirviéndose de la estructura societaria”.¹¹⁴

De esta manera no solo se evita la imposibilidad de calificar como autores a las personas físicas que actúan en lugar de las personas jurídicas, sino que con ello además se “... *solventa una laguna de impunidad que hasta ahora venía teóricamente produciéndose cuando el que actuaba en nombre de una persona física o jurídica lo hacía sin concurrir en él las características personales exigidas por el sujeto activo de un delito especial propio*”¹¹⁵.

Cuando la ley exige la concurrencia de una determinada cualidad en el sujeto activo, y tal cualidad se da en la persona, pero no en el sujeto que actúa en su nombre; ¿cómo calificar de autor a quien no reúne las características especiales exigidas por el tipo legal que se trate? La repuesta está dada y tiene dos modalidades.

Las mismas se definen así: “*Esta tarea se podría llevar a cabo de dos formas: primera, incluir cláusulas particulares de extensión de la autoría en todas aquellas figuras delictivas de la Parte especial en que se considerase necesario; segunda, introducir un único precepto en la Parte general, incardinado entre las normas referentes a la autoría y a la participación, que regulase de forma global el fenómeno del actuar en lugar de otro*”.¹¹⁶

El Código Penal paraguayo optó por esta segunda forma, incorporando dicha disposición en la parte general del Código, como presupuestos de la punibilidad, teniendo como fuente al artículo antes citado del Código Penal Alemán.

La norma contenida en el mismo, adopta como punto de partida la situación real de escisión o de disociación de los elementos del delito especial al consagrar como fundamento el denominado criterio de la representación. Se trata de una técnica conforme con la cual se distingue entre el comportamiento del sujeto idóneo, de aquel que realiza el autor responsable, exigiendo que quien actúa detente la cualidad exigida por el tipo para ser sujeto activo.

Dicha escisión de los delitos especiales tiene lugar en aquellos casos en que la comisión de un hecho se realiza por un sujeto representante que no reúne las características específicas de la autoría, que sin embargo, concurren en aquel que es representado.

Respecto a como puede atribuirse la responsabilidad al representante, aún no reuniendo éste las características especiales de la autoría, la doctrina alemana mayoritaria, ha sostenido, que únicamente puede atribuirse esta responsabilidad al producirse una *auténtica transmisión* del especial elemento de autoría (requerido por el tipo legal). Es decir, se *traslada* al representante la cualidad de autoría del delito especial, y así se cumplen en su persona todos los requisitos necesarios para imputarle la responsabilidad penal.

Este fundamento de atribución de responsabilidad penal ha sido criticado, pues se ha señalado que la teoría de la representación no resulta para justificar la extensión de la autoría al representante, en el caso de los delitos especiales, pues la transmisión de la responsabilidad penal al representante, sería como un mandato civil, no teniendo en cuenta las perspectivas jurídico penales.

Del mismo modo se ha señalado que la teoría de la representación conlleva consecuencias insatisfactorias para el logro de la finalidad político criminal que pretende el fenómeno de la actuación en lugar de otro. En primer lugar, porque se debería excluir del ámbito del actuar por

¹¹⁴ BALCARCE, FABIAN I., Derecho... cit., p. 205.

¹¹⁵ BAJO, MIGUEL y BACIGALUPO, SILVINA, Derecho Penal Económico, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., p. 98.

¹¹⁶ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, CARLOS, Derecho Penal Económico Parte General, Editorial Tirant lo Blanch Libros, p. 216.

otro a aquellas actuaciones realizadas por un representante de hecho. Igualmente, esta teoría requiere que se actúe en interés de la persona jurídica a la cual se representa, con lo cual nos encontramos ante un inconveniente, pues qué sucedería en el caso de aquel que actúa en su propio interés, pero dentro del ejercicio de sus funciones; en este caso no se podría aplicar la norma de la extensión de la autoría. Finalmente, también se ha manifestado que esta teoría no funciona en los casos en que no existe un vínculo representativo entre la persona física que comete el hecho y el ente ideal en el cual concurren las condiciones especiales de la autoría.

Con el fin de evitar estas consecuencias insatisfactorias, aquellos críticos de la teoría de la representación han intentado fundamentar la responsabilidad criminal del que actúa en lugar de otro, atendiendo a la función político criminal de las características de la autoría en los delitos especiales, y a partir de allí, analizar las posibilidades de que éstas puedan ser transmitidas al representante.

Es así que el ámbito de la responsabilidad del representante se constituye con los elementos especiales de la autoría que expresan dominio sobre el resultado producido.

Brevemente analizadas las posturas sobre la transmisión de las cualidades especiales requeridas por un tipo legal, a la persona que actúa en representación de otra, con el fin de la imputación de la comisión del hecho, veremos los supuestos previstos en el Código, para la aplicación de la cláusula de extensión de la autoría, que como ya mencionamos, consiste en que el autor del hecho actúa en nombre o representación de una persona física o jurídica sin la cualificación exigida por el delito especial propio.

El fundamento de la extensión de la responsabilidad se encuentra en el principio de la equivalencia, *“en el sentido de que la ley castiga a quien obrando en nombre de otro no reúne las condiciones exigidas para ser sujeto activo porque su conducta, pese a no ser sujeto cualificado, es equivalente a la del sujeto idóneo desde el punto de vista del contenido del tipo de lo injusto”*¹¹⁷.

El primero de los incisos del Art. 16 del Código Penal hace referencia a la persona física que actúa como representante de una persona jurídica o como miembro de sus órganos. Para atribuir responsabilidad penal al autor, se exige que actúe, es decir, la realización por parte de éste, de la acción correspondiente al tipo legal. Como sabemos, la persona jurídica es un ente distinto de la persona física, independientemente a la teoría seguida para explicar su naturaleza jurídica (organicista, de la voluntad de Zitelman, de la institución, del interés de Michoud, o la teoría de Ferrara), y como tal es capaz de ser sujeto de derechos o deberes y de ser centro de imputación de efectos jurídicos.

El mismo argumento sería exigido respecto al socio apoderado que actúa en representación de la sociedad, sin considerar el tipo de sociedad de que se trate.

En cuanto a la actuación del representante legal de otro, el Código amplía aún más su margen de aplicación, pues no solo estamos hablando de aquel que lo hace en nombre de un ente ideal, sino que en este caso, lo hacemos respecto a quien representa a una persona física; o sea, aquel que realiza funciones de gestión y administración con poder otorgado por el ministerio de la ley o por designación del representado.

El inciso segundo extiende los casos a quienes hayan sido nombrados encargados de establecimientos o de empresas y encargados del cumplimiento de determinadas obligaciones del titular, y hayan actuado en base al mandato dado por el representado. Así podría extenderse la autoría a quienes se desempeñan como apoderados (generales o especiales), el factor, y todos

¹¹⁷ BAJO, MIGUEL y BACIGALUPO, SILVINA I., Derecho... cit., p. 99.

aquellos que están encargados de garantizar que el bien jurídico no va a ser lesionado.

Igual responsabilidad tiene aquel que actúa en base a un mandato otorgado por una entidad encargada de tareas de la administración pública, encontrándonos dentro de esta categoría con aquellos dotados de las facultades atribuidas por ley, como ser por ejemplo, los administradores judiciales y los síndicos de quiebra.

Respecto a los encargados de establecimientos o de empresas y encargados del cumplimiento de determinadas obligaciones del titular, así como a quienes cumplen tareas de la administración pública, otorgadas a través de un mandato, la última parte del artículo de referencia, establece que aún cuando careciera de validez el mandato o el acto jurídico que fundamenta la capacidad de representación, existe la responsabilidad por el hecho punible cometido.

Sabiendo que el mandato es el contrato por el cual una persona acepta poder de otra para representarla en el manejo de sus intereses o en la ejecución de ciertos actos, cabe manifestar que el mismo no necesita de formalidades para su otorgamiento, pues también se halla contemplado el caso del mandato tácito, equiparado a una gestión de negocios ajenos.

En cuanto a la eficacia o no del mandato otorgado, la ley claramente manifiesta que el mandatario responderá personalmente por el hecho que haya cometido, aún cuando el instrumento careciera de validez.

Igual situación se presentaría en el caso del representante de una entidad encargada de cumplir tareas de la administración pública, al consagrar la responsabilidad penal de éste, incluso cuando el acto jurídico que lo haya designado como tal no fuera válido.

En ambas situaciones (de darse la invalidez del mandato o del acto jurídico), nos encontraríamos con una especie de administración de hecho, es decir, con un administrador que aparenta serlo, y que debe responder por los actos realizados en el ejercicio del encargo o mandato. La invalidez del mandato o del acto jurídico en cuestión, no podría ser considerada como causal de eximición de la responsabilidad de los representantes.

La inclusión de esta normativa en el Código Penal paraguayo, considerada por autores extranjeros como una solución para cubrir lagunas de impunidad producidas por la negación de la capacidad de acción y de la capacidad de reprochabilidad de las personas jurídicas, no evita los efectos del principio de que las personas jurídicas no pueden delinquir, pues tendría aplicación solo en los casos de la representación existente en los delitos especiales propios.

Entonces, el instrumento de actuar por otro, no fundamenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No hay más responsabilidad que la individual, penalmente solo puede responder la persona física. La discusión sobre si una persona jurídica puede o no ser penalmente responsable, ha venido en aumento debido principalmente al auge del denominado derecho penal económico y al sentido y alcance de la delincuencia económica.

Esta es definida por Sutherland¹¹⁸ como *la violación de la ley penal por una persona de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de su actividad profesional*; igualmente es definida como aquella relativa a las infracciones lesivas del orden económico, cometidas por personas de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de su actividad profesional y que pudieran tener eventuales efectos en el orden económico de una sociedad determinada.

La responsabilidad de las personas jurídicas se encuentra directamente relacionada con los

¹¹⁸ Citado en BAJO, MIGUEL y BACIGALUPO, SILVINA I., Derecho... cit., p. 27.

delitos que afectan el orden económico, pues la comisión de éstos, afecta principalmente a la economía; y con cuestiones como el fenómeno jurídico de la representación, que da lugar a actuaciones en nombre y por cuenta de otro.

Se mantienen principalmente dos posturas respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas; la primera de ellas adopta el principio *societas delinquere non potest*, en cuya virtud no es admisible la punibilidad de las personas jurídicas, pudiendo éstas solo ser castigadas con sanciones administrativas.

Por otro lado, los que han admitido la responsabilidad de las personas jurídicas y en consecuencia la aplicación de sanciones penales, lo han hecho en virtud a la aceptación de la capacidad de culpabilidad de estos entes.

CONCLUSIÓN

En el presente trabajo se ha realizado un breve estudio sobre la normativa contemplada como uno de los presupuestos de la punibilidad en la parte general del Código Penal Paraguayo.

Se ha analizado las teorías que fundamentan la responsabilidad penal de quien no reuniendo las especiales cualidades exigidas por el tipo legal, actúa en nombre o representación de otros. Así, se ha examinado como se *transfieren* esas cualidades del representado al representante, para los fines del derecho penal.

Igualmente se pudo observar que existen dos maneras de extender esta responsabilidad; y que nuestro Código ha optado por la inclusión de una cláusula en la parte general del mismo, en lugar de la inclusión de dichas cláusulas en los tipos que componen la parte especial.

En lo concerniente al fundamento de atribución de responsabilidad, hemos explicado el principio de equivalencia, manifestando que la conducta del sujeto no cualificado es equivalente a la del sujeto idóneo para ser sujeto de la acción típica.

Si bien con la inserción del Art. 16 que dispone la *Actuación en Representación de otro*, nuestra legislación penal se ha colocado entre los códigos más avanzados de la región, y ha posibilitado, con relación al anterior código penal, el castigo a quienes actuaban en lugar de las personas jurídicas, sin reunir las características especiales exigidas por el tipo legal, el mismo no ha sido suficiente para fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas, pues como ya se mencionara tendría solo aplicación en los casos de la representación existente en los delitos especiales propios.

A pesar de ello, se debería valorar la inclusión de dicha norma, y considerarla un gran avance, debido a la posibilidad que nos brinda para imputar penalmente a quien actúa no solo en representación de un ente ideal, sino también a quien lo hace en representación de una persona física.

Abog. Maria José Melgarejo Cuevas¹¹⁹

¹¹⁹ MARIA JOSE MELGAREJO CUEVAS, Abogada, egresada sobresaliente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” en el año 2002. Notaria, egresada sobresaliente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” en el año 2004. Actualización en Delitos Económicos por la Universidad del Nordeste Argentino, en el año 2003. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad del Pacífico, en el año 2005. Egresada de la Escuela Judicial, 7ª Promoción. Asistente Fiscal de la Unidad de Delitos Económicos y

BIBLIOGRAFÍA

- Código Penal de la República del Paraguay, Ley N° 1160/97, Concordado y referenciado, con índice alfabético remisivo y ordenado, Segunda Edición, Asunción, Latindata.
- BAJO, MIGUEL y BACIGALUPO, SILVINA, Derecho Penal Económico, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- BALCARCE, FABIAN I., Derecho Penal Económico Parte General, Editorial Mediterránea, Tomo 1.
- MARTINEZ-BUJAN PEREZ, CARLOS, Derecho Penal Económico Parte General, Editorial Tirant lo Blanch Libros.

MENELEO INFRAN RIVEROS¹²⁰

EL TRÁFICO DE PERSONAS COMO HECHO PUNIBLE.

DESARROLLO

1. NOCIONES GENERALES.

Para poder analizar y entender el tema que desarrollo a continuación, debemos estudiar buscar en su raíz histórica, teniendo como matriz a una de las prácticas más horribles y vejatorias a la que pudo llegar el ser humano: La esclavitud.

La esclavitud como práctica de sometimiento de un ser humano por otro, ha evolucionado de una manera totalmente inhumana y como una actividad tan antigua como la historia misma. Sin

¹²⁰ Miembro de la Cámara de Apelaciones de la Capital.

embargo, en sus comienzos, pudo ser entendida como un avance en la humanización, porque antes que se decidiera convertir en esclavo al vencido en una guerra, se lo ejecutaba.

Todos sabemos, que durante la evolución e historia de las grandes civilizaciones antiguas (romana, griega, Siria, etc.), una de sus principales y más lucrativas actividades comerciales fue la venta de esclavos, especialmente los que eran tomados como prisioneros en las diversas campañas militares y expansionistas. Durante esa época, la venta de humanos para el trabajo y el servicio era mirada como lícita por la sociedad antigua, la que generaba una gran demanda de este tipo de mercancía.

Partiendo de esta premisa podemos afirmar que el tráfico de personas posee como antecedente directo a la esclavitud.

Hoy en día el tráfico de personas como tipo penal general, el cual no se encuentra tipificado como tal por nuestra legislación, sino por sus especies, como ser el proxenetismo, es un hecho punible que se encuentra acompañada de los secuestros o de traslado de personas a otros países bajo engaños y posteriormente ser sometidos a malos tratos o situaciones indecorosas.

Asimismo, debemos tener presente que también se trafica personas para posteriormente vender sus órganos o con las finalidades de servir de especímenes para trasplantes y supuestas donaciones.

2. EL TRÁFICO DE PERSONAS.

El tráfico de personas consiste en el comercio, intercambio o transporte de seres humanos, en su mayoría mujeres y niñas. Que luego se vuelven prostitutas o hacen trabajo doméstico bajo engaños y maltratos en el caso de las mujeres y los hombres trabajos duros en campos y granjas a beneficio de su empleador.

En este movimiento de personas usualmente existe intimidación y se da bajo violencia, el empleador actúa controlando su libertad y decidiendo a dónde van, con quién están y cuánto dinero les da por su trabajo, así como podemos apreciar por las informaciones periodísticas que los mismos sufren de la retención de sus documentaciones, por lo tanto, no pueden salir de sus trabajos ni pedir auxilio de ningún tipo.

Los términos "*trata de seres humanos*" y "*tráfico de migrantes*" han sido usados como sinónimos pero se refieren a conceptos diferentes. El objetivo de la trata es la explotación de la persona, en cambio el fin del tráfico es la entrada ilegal de migrantes. En el caso de la trata no es indispensable que las víctimas crucen las fronteras para que se configure el hecho delictivo tomado como base para el derecho comparado, mientras que éste es un elemento necesario para la comisión del tráfico.

La trata de personas consiste en utilizar, en provecho propio y de un modo abusivo, las cualidades de una persona, para las diferentes tareas o funciones que el *patrón* determine.

Para que la explotación se haga efectiva los tratantes deben recurrir a la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, lo cual identificamos como modalidad usual o corriente.

Los medios para llevar a cabo estas acciones son la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad.

Además se considera trata de personas la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas, la servidumbre o la extracción de órganos.

La convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos, definió el Tráfico de Personas, como *“el reclutamiento, transporte, encubrimiento o recepción de personas, por medio del uso de amenazas o el uso de la fuerza u otra forma de coacción. Los traficantes son aquellos que transportan emigrantes y se benefician económicamente o de alguna otra manera del de personas”*. En virtud de esta definición, el tráfico de seres humanos ha sido reconocido como una violación grave de los Derechos Humanos.

3. CAUSAS DEL TRÁFICO DE PERSONAS

La primera causa del tráfico de personas en los países de origen, es la pobreza, que impide a las personas satisfacer sus necesidades vitales, por lo que se sienten empujadas a huir hacia el mundo del bienestar a la pobreza.

Otros elementos a tener en cuenta son las situaciones de violencia y de conflictos, que provocan el éxodo y la expulsión hacia lugares más seguros.

Todo esto afecta de forma especial a la mujer, debido a su situación de desigualdad, precariedad y falta de futuro en muchos países en vías de desarrollo.

Estas circunstancias son aprovechadas por personas sin escrúpulos para organizar la vergonzante actividad del tráfico de personas para la prostitución.

Entre sus causas, no podemos silenciar al "cliente" como factor clave. Siempre se habla de las víctimas y de los traficantes y se olvida que el "cliente" es un colaborador fundamental para mantener este degradante negocio.

4. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

Al realizar una reseña analítica de la Constitución Nacional, podemos observar que los derechos fundamentales exigen la protección de los ciudadanos paraguayos o extranjeros residentes en nuestro país a fin de no ser víctimas del tráfico de personas. Entre estos derechos fundamentales podemos citar a la prohibición de la esclavitud, respeto a la vida, entre otras.

Dentro de esta realidad jurídica y en este orden metodológico considero que nuestra legislación debería, adoptar la figura jurídica propuesta a fin de cumplir con la seguridad jurídica que posibilita el poder coercitivo estatal y cerrar el plexo normativo en este tipo de conductas que deja una impunidad al encontrarnos día a día con estas conductas delictivas.

Por otra parte nuestra legislación penal contempla el hecho punible de tráfico de menores en su artículo 223¹²¹, siguiendo su tendencia moderna pero pudiendo ser una figura mas completa siendo uno de los agravantes el hecho cometido con menores. En este orden de ideas, también encontramos en el artículo 129¹²² a la trata de personas que también debería constituir una agravante al tráfico de personas.

¹²¹ **Artículo 223.- Tráfico de menores:** 1º El que explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia del titular de la patria potestad, mediante contraprestación económica, indujera a la entrega de un niño para una adopción o una colocación familiar, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años. Con la misma pena será castigado el que interviniera en la recepción del niño. 2º Cuando el autor: 1. eludiera los procedimientos legales para la adopción o colocación familiar; 2. actuara con el fin de obtener un beneficio económico; o 3. mediante su conducta expusiera al niño al peligro de una explotación sexual o laboral, a pena podrá ser aumentada a pena privativa de libertad de hasta diez años.

¹²² **Artículo 129.- Trata de personas.** 1º El que mediante fuerza, amenaza de mal considerable o engaño, condujera a otra persona fuera del territorio nacional o la introdujera en el mismo y, utilizando su indefensión la indujera a la prostitución, será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis años.

Con estas consideraciones llegamos a una clara posición que es la posición mayoritaria en el derecho comparado que el tráfico de personas constituye el genero de un hecho punible contra la libertad de las personas y los demás tipos citados precedentemente son especies que atenúan o agravan al tipo.

CONCLUSIONES

En primer, el tráfico es un problema que ha alcanzado dimensiones abrumadoras en todo el mundo. Resolverlo y proporcionar alivio a sus muchas víctimas sólo es posible mediante esfuerzos de cooperación.

Por tanto, dentro del somero resumen desarrollado en el trabajo de monografía identificamos la realidad nacional puntualizando que el tráfico de personas es un problema nacional, siendo únicamente contenido por medio de la coerción estatal, ejecutada por medio de la sanción penal.

Hoy en día, solo contamos con una legislación penal donde tipifican especies del comercio con personas, pero como se ha identificado, debemos de realizar un segundo estudio, partiendo desde la legislación comparada para sustentar la instauración taxativa del tipo penal de tráfico de persona, sobre todo partiendo de la premisa que el tráfico de persona considero que se desarrolla desde el punto de vista de un tipo penal general y sus especies son los tipos tipificados por nuestro Código Penal en los artículos 129 y 223, los cuales en una revisión de contrarreforma del Código deberá tener sus ajustes dentro de la tipificación del tráfico de personas.

BIBLIOGRAFIA

BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal, Edit. TEMIS 1996, citando textualmente a BINDING, Normen, I p.4.-

BACIGALUPO, Enrique, "Manual de Derecho Penal", Edit. TEMIS 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de derecho penal. Parte Especial, 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ariel Derecho, Barcelona, 1991

CONVENCION de la ONU contra la Delincuencia Organizada y sus Protocolos.

ESCRICHE, Joquin. *El Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, segunda edición, 1845

FRANCESCO CARMIGNANI, Giovanni Alessandro. Elementos de derecho criminal. Trad. De A. Forero Otero y Jorge Guerrero, Bogota, Edit. Temis, 1979.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis, "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Editorial Losada 1965.

NÚÑEZ, Ricardo, "Manual de Derecho Penal - Parte General", Editorial Rubinzal-Culzoni 1972.

ROXIN, Calus, "Derecho Penal, Parte General, Tomo I", CIVITAS, 1997.

SOLER SEBASTIAN, "Derecho Penal Argentino", TEA 1994, T. II.

VON FAUERBACH, Anselm, Tratado de Derecho Penal, trad. Al castellano de Eugenio Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hamurabi. 1989

WELZEL, Hans, "Derecho Penal Alemán", Editorial Jurídica Cuyo, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio. "Tratado de Derecho Penal", EDIAR 1987, T. III.

MILNER MARCIAL NÚÑEZ CABAÑAS

LAS PENAS PRINCIPALES. OMISIÓN CUALITATIVA

Milner Marcial Núñez Cabañas

123

¹²³ Edad 26 años. Abogado, Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Americana, Mejor

INTRODUCCIÓN

En los años noventa se ha dado una revolución de pensamientos, sumamente interesantes para la República del Paraguay, específicamente con la instauración de normas jurídicas, que transmiten el respeto absoluto por la dignidad humana, como ser la madre de las normas – Constitución de la República – y las que derivan de la misma que son las que determinan los principios en materia penal – Código Penal y Procesal Penal –.

En ese contexto, es sumamente importante destacar que en el Código Penal, se encuentran contempladas la aplicación de penas principales, a las personas físicas, que son responsables por uno o varios hechos punibles, y en cuya persona sea den cada uno de los presupuestos del hecho punible en forma simultánea – en el caso concreto –.

Las penas se encuentran reguladas en los diversos Capítulos del Título III, del Código Penal, en cuanto a lo que versará el trabajo las disposiciones legales a ser analizadas son las siguientes, artículos 37 inc. 1, numeral a y b, 38, 39, 52 y 56 todos de la ley mencionada.

Una de las características que se constata en la ley 1.160/97, en cuanto a la sanción aplicable, es la absoluta libertad que se otorga a los magistrados a fin de decidir cual es la pena que será aplicada al condenado.

En ese contexto, se expresa que la mayor parte – para no decir todas – de las decisiones jurisdiccionales en cuanto a la determinación de la pena principal a ser aplicada en cada caso, se encuentra librada más que al arbitrio a la arbitrariedad de los juzgadores, sin que las decisiones se dicten sobre la base de una justificación jurídico razonable, y en muchos casos ni siquiera existe el porqué de tal o cual pena impuesta en una resolución judicial; por lo general se limitan a la mera remisión de lo establecido en el art. 65 del C.P., que no es la norma cuya aplicación se requiere.

Sin embargo, debemos señalar que la arbitrariedad judicial en cuanto a la determinación de la clase de pena principal que será aplicada, a la fecha encuentra importantes barreras jurídicas; esto es porque la doctrina a la fecha se plantea con mayor dedicación y rigurosidad la necesidad de establecer principios orientadores firmes y claros en la que se establecen los criterios a seguir.

Desde los albores del Código Penal – Ley 1.1160797 – a la fecha la exigencia en cuanto a la fundamentación de las decisiones jurisdiccionales en lo que se refiere a la pena principal aplicada es prácticamente nula, esto es por la escasa atención que otorgan a la misma los Jueces de Primera Instancia, por el no control de la calidad de la sentencia en ese aspecto por parte de los Tribunales de Alzada y de la Corte Suprema de Justicia.

El objeto de este trabajo, es formular con precisión que las determinaciones judiciales necesariamente deben estar fundadas en el porqué del tipo de sanción principal escogido y el porqué no es viable la aplicación de la otra, dado que al no existir un pronunciamiento en este aspecto la sentencia es parcialmente inválida, y en caso de la interposición de recursos, aún cuando las partes no lo invocan como agravios, debe ser objeto de revocación – esto por imperio

Egresado. Promoción Julio 2005. Alumno regular del Curso de Didáctica Superior de la Universidad Nacional de Pilar. Alumno regular del 2º año del Curso de Doctorado en Derecho Penal (Parte General) Maestría en Derecho Penal (Parte General) Wolfgang Schone. Publicaciones: Autor del Libro Lesión de Confianza, Elementos Objetivos del Tipo Penal, Tomo VI (2005), Coautor del Libro Sistema Penal Paraguayo, Compilación Actualizada de Leyes Nacionales (2005). Asistente Fiscal asignado a la Fiscalía de Delitos Económicos y Anticorrupción de la Ciudad de Asunción – Paraguay. Asistente de cátedra de la asignatura Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Americana - Asunción; cuya titularidad corresponde al Dr. Raúl Sapena Brugada.

del art. 256 de la Constitución Nacional – .

DESARROLLO DEL TRABAJO

“La pena es la reacción frente a un quebrantamiento de la norma, reacción que resulta siempre a costa del responsable de ese quebrantamiento, lo cual en este contexto, implica siempre una injerencia en algún bien. La individualización de la pena es el acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada”¹²⁴.

Es la reacción del Estado lo que pretende ser clarificado en cuanto a su aplicación conforme a las normativas que serán transcriptas a continuación.

NORMAS CONSTITUCIONALES

Preámbulo: *“El pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, reconociendo 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, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional, sanciona y promulga esta Constitución”.*

Art. 20.- *“Del objeto de las penas. Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad...”*

Art. 256.- *“...Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley. La crítica a los fallos es libre...”*

NORMAS DEL CÓDIGO PENAL

Art. 37.- *“Clases de penas. 1º Son penas principales: a) la pena privativa de libertad, b) la pena de multa...”*

Art. 38.- *“Duración de la pena privativa de libertad. La pena privativa de libertad tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinticinco años. Ella será medida en meses y años completos”.*

Art. 39.- *“Objeto y bases de la ejecución. 1º El objeto de la ejecución de la pena privativa de libertad es promover la readaptación del condenado y la protección de la sociedad...”.*

Art. 52.- *“Pena de multa. 1º La pena de multa consiste en el pago al Estado de una suma de dinero determinada, calculada en días-multa. Su límite es de cinco días-multa como mínimo y, al no disponer la ley algo distinto, de trescientos sesenta días – multa como máximo...”*

Art. 56.- *“Sustitución de la multa por pena privativa de libertad. 1º Una multa que quedara sin pago, y no fuera posible ejecutarla en los bienes del condenado, será sustituida por una pena privativa de libertad. Un día-multa equivale a un día de privación de libertad. El mínimo de una pena privativa de libertad sustitutiva es un día.-*

Conforme a las normas que hacen a la materia objeto de análisis, vemos que los magistrados por imperio de las normas deben necesariamente fundamentar; **decir el porqué, en base a qué y el para qué, de la pena privativa de libertad o la pena de multa.** Máxime cuando en los hechos punibles objeto de estudio, se encuentra expresamente regulada la fórmula *“será castigado con*

¹²⁴ Ziffer, Patricia S “DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA”, Julio B. J. Maeir Compilador, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, páginas 90 y 91.

pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa”, como ocurre en la mayoría de los tipos legales que sancionan hechos punible contra el patrimonio.

A esta instancia, se arriba luego, “*de la indagación del hecho, la determinación de la misma, de la responsabilidad del sujeto y de la punibilidad deben preceder sistemáticamente a lo que podríamos denominar, conforme al criterio aquí sostenido, “determinación final de la pena”, dado que tal determinación sólo es posible una vez que se ha constatado que la conducta de que se trate constituye un ilícito culpable y punible*”¹²⁵.

Esto es porque, sería inane analizar la punibilidad de una persona, si resulta imposible o ante la existencia de una duda razonable, arribar a la determinación de un hecho que resulte típico, de la participación del sujeto en el hecho, de la antijuridicidad y de la reprochabilidad del justiciable, en consecuencia no tiene ningún sentido cualquier consideración sobre la aplicación de una de las penas principales contempladas en el Código Penal Paraguayo.

Siguiendo con nuestra labor, expresamos, que durante la etapa de determinación de la pena el Juez debe optar fundadamente por la sanción penal que será aplicada al caso concreto, vale decir, si va a aplicar pena privativa de libertad o pena de multa. Esto es debido a que ambas penas presentan un criterio de medición diferente. Así, la pena de multa está sustentada en criterios personales y económicos del autor, a diferencia de la pena privativa de libertad para la que se toma en cuenta otras circunstancias, como ser las establecidas en el art. 65 del C.P.

Al declarar viable los tipos penales por los cuales ha sido acusada una persona, y al arribar al estadio jurídico técnico en la redacción de una decisión jurisdiccional donde se debe establecer el tipo de sanción penal, y en el caso de que el hecho punible otorgue al juzgador la opción de aplicar una de las penas principales, sea la de privación de libertad o la de multa; los magistrados deben decidir fundamente cual es el tipo de pena que será aplicada, y porque no la otra viabilidad, no es la apropiada en el caso concreto.

Sin embargo, como la práctica nos indica, y a lo largo de los diez años de vigencia del Código Penal, nos encontramos ante una grave situación jurídica, en la cual se nota claramente la falta de fundamentación de la sentencia, al no referirse al porqué de la pena de multa o al porqué de una pena privativa de libertad.

Esta circunstancia omisiva, constatada en cualquier decisión jurisdiccional, como ya lo dijéramos en la introducción del trabajo, debe ser sancionada como la revocación parcial, esto es porque la Constitución de la República, impone en forma imperativa que las decisiones deben estar debidamente fundadas, es decir la fundamentación debe abarcar todos los elementos de la estructura hecho punible – tipicidad, antijuridicidad, reprochabilidad y la punibilidad –, en consecuencia se debe establecer el porque de la aplicación de una pena principal, sea la misma pena privativa de libertad o de multa.

La pena privativa de libertad es una pena principal que restringe la libertad de movimiento de una persona, porque al ser aplicada esta pena, se dispone que el condenado debe guardar reclusión en un establecimiento habilitado para tal efecto, y la otra pena principal que es la de multa, también se refiere a la privación de una de las garantía consagradas en la Constitución, como es la propiedad privada, dado que la multa se aplica sobre una cierta parte del patrimonio del condenado. La naturaleza jurídica de ambas penas principales son distintas, pero no es viable la aplicación conjunta de las mismas a una persona condenada, esto por un razonamiento sencillo y claro, no existe la acumulación de dos penas principales en el mismo proceso, en consecuencia se

¹²⁵ Magariños, Mario, “DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA”, Julio B. J. Maeir Compilador, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, página 81.

debe optar por una de ellas.

A la fecha, en nuestros tribunales como sucede en varias parte del mundo, una persona no sabe a ciencia cierta cuales son los criterios jurídicos que rigen en cuanto a la aplicación de las penas principales, creando una sensación de inseguridad jurídica, porque al no existir parámetros, se puede llegar a una situación caótica y anárquica en cuanto a la aplicación de una pena principal.

Se ha llegado a este nivel de inseguridad, tanto por la falta de atención decisiva y clara de la dogmática, como la falta de aplicación de decisiones jurídicamente correctas por parte de los organismos superiores a los Tribunales de Sentencia, como ser los Tribunales de Apelación y Corte Suprema de Justicia, en lo que se refiere a la materia objeto de estudio.

“Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho Penal del que – por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico – se desconoce su alcance y su límite”¹²⁶.

Esta idea transcripta, me parece que fundamenta nuestra posición, porque si los operadores del sistema penal no expresamos nuestra preocupación por la aplicación de las penas principales, y seguimos permitiendo la omisión en la calidad de las sentencias, por falta de fundamentación, la incertidumbre sobre cual será el tipo de pena aplicable al justiciable será total.

CONCLUSIÓN

En el presente trabajo, hemos destacado la falta de fundamentación de las decisiones jurisdiccionales, en cuanto se refiere a la aplicación de las penas principales – multa o pena privativa de libertad -, contempladas en el Código Penal.

Las perspectivas en cuanto a la materia objeto de estudio, no son alentadoras, en base a lo brevemente expuesto en el presente trabajo, esto es porque no existen criterios legales ni jurisprudenciales en cuanto a cual es la pena principal aplicable cuando el hecho punible expresamente contempla la viabilidad de pena privativa de libertad o multa.

Creemos, que la solución sería la normativización de los parámetros que deben ser tenidos en cuenta en el momento de la selección de una pena, o en su defecto hasta tanto no exista una ley o la inclusión de los criterios diferenciadores en la reforma del Código Penal, la otra probabilidad sería un lineamiento jurisprudencial, que a la fecha tampoco se da.

Dado que no tenemos, lo que se pretende, creemos que los Juzgadores empezarán a fundar sus decisiones en cuanto a la materia objeto de estudio, desde el momento en el cual las resoluciones sean revocadas por falta de fundamentación, por falta de cumplimiento de la disposición constitucional enunciada en el desarrollo del trabajo.

Estas soluciones, pueden ser útiles para llenar el vacío legal, es decir actuar como bisagra entre lo que actualmente ocurre en nuestro sistema con respecto a la aplicación de las penas principales y lo que finalmente pretendemos en el futuro, para una mayor seguridad jurídica con el fin de que la persona sometida a juzgamiento pueda saber el porqué de tal o cual decisión recae sobre su persona.

“El criterio para la imposición racional de pena protege al delincuente contra decisiones

¹²⁶ Cesano, José Daniel “LA MULTA COMO SANCION DEL DERECHO PENAL COMÚN: REALIDADES Y PERSPECTIVAS”, Alveroni Ediciones, Córdoba – Argentina, 1995, páginas 13 y 14.

irracional influenciadas por prejuicios y preferencias emocionales”¹²⁷.

*“El hilo se ha perdido; el laberinto se ha perdido también. Ahora ni siquiera sabemos si nos rodea un laberinto, un secreto cosmos o un caos azaroso. Nuestro hermoso deber es imaginar que hay un laberinto y un hilo. Nunca daremos con el hilo; acaso lo encontramos y lo perdemos en un acto de fe, en una cadencia, en el sueño, en las palabras que se llaman filosofía o en la mera y sencilla felicidad”*¹²⁸.

Y es ese hilo, el que debemos encontrar, para tener un Estado que cumpla con los postulados enunciados en la norma constitucional y las dictadas en consecuencia.

¹²⁷ Hornle, Tatjana “DETERMINACIÓN DE LA PENA Y CULPABILIDAD”, Fabián Di Placido Editor, Buenos Aires – Argentina, 2003, página 118.

¹²⁸ Borges, José L., “EL HILO DE LA FÁBULA”, en Los conjurados, Obras Completas, Emecé, Buenos Aires - Argentina, 1989, página 481.

BIBLIOGRAFÍA

- BORGES, José L., “*EL HILO DE LA FÁBULA*”, en Los conjurados, Obras Completas, Emecé, Buenos Aires - Argentina, 1989.-
- CASAÑAS LEVI, José Fernando – *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Intercontinental Editora, Asunción, 2001.-
- CESANO, José Daniel “*La Multa como Sanción del Derecho Penal Común: Realidades y Perspectivas*”, Alveroni Ediciones, Córdoba – Argentina, 1995.
- *CONSTITUCIÓN NACIONAL* – Club Centenario, Asunción, 1992
- HORNLE, Tatjana “*DETERMINACIÓN DE LA PENA Y CULPABILIDAD*”, Fabián Di Placido Editor, Buenos Aires – Argentina, 2003.
- PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO JUDICIAL DE LA AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (USAID), *Código Penal de la República del Paraguay*, Imprenta Emegraf, Asunción, 1998.
- Roxin, Claus. Beloff, Mary. Magariños, Mario. Ziffer, Patricia S. Bertoni, Eduardo Andrés. Ríos, Ramón Teodoro; “*DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA*”, Julio B. J. Maeir Compilador, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

VÍCTOR RÍOS OJEDA

EL DOLO EN EL CÓDIGO PENAL DEL PARAGUAY

BREVE INTRODUCCIÓN

El actual Código Penal de nuestro país, que cumple diez años de su sanción como Ley 1160/97, como todos sabemos, implicó una ruptura en nuestra tradición teórica y legislativa en la materia. A partir de su vigencia, forzó cambios paradigmáticos profundos, tanto en nuestra dogmática como en la prácticas penales. Temáticas tales como principio de legalidad, teoría del error, reprochabilidad, teoría del dolo, etc, o fueron incorporados por primera vez a nuestro derecho positivo o fueron tratados con un enfoque conceptual más moderno, acorde con el estado actual de las ciencias penales.

El tema elegido para la presente reflexión es el dolo. Si bien, por las condiciones establecidas para el trabajo, no hay suficiente espacio para agotar, ni mucho menos, los aspectos conceptuales del mismo, serán abordados algunos de sus aspectos más relevantes, esto, lógicamente, según la perspectiva del autor de esta monografía. El análisis, somero por cierto, se centrará en la evolución histórica, concepto, teorías, determinación y una interpretación del texto y los principios adoptados por nuestro Código Penal en materia de definición y prueba del dolo.

Un avance trascendental introducido por la Ley 1160 con relación a la legislación derogada es la eliminación de la presunción del dolo, lo que significa, nada menos, que la adopción de los principios consagrados por la dogmática penal moderna y por el llamado derecho penal de acto, centrado en la acción representada y desplegada por el autor, en una saludable superación del llamado *dolus ex re*.

En este trabajo se parte de la idea de que nuestro CP, en el plano de la imputación penal, adopta la fundamentación subjetiva del ilícito¹²⁹, lo que significa que en el momento de tomar posición sobre la teoría del dolo incorporada por el mismo, se debe ser coherente con los principios y las consecuencias prácticas del subjetivismo.

TEORÍAS SOBRE EL DOLO¹³⁰

El concepto y clasificación del dolo han experimentado una larga evolución, comenzando la construcción teórica del actual dolo eventual con Bártolo o Baldo en el medioevo italiano¹³¹.

Actualmente, las formulaciones sobre el dolo se agrupan en dos grandes corrientes de pensamiento que se encuentran dentro de las denominadas teorías de la voluntad o del consentimiento y de la representación o probabilidad.

TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO

Esta corriente nace a finales del siglo XVIII y principio del XIX, consolidándose en Alemania, a tal punto de que fue adoptada por la jurisprudencia del *Reichsgericht*. La teoría de la voluntad sostiene que el dolo equivale a conocer y querer la realización de una conducta típica. Esta definición es plenamente válida para el dolo directo, por lo que para los casos en que no concurra el elemento querer en conductas que son más graves que las meramente imprudentes, la teoría tuvo que hacer algunas concesiones. Como los partidarios de esta teoría concebían a la voluntad como esencial e inseparable del concepto del dolo, no tuvieron otra alternativa que extender el concepto de voluntad afirmando que “también quiere el sujeto que, además de representarse como posible la realización del tipo, mantiene una “especial relación emocional” con el resultado y

¹²⁹ Para un detallada justificación de esta posición, LA TENTATIVA...

¹³⁰ Un panorama completo y actual sobre este tema en RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN, DOLO Y SU PRUEBA EN EL PROCESO PENAL, J.M. BOSCH EDITOR.

¹³¹ RAGUÉS I V, Ramón, Ob cit , p 55, nota 92

demás circunstancias del hecho que deban abarcarse dolosamente.

Para dar cabida al dolo eventual los teóricos de esta corriente hablan de que el dolo eventual concurre cuando el sujeto “haya estado de acuerdo con la realización del tipo, “la haya ratificado”, “haya estado de acuerdo con ella”, “haya consentido”, “haya aprobado”, etc. Consentir y aprobar son los estados emocionales fundantes del dolo eventual admitidos por la mayoría que se adscribe a esta teoría, de ahí la denominación de teoría del consentimiento o de la aprobación.

Robert von Hippel, adaptando a su concepción teórica la fórmula concebida por Frank (este último partidario de la teoría de la representación), ensayó una definición de dolo eventual, según él, compatible con la teoría del consentimiento. Hippel definió así al dolo eventual: *“debe afirmarse que concurre el consentimiento necesario para el dolo eventual cuando, habiendo previsto el autor como posible la realización del tipo, puede afirmarse que habría actuado igualmente de haberla previsto como segura¹³²”*.

Resulta evidente la insuficiencia de los presupuestos teóricos de la teoría del consentimiento para explicar el dolo eventual, es por ello que sus partidarios tuvieron que forzarla extendiendo más allá de lo debido el concepto del “querer”. Una prueba evidente de la insuficiencia mencionada radica en el hecho de que Hippel, tuvo que recurrir a la matriz teórica de la teoría de la representación, para realizar un injerto a la teoría del consentimiento, resultando, tal como ocurre con cualquier injerto, un producto híbrido, ya distinto del original. Leyendo la definición de Hippel se colige sin ningún esfuerzo interpretativo, que el dolo eventual es esencialmente representación, ya que “prever como posible un resultado”, es nada menos que “representarse” dicha posibilidad. Ahora, la definición aportada por Hippel, contiene un elemento peligroso y por tal, inaceptable en el estado actual de la dogmática penal, que es el basarse en una hipótesis que no exige comprobación para afirmar la existencia de una conducta dolosa. En efecto, al sostener que, “puede afirmarse que habría actuado igualmente...”, desemboca en una presunción en contra del imputado, totalmente de contramano con la presunción de inocencia que tiene rango constitucional en nuestro país y en la absoluta mayoría de los países democráticos.

TEORÍA DE LA PROBABILIDAD

En contraposición a la teoría del consentimiento, se encuentra la de la representación, que no mantiene la definición del dolo como conocer y querer como regla absoluta, sino que parte del supuesto de hecho y si lo encuentra merecedor de la pena del delito doloso, construye un concepto de dolo desprovisto del elemento “querer el resultado”. Muchas veces un sujeto actúa sin querer propiamente la realización del tipo, pero llevó a cabo su actuación siendo consciente o representándose que existía un cierto riesgo de realización. A partir de este razonamiento es previsible el sgte cuestionamiento: *con qué grado de representación debe actuar el autor para considerarse dolosa su conducta?* La teoría de la probabilidad responde a esta interrogante tomando como parámetro el grado de probabilidad con que el autor se haya representado la producción del resultado; si pese a haberse representado como probable la realización del tipo el sujeto ha decidido actuar, concurre dolo; si se ha representado tal realización simplemente como improbable, concurre imprudencia¹³³.

Puede observarse en el desarrollo histórico de la discusión sobre el dolo, que la teoría del consentimiento ha obtenido mayor cantidad de adeptos incluida la jurisprudencia, pero en la práctica en las soluciones de los casos siempre se adoptan paradigmas propios de la teoría de la

¹³² RAGUÉS I V, Ramón, Ob cit págs 62/63.

¹³³ RAGUÉS I V, Ramón, Ob cit p 67.

representación. La jurisprudencia de los diversos países antes que lealtad a los presupuestos de una determinada teoría, ha mostrado más preocupación por aportar soluciones que transmitan tranquilidad a la sociedad, sobre todo cuando se tratan de casos llamativos con trascendencia en la población. Es por ello que se pueden encontrar casos en que un Tribunal, aparentemente partidario de la teoría del consentimiento, construye su sentencia con elementos de la teoría de la representación si aquella se muestra insuficiente para su cometido: llegar a soluciones aceptables socialmente. He aquí un ejemplo proporcionado por el propio Tribunal Supremo alemán, partidario de la teoría del consentimiento, al confirmar la condena por homicidio doloso en los sgtes hechos:

El joven de casi 20 años de edad K había conocido en 1.953 al vendedor de seguros M, con quien había accedido a mantener ciertos contactos sexuales, probablemente a cambio de dinero. También por aquellas fechas, el citado K entabló amistad con J. Para poder comprar ropa y pagar el alquiler de su habitación, a estos dos últimos sujetos se les ocurrió la idea de sustraer a M cierta cantidad de dinero, pensando que éste no les denunciaría por temor a que trascendieran sus relaciones homosexuales, por aquel entonces delictivas. Con este fin planearon que una vez dentro de su vivienda, dejarían a M inconsciente dándole un golpe con un saco de arena en la cabeza, habiendo descartado antes la posibilidad de hacerlos cortándole la respiración con una correa de cuero por temor a causarle la muerte.

El 25 de febrero de 1954 K y J convencieron a M para que les permitiera pasar la noche en su casa, a lo que éste accedió. A las cuatro de la madrugada y de acuerdo con el plan, J golpeó a M mientras éste dormía con el saco de arena en la cabeza, acción que sólo sirvió para despertarle. En aquel preciso momento K recurrió a la correa de cuero, que había llevado consigo, y, con la ayuda de J, consiguió colocarla alrededor del cuello de M, tirando con fuerza de ambos extremos hasta que éste dejó de moverse, procediendo entonces a maniatarlo. Seguidamente, se apoderaron de una serie de objetos y, tras intentar en vano algunas maniobras de reanimación, abandonaron la vivienda. A consecuencia del uso de la correa se produjo la muerte de M. El Tribunal del Jurado condenó a J y K como autores dolosos de dicha muerte”.

El BGH indudablemente notó la insuficiencia de su teoría del consentimiento para condenar por homicidio doloso a los dos autores, pues era evidente que los mismos no querían matar a su víctima, como así también era evidente que una sentencia por homicidio culposo dejaría una sensación de injusticia y podría provocar alarma en la sociedad. Ante este dilema, el Tribunal Supremo construyó una sentencia dando por probado el dolo eventual y otorgándole a éste un contenido volitivo-jurídico de características muy peculiares. En lo que sigue el texto de la sentencia del BGH:

“...es cierto que el conocimiento de las posibles consecuencias de una determinada acción y el consentimiento sobre dichas consecuencias son dos requisitos independientes del dolo eventual, algo que no ha ignorado el Tribunal del Jurado. Al afirmarse esto no se parte de que el autor quiera en sentido jurídico un resultado cuando solamente lo haya advertido como posible (...). De las circunstancias reseñadas se puede deducir sin lugar a dudas que los acusados no deseaban en modo alguno la muerte de M. (...). El consentimiento del resultado, que según la jurisprudencia del Reichsgericht y del Bundesgerichtshof constituye el elemento decisivo para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente, no significa que el resultado deba satisfacer los deseos del autor. Puede darse dolo eventual incluso cuando el acaecimiento del resultado sea algo que resulte indeseado para dicho autor. Sin embargo, éste aprueba el resultado en sentido jurídico cuando, de acuerdo con el objetivo que ambiciona, necesariamente, esto es, por no poder alcanzar dicho objetivo de otra manera, se conforma con que su acción cause el resultado en sí mismo no deseado y, por todo

ello, para el caso concreto, lo quiere....El dolo eventual se diferencia del no eventual en que el resultado indeseado no se prevé como necesario, sino tan sólo como posible. Se diferencia de la imprudencia consciente en que el autor que actúa con imprudencia consciente confía en que el resultado previsto como posible no va a acaecer y por ello acepta el peligro, mientras que el autor que actúa con dolo eventual acepta precisamente dicho peligro, porque en la medida en que no puede conseguir su objetivo de otra manera, también lo quiere conseguir mediante el método indeseado”¹³⁴.

Es innegable que el supuesto de hecho descrito, no satisface las exigencias de la tradicional definición del dolo como conocer y querer la realización típica, propia de la teoría del consentimiento, debido a que es categórico que los autores no querían la muerte de nadie, es más, trataron de no matar y cuando se dieron cuenta de la situación en que quedó la víctima, intentaron reanimarla. Crear figuras *sui generis*, como la de “querer jurídicamente”, es inconveniente por poco segura, desde el momento en que en su construcción no consultan datos de la realidad. Con este mecanismo puede legitimarse cualquier cosa afirmando que, si bien en realidad no pudo probarse determinados extremos, jurídicamente se consideran probados.

Vale la pena detenerse brevemente en una parte del texto de la sentencia del BGH donde ensaya una distinción entre imprudencia consciente y dolo eventual. “...*Se diferencia de la imprudencia consciente en que el autor que actúa con imprudencia consciente **confía** en que el resultado previsto como posible no va a acaecer y por ello **acepta el peligro**, mientras que el autor que actúa con dolo eventual **acepta precisamente dicho peligro**¹³⁵, porque en la medida en que no puede conseguir su objetivo de otra manera, también lo quiere conseguir mediante el método indeseado...”. Nótese que la diferencia pretendida es más quimérica que real. El autor con imprudencia consciente, al igual que el autor con dolo eventual, se representa y acepta el peligro, o sea el riesgo prohibido. Los dos autores llevan adelante sus acciones a pesar de representarse el peligro y, eventualmente, los dos pueden consumir un hecho punible. El BGH asienta la pretendida diferencia en la confianza que tenía uno de los autores del ejemplo (imprudencia consciente) en que el resultado previsto como posible no sucedería y esto motivó su actuación, mientras que, el autor con dolo eventual, acepta el peligro y punto. La regla sentada por esta jurisprudencia rezaría más o menos así: *confía y después actúa y serás considerado autor imprudente*. Mientras que otro mensaje podría ser el sgte: *si actúas sin confiar, serás considerado autor doloso*. En realidad, para esta sentencia del BGH, el núcleo del dolo no está en la representación del peligro o del riesgo prohibido, sino en que el autor no haya confiado.*

En el párrafo anterior, quedó en evidencia la inconsistencia teórica y práctica de la solución aportada por el máximo Tribunal alemán a la problemática del dolo. La deficiencia teórica consiste en que ubica en categorías diferentes a autores cuyas acciones exteriorizan los mismos caracteres, pues, los mismos se representan el peligro y actúan a pesar de esta representación. Afirmar que el autor con imprudencia consciente cuenta con un elemento del cual carece quien actúa con dolo eventual, como es la confianza, es darle a este elemento subjetivo, anímico, emocional, mayor preeminencia que a la representación del riesgo prohibido y a la ejecución de la acción en sí. Quienes representándose el mismo peligro actúan de igual modo están en las mismas condiciones, los estados anímicos de cada uno de los agentes son irrelevantes a los efectos de la determinación del dolo. A todo esto debe agregarse que el BGH no indica qué tipo de confianza es la que con su presencia o ausencia marca la diferencia entre la imprudencia consciente y el dolo, teniendo en cuenta que, parte de la doctrina sostiene que, solamente la confianza que elimina mentalmente el

¹³⁴ Cita tomada de Ramón Ragués I Vallés, Ob cit p 84 y sgts.

¹³⁵ Negritas y subrayados son míos.

peligro es relevante para la neutralización del dolo, no así la confianza que pueda ser considerada como simple esperanza.

Welzel y Stratenwerth elaboraron sendas teorías sobre la base de la confianza y su repercusión sobre el conocimiento del autor. Estos dos profesores alemanes fundamentaron el dolo eventual en los conceptos de “contar con la posibilidad” y “tomar en serio el peligro”. Para el primero, cuando alguien cuente con la posibilidad de producción del resultado ilícito, concurre dolo eventual, mientras que para Stratenwerth, cuando el agente ejecuta su acción a pesar de “tomar en serio el peligro” habrá dolo. En estos dos supuestos existe representación del riesgo y en consecuencia, hay dolo. En definitiva, ninguno de los maestros alemanes aportaron instrumentos objetivos de precisión para la determinación del dolo eventual y, abren una amplia brecha para la arbitrariedad, para el momento en que deba decidirse si el autor “contó o no con la posibilidad” o “tomó o no en serio el peligro” al tiempo de realizar su acción.

En la evolución doctrinaria sobre el concepto del dolo eventual, han surgido diversas propuestas, todas ellas centradas fundamentalmente en elementos emotivos como “conformarse”, “aceptar” el peligro, la confianza en que el peligro no se concretará con la diversidad de posturas derivadas de la consideración o no de la racionalidad del peligro o la voluntad de evitación del peligro, sin que ninguna de las propuestas superen las deficiencias apuntadas para las teorías de Welzel y Stratenwerth.

EL DOLO EN EL CP DEL PARAGUAY

En este trabajo se sostiene que el CP del Paraguay ha adoptado la teoría subjetiva de la fundamentación del ilícito. El subjetivismo tiene como acompañante teórico coherente, a la teoría de la representación en materia del dolo, con lo que, al ser la representación del autor el elemento fundante del dolo y no la intención, es el dolo eventual la figura central del sistema de imputación penal adoptado por el CP del Paraguay. Esto implica que, si una persona se representa como probable la producción de un resultado típico, existe dolo eventual de ese resultado típico y debe ser castigada como responsable doloso de ese hecho punible, aun cuando esa no sea la intención del agente.

La adopción de la teoría de la representación en materia del dolo por el CP paraguayo, está evidenciada por el texto del propio art 26, el cual habla de “tomada en cuenta su representación del hecho”, como así también, por otras disposiciones del mismo cuerpo legal, como el art 112 que habla del que intencional o “conscientemente”, o el art 150 de la calumnia que castiga al que en contra de la verdad y a sabiendas afirmara o divulgara a un tercero o ante éste un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor. Es claro que aun cuando la intención del agente no fuera la de lesionar el honor de la otra persona, si él sabe que no es verdad lo que afirma o divulga, comete el delito de calumnia, lo mismo que en el caso de la lesión grave, basta que el agente sea consciente de la probabilidad de causar lesión grave para que sea considerado autor doloso de este hecho punible.

Otra prueba de lo afirmado en el párrafo anterior la constituye la recepción del error de tipo en el art 18, lo cual consiste en el error o desconocimiento de un elemento constitutivo del tipo legal, no concurriendo dolo en este caso por la deficiencia en la representación o conocimiento del autor. Una persona puede tener toda la voluntad o intención de matar a otro, pero si actúa basada en una representación irrelevante desde el punto de vista de la imputación penal, actúa sin dolo, como lo sería el caso de aquel que quiere matar a su vecino por medio de payé. Lo decisivo es la representación, no la intención.

Aun cuando no se pueda vincular causalmente un resultado típico a la acción concreta del

agente, si éste asumió el riesgo concreto de dicha producción, actuó con dolo. Una acción llevada a cabo admitiéndose la eventualidad de un resultado típico, es una acción disvaliosa que debe ser sancionada¹³⁶.

DEFINICIÓN Y DETERMINACIÓN DEL DOLO EN EL CP DE PARAGUAY.-

El concepto adecuado de dolo en el CP de Paraguay, siendo el subjetivismo la base de la imputación penal en el mismo, tal como se sostiene aquí, necesariamente debe derivarse de la teoría de la representación, desterrando de su definición el contenido volitivo. En esto, se comparte plenamente la idea de Sancinetti, en el sentido de que la forma básica del dolo es el dolo eventual, por lo que la definición que aquí se propone corresponde a esta forma del dolo.

Como definición general puede decirse que una acción es dolosa cuando la misma crea un riesgo prohibido, siendo representada por el autor las circunstancias fácticas que constituyen este riesgo no permitido. Lo que debe conocer el autor doloso es el hecho riesgoso en sí, no es necesario que tenga conciencia de su calificación jurídica. El error de prohibición concurriría en aquellos casos en que el autor conoce el riesgo que está creando, pero está convencido de que este es un riesgo permitido, toda vez que sea excusable este error por las circunstancias concretas que rodean al hecho.

En cuanto a la determinación o prueba del dolo la doctrina ha producido diversas teorías, las que, a su vez, son influidas, salvo excepciones, por la naturaleza que se le otorgue al dolo en sí. Aquellos que consideran que el dolo es un fenómeno psicológico (voluntad o representación), afirman que como tal, debe probarse efectivamente en el proceso penal la concurrencia en el caso concreto de este hecho psicológico¹³⁷. La concepción psicológica acerca de la determinación del dolo si es aplicada coherentemente, haría prácticamente imposible la prueba del dolo, ya que, bastaría con que el imputado se mantenga callado y no preste ninguna colaboración durante el proceso para generar, por lo menos, la duda sobre la existencia o no del dolo.

En cambio, quienes se adscriben a la teoría normativa afirman, en principio, que resulta imposible probar efectivamente en el proceso penal la concurrencia o no del fenómeno psicológico en cuestión, motivo por el cual, consideran que, cuando un Tribunal afirma que alguien ha conocido algo, no hace otra cosa, que atribuir dicho conocimiento a un sujeto, en virtud de determinados criterios que no pueden, o ni tan siquiera pretenden, constatar cuál fue el estado real de su subjetividad en el momento de la realización del hecho típico¹³⁸. Los partidarios de la concepción normativa de la determinación del dolo, expresamente afirman que la prueba del dolo no es un juicio descriptivo, sino adscriptivo, por medio del cual se atribuye determinados conocimientos al sujeto, sin tener en cuenta la realidad empírica por la dificultad probatoria que genera esta situación. El problema que se observa en relación a la concepción normativa sobre la determinación del dolo es el de su legitimidad, en razón de que al renunciar a toda realidad empírica para la atribución del dolo y recurrir a criterios de atribución o imputación de carácter normativo, cae en un terreno inseguro y fértil para la arbitrariedad judicial.

Otro criterio de determinación del dolo consiste en tomar en cuenta el sentido social al momento de efectuar dicha determinación, según el cual, debe valorarse como consciente aquel

¹³⁶ Una reflexión completa sobre esta cuestión en SANCINETTI, Marcelo, Teoría del Delito...Pág. 145 y sgtes. Las ideas expuestas aquí son tributarias del pensamiento de este autor.

¹³⁷ AMBROSIUS y NEUWIED.

¹³⁸ KRAUB, MIRANDA ESTRAMPES, Mínima actividad probatoria, p. 36, GARTUA SALAVERRIA, Valoración de la prueba, p. 19 ss. Acerca de la imposibilidad de un conocimiento absolutamente cierto del dolo en sentido psicológico la jurisprudencia del Reichsgericht ya en el año 1.927. Todas estas citas son tomadas de RAMÓN RAGUÉS I VALLES, Ob cit p 291.

hecho que también lo es desde la óptica de los destinatarios del mensaje que incorpora la sanción penal¹³⁹. Este criterio social tiene los mismos problemas de legitimidad e imprecisión que el criterio normativo, abriendo, igualmente, la posibilidad a la arbitrariedad judicial de una manera inadmisibles. La adopción de este criterio llevaría, en muchos casos, a que por presión de la sociedad se instrumentalice a las personas en aras de la paz social, siendo prácticamente imposible construir una defensa efectiva frente a este criterio, ya que la única justificación de la decisión del juez sería el sentido que otorguen a la acción del imputado los demás ciudadanos que integran la sociedad.

Resulta indudable que los tres criterios de determinación del dolo expuestos en los párrafos anteriores adolecen de deficiencias. Pero, al menos, como ideal, el proceso penal debe propender a la prueba de la realidad empírica de la representación como fundamento del dolo y para esto, el juez debe someterse a las mismas exigencias requeridas para legitimar cualquier decisión. Es decir, debe explicar razonadamente su decisión, recurriendo a las herramientas propias del razonamiento judicial, construyendo un silogismo claro aplicando las reglas de la lógica, la experiencia común, los conocimientos aportados por las ciencias como la psicología y, como elemento limitador del poder punitivo, incorporar criterios propios de la imputación objetiva. El dolo, caracterizado como representación, es un hecho que, necesariamente, deberá ser probado como cualquier otro en el proceso penal, lógicamente, teniendo en cuenta sus peculiaridades. El juez paraguayo, recurriendo a un delicado análisis de todos los elementos de prueba aportados al proceso, deberá detallar en forma razonada y lógica, cuáles son los motivos que le llevan a concluir que en un caso concreto hubo dolo, no existiendo razón para negar que pueda recurrir a los indicios, en las mismas condiciones en que se recurre a estos para la comprobación de cualquier otro hecho.

¹³⁹ STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p 260-261, citado por RAUGÉS en nota 923 p 324.

EDGAR ADRIAN URBIETA¹⁴⁰

¹⁴⁰ Doctor en Ciencias Jurídicas, Abogado, Notario y Escribano Público por la Universidad Nacional de Asunción. Actualmente se desempeña como Miembro del Tribunal de Apelaciones de Caazapá.

LA MEDIACIÓN PENAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

LA MEDIACIÓN PENAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. LA MEDIACIÓN PENAL.

1.1. CONCEPTO.

Para Marta Amalia Bustos M., “la **mediación penal** implica la asistencia, por parte de un tercero neutral, a partes que mantienen un **conflicto** nacido de una violación a la ley penal, para que arriben a un acuerdo propio, mutuamente aceptable acerca de las cuestiones en disputa”.

Para María Graciela Abdolatif, “la **mediación** se refiere a un sistema dinámico que permite el equilibrio de todo los valores protegidos por la ley, sean los valores de la sociedad, del que comete un hecho punible, o de las víctimas, que no pretenden sustituir el sistema criminal, sino complementarlo y por sobre todo humanizarlo”.

Para María Elena Caram, la **mediación penal** “consiste en un sistema, no excluyente, de resolución de **conflictos**, donde las partes, asistidas por un tercero neutral, son acompañadas en el proceso de toma de decisiones con relación a un desacuerdo, siendo sus características más destacables la voluntariedad, la confidencialidad, la flexibilidad del procedimiento y la auto composición (las partes cooperan en la búsqueda de la solución).” (CARAM, María Elena. “Hacia la mediación penal”, L.L., T-2000-3, Sec. Doctrina, p. 965).

Debemos aclarar que la idea de la **mediación** no se relaciona con la impunidad, es decir con casos sin resolver, situaciones éstas que perjudican la vida comunitaria y la confianza en las

instituciones. La **mediación penal**, lo que propone es, resolver las cosas pero no siempre con penas, sino, con otras formas que colaboren a mejorar la convivencia.

La **mediación penal**, como un medio alternativo para la resolución del **conflicto penal**, aparece y se desarrolla en un contexto social de profunda crisis socio – económica que conlleva la marginalidad, la exclusión, la desatención, en el cual el hombre común se encuentra desprotegido, abandonado por el aparato judicial que le resulta obsoleto, sintiéndose carente de confianza, por no encontrar la respuesta del Estado en el caso que lo involucra. Por tanto, la respuesta del sistema penal a las personas que han sido víctimas de un hecho punible no es la más eficiente.

No se puede negar, que en la actualidad, debido al incremento de hechos delictivos denunciados, se prioriza la investigación de los más graves, dejando relegados aquéllos cuyos autores pueden ser castigados a una **suspensión a prueba de la ejecución de la condena**, no satisfaciendo de este modo a la víctima.

2. LA VICTIMA EN EL PROCESO PENAL.

A partir de la entrada en vigencia de nuestro ordenamiento jurídico procesal, Ley N° 1286/98, el objetivo del mismo es el de descubrir la verdad real (Art. 172, CPP); pero con este procedimiento judicial no en todos los casos se arriba a una solución del problema de los justiciables, que concurren ante los tribunales con la expectativa de lograr una salida rápida y económica a sus conflictos generados dentro de la comunidad, teniendo en cuenta que esta situación podría darse entre personas con quienes deben seguir manteniendo relaciones de carácter familiar, vecinal o comercial.

En el análisis de la historia de la penalización, encontramos que en la actualidad rige la política criminal retribucionista o represiva, por la cual el Estado es el titular de la acción pública o es el encargado de reaccionar contra el hecho punible, siendo el objeto central del sistema la punición del culpable, esto es aplicar la pena de prisión (Arts. 38/51, CP) o la de multa (Arts. 52/56, CP) que se encuentran previstas por la ley como penas principales para cada ilícito, quedando la víctima al margen del procedimiento, poniéndose de manifiesto una evidente desigualdad.

En estas condiciones, no se puede negar que en muchos casos el procedimiento judicial tradicional, no soluciona el **conflicto** en su raíz, sino que por el principio de oficiosidad, solo interesa al Estado la punición de la comisión del hecho punible, dejando de lado la consideración de la situación de la víctima, la que luego de formular la denuncia penal, no participa en la resolución del **conflicto**, salvo en aquellos actos procesales que guardan relación con la investigación fiscal y tengan como único objetivo la búsqueda de la verdad real (Art. 172, CPP). Es por esa razón, que en la mayoría de estos casos – violencia familiar, maltratos físicos, lesiones leves y otros hechos punibles de baja expectativa de pena – el procedimiento ordinario, en vez de brindar una solución efectiva al problema, eleva los niveles de conflictividad, acarreado en consecuencia la reiteración de hechos delictivos semejantes entre los mismos intervinientes.

Por otro lado, nuestro sistema judicial vigente se encuentra colapsado por no contarse con los recursos necesarios o de existir, son mal utilizados, lo que impide que no se pueda concluir adecuadamente la investigación y punición de estos tipos de hechos de menor trascendencia. Por tanto, es evidente que nuestro sistema de resolución de **conflictos** resulta ineficaz al ingresar a los tribunales, más causas de las que se resuelven y finiquitan. (ESPÓSITO, María Florencia - PEN, Silvana Noemí - CORNEJO, Carlos María. "Mediación Penal en nuestro ordenamiento jurídico". XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Córdoba, 2.003).

1. LA MEDIACIÓN PENAL. VENTAJAS Y CRÍTICAS.

Dentro del contexto de la **mediación**, las partes en el **conflicto** son: por una parte, la víctima, que en estos casos ha sufrido un deterioro en su patrimonio y pudiendo además haber sido menoscabada su integridad física, su honor, su dignidad, etc. y por la otra, el ofensor, el cual ha participado de la comisión de un hecho punible.

Las ventajas mencionadas por Gustavo Alfredo Dalma de este procedimiento son las siguientes:

1º) Es **informal**: El mediador no está obligado a seguir un rito determinado, puede simplificar el caso, no detenerse en datos irrelevantes y llegar a un acuerdo rápido, mutuamente aceptable, dependiendo de su entrenamiento en técnicas de la comunicación y la negociación. El mediador ante un **conflicto**, debe trabajar para que las partes se coloquen en la posición del otro, y a partir de ahí, buscar una solución consensuada, sobre la base de la comprensión mutua y el perdón.

2º) La **rapidez**: En vez de tardar años con la consecuencia de la **prescripción de la acción penal**, el **conflicto** puede tener solución a los pocos días de haberse provocado. Ello ayuda a disminuir la sensación de inseguridad.

3º) Es **confidencial**: Este es el aspecto más importante de la **mediación**. La principal obligación del mediador es guardar el secreto de todo lo dicho en el proceso, no puede transmitir lo dicho en ningún ámbito, además debe destruir todas las notas que se tomen en las audiencias. Sin esta obligación, la **mediación** no tendría éxito, teniendo en cuenta que lo que se pretende es que las partes se expresen libremente y permitan conocer todos los aspectos del **conflicto**, así como también sus aspiraciones para lograr el acuerdo.

4º) Es **económico**: La contribución que se da por este servicio es mínima si se lo compara con el costo, vía judicial, lo cual permite la participación de personas con escasos recursos.

5º) Es **ventajoso** para los abogados: Los letrados de partes que participen en la **mediación** verán que el tiempo invertido es menor, y si bien los honorarios pueden ser menores a los que podrían haber obtenido en un proceso judicial, su cobro es más rápido.

6º) Pueden **intervenir otros profesionales**: Conforme al número de los mediadores que intervienen, puede ser singular o colegiada. La **mediación** colegiada es muy efectiva en estos casos por la naturaleza del **conflicto**, en donde el aporte de los abogados es menor, comparado al de los psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales, y de todo profesional, que por su actividad, conozca las causas y sus incidencias, en las personas involucradas en el **conflicto**.

7º) Es **justo**: En la solución se contemplan las necesidades y los intereses de cada una de las partes, pues son ellas las que la proponen. Al infractor se lo hace tomar conciencia de su accionar y de su obligación de reparar el daño provocado.

8º) Es **exitoso**: No solamente porque las encuestas de efectividad en otros países así lo dicen, sino que además porque la solución no fue impuesta, fue consensuada y aceptada por las partes.

Los que no están de acuerdo con este procedimiento, ven como una desventaja que las partes que se sometan al procedimiento de la **mediación** no están en igualdad de condiciones, ni económicas, ni sociales, ni intelectuales, etc., en razón que siempre va a existir una parte más poderosa que la otra. No es suficiente que un abogado las represente, por que esto no significa que ponga mayor empeño o diligencia en la defensa de los intereses de su cliente. Ahora bien, estas críticas también se pueden hacer al sistema judicial actual. La falta de motivación económica puede provocar un desinterés en la defensa de la parte, presentándose escritos de poco valor intelectual. La diferencia radica en que el acuerdo alcanzado en la **mediación**, tiene el mismo valor que una sentencia y de ninguna manera puede ser considerada injusta, ya que son las mismas personas involucradas en el conflicto, las que manifiestan su conformidad con la solución propuesta.

Al respecto, cabe mencionar la tarea desempeñada por la Defensa Pública en numerosas causas, en las cuales sus representados son personas de escasos recursos económicos, no resultando ello obstáculo alguno para que en muchos casos se llegue a la solución del **conflicto** generado.

En este proceso, la víctima tiene una participación más activa, toma contacto directo con el victimario, y por otro lado este último toma conciencia del daño que ocasionó con su actuar, lo cual ayudaría a que exista una elevada probabilidad de que no vuelva a cometer los mismos hechos. Además, de existir un desequilibrio entre las partes, el juez puede no homologar el acuerdo, si es evidente de que no existe una razonable igualdad en las contraprestaciones surgidas en la negociación, y que de llegarse a la solución de los mismos a través de la **mediación**, se pondría fin al juicio sobre la base del acuerdo arribado, toda vez que el ordenamiento jurídico procesal lo permita. (DALMA, Gustavo Alfredo "La Mediación Penal y la posibilidad de su uso en

nuestro sistema Penal”. XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Córdoba, 2.003).

4. PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD.

En nuestra legislación penal, y por razones de Política Criminal, el Estado en aplicación del **principio de legalidad** (Art. 18, CPP), clasifica las acciones en su intervención para fijar o establecer las pautas de convivencia y de control social, con el propósito de armonizar los intereses de los particulares con los intereses de la sociedad, a confiscar o a monopolizar, la voluntad de las víctimas, sobre todo en los hechos punibles de acción de ejercicio público (acciones iniciadas de oficio – acciones dependientes de instancia privada).

Artículo 14 del C.P.P. **“Acción Penal. La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este código concede a la víctima.**

El ejercicio de la acción penal pública dependerá de instancia de parte, sólo en aquellos casos previstos expresamente en el código penal o en las leyes especiales”.

Artículo 15 del CPP: **“Acción Pública. Los hechos punibles será perseguibles de oficio por el Ministerio Público, según lo establecido en este código y en las leyes”.**

Artículo 16 del CPP: **“Instancia de Parte. Cuando el ejercicio de la acción penal pública requiera de instancia de parte, el Ministerio Público sólo la ejercerá una vez que ella se produzca, sin perjuicio de realizar los actos imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que no afecten la protección de interés de la víctima.**

Sin embargo, el Ministerio Público la ejercerá directamente cuando el hecho punible haya sido cometido contra un incapaz que no tenga representación, o cuando haya sido cometido por uno de los padres, el representante legal o el guardador.

La instancia de parte permitirá procesar a todos los participantes”.

Artículo 17 del CPP: **“Acción Privada. Serán perseguibles exclusivamente por acción privada los siguientes hechos punibles:**

- 1) maltrato físico;**
- 2) lesión;**
- 3) lesión culposa;**

- 4) **amenaza;**
- 5) **tratamiento médico sin consentimiento;**
- 6) **violación de domicilio;**
- 7) **lesión a la intimidad;**
- 8) **violación del secreto de comunicación;**
- 9) **calumnia;**
- 10) **difamación;**
- 11) **injuria;**
- 12) **denigración de la memoria de un muerto;**
- 13) **daño; y**
- 14) **uso no autorizado de vehículo automotor;**

En estos casos se procederá únicamente por querrela de la víctima o de su representante legal, conforme al procedimiento especial regulado en este código”.

Artículo 18 del CPP: **“Legalidad. El Ministerio Público estará obligado a promover la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, siempre que hayan suficientes indicios fácticos de la existencia de los mismos.**

Cuando sean admisibles, se aplicarán los criterios de oportunidad establecidos en este código”.

En este sistema de “legalidad” salvo los casos de acción penal privada, en donde el ofendido puede accionar penalmente, desistir de la acción y hasta llegar a una **conciliación**, el proceso penal está hecho para la actuación efectiva de la acción penal. En efecto la pretensión represiva pertenece al Estado, lo que significa que la víctima o particular ofendido no puede disponer de la acción, en razón de que sus órganos están dispuestas por la ley para promover y ejercitar la acción pública. Es decir, cometido un hecho punible, debe iniciarse la acción penal, proseguirse con el proceso cumpliendo las etapas, hasta su finalización, ninguna se puede obviar. Si el Ministerio Público o la defensa, mediante petición pretendiesen suspender o eliminar el proceso, deberá fundarse el pedido en alguna causa legal. El juez debe analizar el proceso siempre con el mismo objeto procesal. En esto consiste el carácter de indisponibilidad de la acción y del procedimiento penal, lo cual implica que la voluntad de las partes no tiene ningún valor sobre el proceso, éste es inalterable. (ABDOLATIF, María Graciela “Hacia una nueva experiencia-La Mediación” XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Córdoba, 2.003).

El Art. 14 del CPP (Acción Penal) permite la participación de la víctima en los hechos de acción penal pública. Sin embargo, la realidad nos demuestra que en la gran mayoría de los casos se llega a la sentencia sin haberla consultado, sin tener la menor idea de cuales son sus pretensiones, lo que trae aparejado una revictimización, ya que primero se es víctima del hecho punible y luego víctima de la reacción del Estado frente a ese hecho.

Parecería ser, atendiendo al sistema de legalidad y la confiscación estatal del **conflicto** de la víctima, que la aplicación de la **mediación** en el ámbito penal, no tendría consecuencia alguna. Sin

embargo nuestro ordenamiento jurídico, contempla instituciones fundadas en **criterios de oportunidad** (Art. 19, CPP) o **disponibilidad de la acción penal** (Art. 21, CPP), lo que de alguna manera, viene a flexibilizar el estricto principio de **legalidad** procesal.

Cafferata Nores, defensor del **principio de oportunidad**, la define como “la atribución que tiene los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundados en razones diversas de política criminal y procesal, de no iniciar la acción, o de suspender provisionalmente la acción iniciada o de limitarla en su extensión objetiva o subjetivamente o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aún cuando concurren las condiciones ordinarias para perseguir y castigar”. (CAFFERATA NORES, Jose I. “Cuestiones actuales sobre el proceso penal” 2º Edición. Edit. Del Puerto. Bs. As., 1998, p. 38).

Los doctrinarios del principio sostienen que no es necesario promover la acción penal cuando la importancia ínfima del hecho (hechos bagatelarios), y la culpabilidad mínima del autor no merecían la sanción penal, porque ya tenían la retribución natural que sufre el imputado como resultado del sometimiento al proceso.

Este **principio de oportunidad**, obedece a la concepción que ve al delito como **conflicto** y se enrola con las teorías relativas sobre las penas, priorizando la solución real del **conflicto**.

La no incorporación de modo expreso del **criterio de disponibilidad**, el no delimitar su aplicación y alcance, nos enfrenta al problema de que hoy tenemos un sistema judicial impedido de dar pronto tratamiento a todos los hechos punibles que se cometen (con escasez de recursos humanos y materiales), con los juzgados abarrotados de causas penales sin solución.

El **principio procesal de oportunidad** que más se acerca a permitir la utilización de la **mediación penal** como método para que las partes involucradas intenten resolver sus **conflictos**, no ofrece ningún obstáculo legal en relación a los hechos punibles de acción penal privada para su implementación, en razón de la disponibilidad que tiene el titular de la acción. Prueba de ello es la estadística respecto a los hechos punibles de acción penal privada que culminan con un acuerdo entre las partes, sin necesidad de sustanciarse el juicio.

En los hechos punibles de acción penal pública, el acuerdo entre las partes en principio no tendría consecuencia en la cuestión penal, pero sin embargo cada día aumenta estos tipos de acuerdos en los distintos hechos punibles, permitiendo la aplicación de institutos contemplados en nuestro ordenamiento jurídico procesal. (ABDOLATIF, María Graciela “Hacia una nueva experiencia- La Mediación” XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Córdoba, 2.003).

PROPUESTAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL. CONCLUSIONES Y APORTES.

1. PROPUESTAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL.

Es de mi parecer que corresponde admitir la utilización de la **mediación** en el Sistema Penal, como un medio alternativo para la solución de **conflictos**, ante el Ministerio Público, en donde existen Oficinas de Mediación o ante el Poder Judicial, donde también funcionan las Oficinas de Mediación. En esta **instancia** (Poder Judicial), sería cuando la denuncia formulada ante el Ministerio Público llegue a los estrados judiciales, imputación mediante. En estos casos, se deberá intentar la **mediación**, sí es que no hubiera sido aceptada con anterioridad por las partes involucradas en el **conflicto** en Sede del Ministerio Público.

Opino, que podrán ser objeto del procedimiento de la **mediación**, una gran cantidad de hechos punibles que permitan la aplicación de institutos; como ser: el **criterio de oportunidad** (Art. 19, CPP), la **suspensión condicional del procedimiento** (Art. 21, CPP), el **retiro de la instancia** (Art. 24, CPP), la **extinción de la acción penal** (Art. 25, CPP), la **conciliación** (Art. 311, CPP), la **suspensión a prueba de la ejecución de la condena** (Art. 44, CP), la **determinación de la pena** (Art. 65, CP), así como también influir en las **acciones civiles**.

En cuanto a la **suspensión a prueba de la ejecución de la condena** (Art. 44, CP) y la **determinación de la pena** (Art. 65, CP), es innegable que de llegarse a una reparación del daño en los casos que sea posible, la **mediación** influiría positivamente para la determinación del quantum de la pena y por ende en algunos casos en la **suspensión a prueba de la ejecución de la condena** (Art. 44, CP).

En consecuencia, frente a la actual demanda social de implementar medidas eficaces para disminuir la violencia, y la criminalidad cada vez en aumento en nuestro país, creo que una posibilidad a ser tenida en cuenta es la implementación de la **mediación penal** para la resolución de todas las clases de hechos delictivos y en especial en los de menor consideración o cometidos por menores de edad, independientemente de la influencia que tendría la **conciliación** a través de la **mediación** en las demás figuras o institutos que se citaron precedentemente.

De llegarse a un acuerdo prejudicial en la **instancia administrativa**, el representante del Ministerio Público, podrá formular su requerimiento conforme a las facultades que le otorga el Art. 301 del CPP.

De llegarse a un acuerdo en Sede del Ministerio Público luego de haberse formulado la imputación, tanto el agente fiscal interviniente, como las partes involucradas, podrán solicitar la

aplicación de las figuras o institutos citados con anterioridad, toda vez que se den los requisitos exigidos por la ley penal o procesal según el caso.

De llegarse al acuerdo en Sede Judicial, en los hechos punibles de acción penal pública o de acción penal privada, las partes podrán solicitar al juez o tribunal, la **homologación** del acuerdo arribado, y que sea tenido en cuenta para acceder a los beneficios que ello implica; como ser: la prescindencia de la persecución penal de los delitos por la aplicación del **criterio de oportunidad**, la **suspensión condicional del procedimiento**, el **retiro de la instancia**, la **extinción de la acción penal**, la **suspensión a prueba de la ejecución de la condena** y la **determinación de la pena**.

Se debe priorizar valores como la paz social e individual recuperando vínculos entre personas por sobre la potestad del Estado de reprimir la violencia con la imposición penal, y ello se logra con la **suspensión del juicio a prueba** para muchos hechos punibles sin ofensa social y sin relevancia fuera de los intereses de las partes, quienes en definitiva deben ser los protagonistas en la resolución del problema con la ayuda de personal capacitado que los guíe en el camino de la **conciliación**, allanando el **conflicto** de un modo más distendido y productivo para todos.

Una de las características del proceso de **mediación**, es la **voluntariedad**, esto es que no puede ser impuesto, por lo que resultaría factible antes de iniciar el proceso penal, se realice una intervención previa con un mediador, quien como parte neutral e integrante del Ministerio Público (instancia administrativa) o luego de la imputación o formulación de la querrela sea adhesiva o autónoma, (instancia judicial), consultara a las partes sobre la posibilidad de que accedan a protagonizar un proceso de **mediación**, informándolas sobre la conveniencia para ambas de lograr una solución consensuada y no adversarial de su problemática. Así, cuando las partes accedan a la **mediación**, tanto el ofendido como el imputado, el representante del Ministerio Público o los representantes, podrán solicitar, como parte del acuerdo arribado la **extinción de la acción penal**, situación ésta, que ameritaría ser tenida en cuenta la posibilidad de incluir como una facultad del representante del Ministerio Público dentro de las disposiciones del Art. 301 del CPP, la de solicitar el sobreseimiento, definitivo o provisional según el caso, como lo prevén otros Códigos Procesales (Costa Rica, Art. 297, inc. b); y que de tratarse de la **extinción de la acción penal** correspondería petitionar el **sobreseimiento definitivo** y no tener que esperar formular dicho requerimiento por parte del representante del Ministerio Público como un acto conclusivo (Art. 351, CPP).

De esta forma, en pocas sesiones con la intervención del mediador, se podrá arribar en muchos casos a una solución rápida del **conflicto**, con la menor intervención del Estado, el menor costo económico y la descongestión del sistema judicial colapsado, que así podrá invertir sus recursos humanos y económicos en dilucidar o esclarecer hechos delictivos más gravosos o con mayor repercusión social.

En caso de incumplimiento del acuerdo logrado, o del fracaso de una **mediación** ya iniciada, comunicado al juez por la víctima, imputado, representante del Ministerio Público o representantes legales, correspondería ordenar la prosecución del proceso.

En aplicación del **principio de la confidencialidad**, al iniciarse este procedimiento alternativo, se deberá firmar un convenio de confidencialidad por el cual todas las personas que intervengan en el mismo se comprometan a no reproducir ninguna de las cuestiones ventiladas en el contexto de la **mediación**.

Conforme a esta característica, el procedimiento permite que trascienda solamente el contenido del acta en el que consta el acuerdo arribado entre las partes, que deberá ser remitido al tribunal interviniente, a los efectos de controlar su cumplimiento.

El objetivo de la **mediación** es el acuerdo al que puedan arribar las partes, y contendrá las necesidades de las partes involucradas en el **conflicto**. Este acuerdo podrá ser homologado por el magistrado interviniente, en caso de no existir una igualdad razonable en las contraprestaciones, así como también para controlar su cumplimiento.

En cuanto al momento procesal, estimo que se deberá permitir la realización de la **mediación** hasta la substanciación de la audiencia preliminar, a solicitud de la víctima, del imputado, del fiscal o de los representantes legales, e inclusive procederá para cualquier tipo de hecho punible luego de una condena firme, consentida o ejecutoriada; y el acuerdo conciliatorio logrado, podrá ser tenido en cuenta para la modificación de la pena en la etapa de ejecución, tanto en su monto como en las condiciones de cumplimiento, por la vía del Recurso de Revisión, ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Art. 481, inc. 4), CPP)

Al igual que sucede con toda nueva experiencia, la posibilidad de **mediación institucional** en casos penales deberá difundirse entre sus potenciales usuarios, para que los mismos demanden. A estos fines, la publicidad de sus características y beneficios a través de los medios de comunicación resultará insuficiente.

En los casos en que la **mediación** resulte aplicable, será apropiado que se le informe al imputado de un hecho punible, ya en Sede Policial, Ministerio Público o Poder Judicial, sobre la posibilidad que tiene esta persona de someterse a un proceso de **mediación**, como alternativa al proceso penal.

Se prevé que similar información se le brinde al damnificado de un hecho delictivo, cuando el acusado de cometerlo haya expresado su voluntad de intervenir en un proceso de **mediación**.

Por ser los abogados quienes aconsejen a sus clientes la participación o no en un proceso de **mediación en conflictos** derivados de hechos delictivos, es importante una amplia difusión entre estos profesionales, a fin que se familiaricen con este procedimiento, y conozcan las ventajas que puede brindar la **mediación** en el proceso penal.

Por lo tanto, considero posible y conveniente la incorporación y utilización de la **mediación** penal, como un medio alternativo para resolver los **conflictos** penales que se plantean ante el Ministerio Público y ante los tribunales de justicia, permitiendo acceder a la solución de los mismos en forma rápida, confidencial y económica, para las partes involucradas y para el Estado, permitiendo que los autores de los hechos punibles se integren nuevamente a la sociedad, evitando que vuelvan a protagonizar o generar estos mismos **conflictos**.

2. CONCLUSIONES DEFINITIVAS.

2.1. INFLUENCIA DE LA MEDIACIÓN EN LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD.

Existen razones de carácter estructural (presencia física limitada de los responsables de la labor investigativa y jurisdiccional), y de orden económico (escasez de recursos disponibles) que convergen en la conveniencia de no aplicar la ley penal, en forma automática y constante a todos los hechos punibles que llegan a conocimiento del Estado, por aplicación del **principio de legalidad**. (Art. 1º, CP).

Los **criterios de oportunidad**, constituyen la excepción al **principio de legalidad**. El CPP determina casos expresamente regulados por los cuales se puede prescindir de la persecución penal.

El Art. 19 del CPP, establece en cuatro incisos los supuestos casos en los cuales procede la aplicación de los **criterios de oportunidad**, a pedido del representante del Ministerio Público, con consentimiento del tribunal competente.

La aplicación de los **criterios de oportunidad** detienen el ejercicio de la acción penal, antes de haberse acordado la apertura a juicio, por **extinción** o por la **suspensión de la acción** (Art. 20, CPP).

2.2. INFLUENCIA DE LA MEDIACIÓN EN LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO.

La **suspensión condicional del procedimiento** (Art. 21, CPP) es un mecanismo procesal alternativo, previo al juicio, en el que sí se dan los presupuestos sustanciales y formales suspende

la persecución penal del imputado, quien repara el daño causado a la víctima y se somete a reglas de conductas impuestas por el juez, por un plazo determinado (Art. 22, CPP); y que por el vencimiento del mismo, sin revocación (Art. 23, CPP), extingue la acción penal (Art. 25, inc. 6º), CPP).

La **suspensión condicional del procedimiento** evita el desgaste del sistema, la incertidumbre de los sometidos a causas penales y posibilita un acercamiento entre víctima y victimario, permitiendo que las partes adquieran protagonismo en la búsqueda de la solución del **conflicto**.

El juez, en estos casos, al evaluar la razonabilidad del ofrecimiento, deberá valorar si lo ofrecido por el imputado se adecua a la legítima pretensión de la víctima, debiendo ser tenido en cuenta, la situación del imputado, a fin de no exigirle un esfuerzo desmedido con relación a las necesidades de la víctima, en el cumplimiento de su obligación reparatoria. Esta figura procesal mediante la implementación del procedimiento de la **mediación** permitirá que la paz social se instaure nuevamente en el seno de la comunidad.

2.3. INFLUENCIA DE LA MEDIACIÓN EN EL RETIRO DE LA INSTANCIA.

Los hechos punibles perseguibles a instancia de parte que pueden ser objeto de la **mediación penal**, por citar algunos de ellos, son los siguientes: 1º) Maltrato físico (Art. 110, CP); 2º) Lesión culposa (Art. 113, CP); 3º) Coacción (Art. 120, inc. 5), CP); 4º) Tratamiento médico sin consentimiento (Art. 123, C.P); 5º) Acoso sexual (Art. 133, C.P.), etc.

Al respecto, el Art. 99 del Código Penal establece: **“Retiro de la instancia:** El autorizado podrá desistir de la instancia mientras no se haya dictado sentencia definitiva. En tal caso no se admitirá reiterar la instancia”.

2.4. INFLUENCIA DE LA MEDIACIÓN EN LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. CONCILIACIÓN.

El Art. 25 del CPP, en el inc. 10) prevé la posibilidad de la **extinción de la acción penal** en los hechos punibles contra los bienes de las personas o en los hechos punibles culposos, por la reparación integral del daño particular o social causado, realizada antes del juicio, siempre que lo admita la víctima o el Ministerio Público, según el caso.

El Código Penal regula los hechos punibles contra los bienes de las personas en el Libro Segundo, Parte Especial, Título II, artículos 157 al 196; Ejs: el daño, el hurto, el abigeato, el sabotaje a computadoras, la estafa, el lavado de dinero, etc. La víctima o el Ministerio Público, según el caso deberán admitirlo para su homologación.

Por otro lado el CPP prevé la posibilidad de que el Ministerio Público requiera la **extinción de la acción penal** (Art. 25, inc. 10), CPP) a través de una audiencia de conciliación. Esta audiencia deberá llevarse a cabo dentro de los cinco días y, el juez en su caso, homologará el acuerdo a que han arribado las partes, declarando además la **extinción de la acción penal** (Art. 311, CPP)

Debemos mencionar además que el juez penal deberá intentar la **conciliación** de todas las partes en el desarrollo de la audiencia preliminar, proponiendo la **reparación integral del daño social o particular causado** (Art. 354, CPP) y, en su caso, declarar extinguida la acción penal. La **conciliación** también se encuentra prevista en los Procedimientos Especiales, como el Procedimiento ante el juez de paz (Art. 409, inc. 6), CPP); el Procedimiento por delitos de acción penal privada (Art. 424, CPP); el Procedimiento por hechos punibles contra Pueblos Indígenas (Art. 434, inc. 2), CPP), y el Procedimiento para la reparación del daño (Arts. 444/445, CPP).

2.5. INFLUENCIA DE LA MEDIACIÓN EN LA SUSPENSIÓN A PRUEBA DE LA EJECUCIÓN DE LA CONDENA.

Por el Art. 44 del CP, los jueces tienen la facultad de dejar en suspenso el cumplimiento de la pena, en los casos de condena a una pena privativa de libertad de hasta dos (2) años, cuando la personalidad, la conducta y las condiciones de vida del autor permitan esperar que éste, sin privación de libertad y por medio de obligaciones, reglas de conducta o sujeción a un asesor de prueba, pueda prestar satisfacción por el ilícito ocasionado y no vuelva a realizar otro hecho punible.

La **mediación** es un elemento de juicio muy valioso que el tribunal debiera considerar al evaluar si aplica o no una pena con privación de libertad. Al respecto es evidente la incidencia que una **mediación** positiva tiene en este supuesto, sobre todo cuando está la posibilidad de que el condenado cumpla su pena en libertad.

Tanto la **suspensión condicional del procedimiento** (Art. 21, CPP), como la **suspensión a prueba de la ejecución de la condena** (Art. 44, CP) posibilitan un acercamiento entre víctima y victimario, permitiendo que las partes adquieran protagonismo en la búsqueda de solución para sus diferendos.

2.6. INFLUENCIA DE LA MEDIACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.

El Art. 65 del C.P. establece las bases de la medición de la pena y dispone que para determinar la misma, el tribunal deberá sopesar todas las circunstancias generales a favor y en contra del autor, encontrándose en el inc. 2º, num. 7, la conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima.

Una **mediación** que haya recompuesto esa relación, debe necesariamente en caso de recaer condena, incidir en la elección de la pena, o de su quantum, por ser una circunstancia atenuante a favor del condenado.

2.7. INFLUENCIA DE LA MEDIACIÓN EN LAS ACCIONES CIVILES.

Corresponde al ámbito Derecho Público, todo lo concerniente a la acción penal, porque el fundamento de ella escapa al campo de las relaciones de índole privada. La razón de ser de la acción penal es la de satisfacer un interés social. En cambio la naturaleza privada de la acción civil que surge del hecho criminal, le asigna ciertas particularidades que no permiten que sea sometida al mismo régimen legal que la acción penal.

La regulación material de esta **acción civil** corresponde totalmente al Derecho Privado, puesto que la razón de ser de ella tiene su fundamento en atender un interés privado de orden patrimonial, el cual se satisface con la **reparación del daño**. El **conflicto** se centra en aspectos sustancialmente de índole económico.

El delito del Derecho Criminal puede o no tener consecuencias en el Derecho Civil. Tiene consecuencias cuando el hecho castigado con pena, es a la vez el hecho de una persona que le ha causado a otra un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, sea directamente en las cosas de su dominio o posesión, sea indirectamente por el mal causado a su persona, derechos o facultades, surgiendo de ello la obligación de reparar el daño (Art. 1835, C.C.P).

Artículo 1833 del CCP: **“El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño.**

Si no mediare culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente”.

Artículo 1835 del C.C.P: **“Existirá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión.**

La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo. Si del hecho resultare su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

El delito del Derecho Criminal es fuente de dos acciones de distintas especies: una de naturaleza criminal y otra de naturaleza civil. Respecto de estas últimas no existiría impedimento jurídico alguno para que las partes se sometieran voluntariamente a un proceso de **mediación**.

BIBLIOGRAFÍA.

ABDOLATIF, María Graciela “Hacia una nueva experiencia- La Mediación” XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Córdoba, 2.003.

“Arbitraje y Mediación”. Centro de Arbitraje y Mediación. Paraguay. Intercontinental Editora. Asunción, 2003.

AYAM, Manuel – CAFFERATA NORES, José y otros. “Estudios sobre el Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba”. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba, 1993.

BARMAT, Norberto Daniel. “La Mediación ante el Delito”. Marcos Lerner Editora Córdoba, 2000.

BATTOLA, Karina E. “Mediación en conflictos penales y su aplicación en la suspensión del juicio a prueba (Probation)” XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Córdoba, 2.003.

BINDER, Alberto M. “Introducción al Derecho Procesal Penal”. 2ª Edición. Ad – Hoc. Bs. As., 1999.

BUSTOS MERCADO, Marta Amalia “ Mediación Penal” XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología.

BROUWER DE KONING, Alfredo Javier “Aspectos discutibles de la mediación en conflictos penales según la ley 8.858 de la provincia de Córdoba, Argentina” XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Córdoba, 2.003.

CAFFERATA NORES, José I. “Introducción al Derecho Procesal Penal”. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba, 1994.

CAFFERATA NORES, José I. “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”. 2ª Edición. Editores Del Puerto. Bs. As., 1998.

CAFFERATA NORES, José I. “La Excarcelación” 2ª Edición. Ediciones Depalma. Bs. As., 1988.

CLEMENTE, José Luis. “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba”. LEY N° 8123/91. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba, 1998.

COLERIO, Juan Pedro - ROJAS, Jorge A. “Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar”. Rubinzal – Culzoni Editores. Bs. As., 1998.

DALMA, Gustavo Alfredo “La Mediación Penal y la posibilidad de su uso en nuestro sistema Penal”. XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Córdoba, 2.003.

ESPÓSITO, María Florencia - PEN, Silvana Noemí - CORNEJO, Carlos María. “Mediación Penal en nuestro ordenamiento jurídico”. XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Córdoba, 2.003.

FELLINI, Zulita. “Mediación – Reparación penal como tercera vía en el sistema penal juvenil”. Lexis Nexis - Depalma. Bs. As., 2002.

GOMEZ, Graciela Elizabeth. “Mediación en Conflictos Penales”. XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Córdoba, 2.003.

KÖHN GALLARDO, Marcos A. “Manual Para Jueces Penales. Código Procesal Penal”. Proyecto de fortalecimiento del Estado de Derecho. USAID. Asunción, 2000.

LLANES OCAMPOS, Carolina. “Procedimiento Ordinario”. Material de Apoyo de la Unidad de Capacitación del Programa del Tribunal Modelo. Asunción, 2000.

LLANES OCAMPOS, Carolina. “Manual Para Fiscales Penales. Código Procesal Penal. Proyecto de fortalecimiento del Estado de Derecho. USAID. Asunción, 2000.

MARTÍNEZ MILTOS, Luis. “Derecho Penal – Parte General”. 2ª Parte. Ed. Intercontinental Editora. Asunción, 1993.

NEUMAN, Elías. “Mediación Penal”. Editorial Universidad. 2da. Edición. Bs. As., 2005.

ORREGO ORUÉ, Roque A. “Manual Para Defensores Públicos Penales. Código Procesal Penal. Proyecto de fortalecimiento del Estado de Derecho. USAID. Asunción, 2000.

OSSORIO, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas. Políticas y Sociales". 22ª Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Bs. As., 1995.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela. "Resolución Alternativa de Conflictos Penales – Mediación del conflicto, pena y consenso". Editores Del Puerto. Bs. As., 2000.

SPOLETI, María Eugenia. "Métodos de resolución de conflictos: la Mediación como alternativa al sistema Penal juvenil". XV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Córdoba, 2.003.

WAIMBERG CÁCERES, Paulo y PALACIOS FANTILLI, Juan Martín. "Manual de Mediación – Nociones para la resolución pacífica de conflictos". División de Investigación, Legislación y Publicaciones – Centro Internacional de Estudios Judiciales. Asunción, 2005.

WELZEL, Hans. "Derecho Penal Alemán". Parte General – 11ª Edición. 4ª Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1997.

ZIPF, Heinz. "Introducción a la Política Criminal". Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1979.

BIBLIOGRAFÍA

- **“Arbitraje y Mediación”**. Centro de Arbitraje y Mediación. Paraguay. Intercontinental Editora. Asunción, 2003.
- **AYAM, Manuel – CAFFERATA NORES, José y otros**. “Estudios sobre el Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba”. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba, 1993.
- **BARMAT, Norberto Daniel**. “La Mediación ante el Delito”. Marcos Lerner Editora Córdoba, 2000.
- **BINDER, Alberto M.** “Introducción al Derecho Procesal Penal”. 2ª Edición. Ad – Hoc. Bs. As., 1999.
- **CAFFERATA NORES, José I.** “Introducción al Derecho Procesal Penal”. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba, 1994.
- **CAFFERATA NORES, Jose I.** “Cuestiones actuales sobre el proceso penal”. 2ª Edición. Editores Del Puerto. Bs. As., 1998.
- **CAFFERATA NORES, José I.** “La Excarcelación” 2ª Edición. Ediciones Depalma. Bs. As., 1988.
- **CLEMENTE, José Luis**. “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba”. LEY N° 8123/91. Marcos Lerner Editora Córdoba. Córdoba, 1998.

- **COLERIO, Juan Pedro – ROJAS, Jorge A.** “Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar”. Rubinzal – Culzoni Editores. Bs. As., 1998.
- **FELLINI, Zulita.** “Mediación – Reparación penal como tercera vía en el sistema penal juvenil”. Lexis Nexis - Depalma. Bs. As., 2002.
- **KÖHN GALLARDO, Marcos A.** “Manual Para Jueces Penales. Código Procesal Penal”. Proyecto de fortalecimiento del Estado de Derecho. USAID. Asunción, 2000.
- **LLANES OCAMPOS, Carolina.** “Procedimiento Ordinario”. Material de Apoyo de la Unidad de Capacitación del Programa del Tribunal Modelo. Asunción, 2000.
- **LLANES OCAMPOS, Carolina.** “Manual Para Fiscales Penales. Código Procesal Penal. Proyecto de fortalecimiento del Estado de Derecho. USAID. Asunción, 2000.
- **MARTÍNEZ MILTOS, Luis.** “Derecho Penal – Parte General”. 2ª Parte. Ed. Intercontinental Editora. Asunción, 1993.
- **NEUMAN, Elías.** “Mediación Penal”. Editorial Universidad. 2da. Edición. Bs. As., 2005.
- **ORREGO ORUÉ, Roque A.** “Manual Para Defensores Públicos Penales. Código Procesal Penal. Proyecto de fortalecimiento del Estado de Derecho. USAID. Asunción, 2000.
- **OSSORIO, Manuel.** “Diccionario de Ciencias Jurídicas. Políticas y Sociales”. 22ª Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Bs. As., 1995.
- **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela.** “Resolución Alternativa de Conflictos Penales – Mediación del conflicto, pena y consenso. Editores Del Puerto. Bs. As., 2000.
- **WAIMBERG CÁCERES, Paulo y PALACIOS FANTILLI, Juan Martín.** “Manual de Mediación – Nociones para la resolución pacífica de conflictos”. División de Investigación, Legislación y Publicaciones – Centro Internacional de Estudios Judiciales. Asunción, 2005.
- **WELZEL, Hans** “Derecho Penal Alemán”. Parte General – 11ª Edición. 4ª Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1997.
- **ZIPF, Heinz.** “Introducción a la Política Criminal. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1979.

ANEXO I

3.440

QUE MODIFICA VARIAS DISPOSICIONES DE LA LEY N° 1.160/97, CÓDIGO PENAL.

Artículo 1º.- Modifícanse los artículos 2º, 3º, 6º, 8º, 9º, 14, 20, 21, 26, 38, 44, 49, 51, 65, 70, 96, 101, 102, 103, 104, 105, 108, 109, 110, 111, 113, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 134, 135, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 148, 154, 157, 162, 163, 165, 181, 182, 184, 192, 196, 198, 229, 312 y 316; recapitúlese el Título II del Libro Segundo de la Ley N° 1160 “CÓDIGO PENAL”, de fecha 26 de noviembre de 1997, los cuales quedan redactados de la siguiente manera:

LIBRO PRIMERO: PARTE GENERAL

TÍTULO I

LA LEY PENAL

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS BÁSICOS

“Artículo 2º.- Principios de reprochabilidad y de proporcionalidad.

- 1º. No habrá pena sin reprochabilidad.
- 2º. La gravedad de la pena no podrá exceder los límites de la gravedad del reproche penal.
- 3º. No se ordenará una medida sin que el autor o partícipe haya realizado, al menos, un hecho antijurídico. Las medidas de seguridad deberán guardar proporción con:
 1. la gravedad del hecho o de los hechos que el autor o partícipe haya realizado;
 2. la gravedad del hecho o de los hechos que el autor o partícipe, según las circunstancias, previsiblemente realizará; y,
 3. el grado de posibilidad con que este hecho o estos hechos se realizarán.”

“Artículo 3º.- Principio de prevención.

Las sanciones penales tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad.”

“Artículo 6º.- Hechos realizados en el territorio nacional.

- 1º. La ley penal paraguaya se aplicará a todos los hechos punibles realizados en el territorio nacional o a bordo de buques o aeronaves paraguayos.
- 2º. Un hecho punible realizado en territorio nacional y, también en el extranjero, quedará eximido de sanción cuando por ello el autor o partícipe haya sido juzgado en dicho país, y:
 1. absuelto, o
 2. condenado a una pena o medida privativa de libertad y ésta haya sido ejecutada, prescripta o indultada.”

“Artículo 8º.- Hechos realizados en el extranjero contra bienes jurídicos con protección universal.

- 1º.- **La ley penal paraguaya se aplicará también a los siguientes hechos realizados en el extranjero:**
 1. hechos punibles contra la libertad tipificados en los artículos 125 al 127;
 2. trata de personas, prevista en los artículos 129b y 129c;
 3. hechos punibles mediante explosivos contemplados en el artículo 203, inciso 1º, numeral 2;
 4. atentados al tráfico civil aéreo y naval, tipificados en el artículo 213;
 5. hechos punibles contra la autenticidad de monedas y valores tipificados en los artículos 263 al 267;
 6. genocidio previsto en el artículo 319;

7. tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas, contemplado en los artículos 37 al 45 de la Ley N° 1.340/88 y su modificatoria;
 8. hechos punibles que la República del Paraguay, en virtud de un convenio o tratado internacional aprobado y ratificado, esté obligada a perseguir aun cuando hayan sido realizados en el extranjero.
- 2º. La ley penal paraguaya se aplicará solo cuando el autor o partícipe haya ingresado al territorio nacional.
 - 3º. Queda excluida la punición en virtud de la ley penal paraguaya, cuando un tribunal extranjero:
 1. haya absuelto al autor o partícipe por sentencia firme; o
 2. haya condenado al autor o partícipe a una pena o medida privativa de libertad, y la condena haya sido ejecutada, prescrita o indultada.”

“Artículo 9º.- Otros hechos realizados en el extranjero.

- 1º. Se aplicará la ley penal paraguaya a los demás hechos realizados en el extranjero sólo cuando:
 1. en el lugar de su realización, el hecho se halle penalmente sancionado; y,
 2. el autor o partícipe, al tiempo de la realización del hecho,
 - a. haya tenido nacionalidad paraguaya o la hubiera adquirido después de la realización del mismo; o
 - b. careciendo de nacionalidad, se encontrara en el territorio nacional y su extradición hubiera sido rechazada, a pesar de que ella, en virtud de la naturaleza del hecho, hubiera sido legalmente admisible.

Lo dispuesto en este inciso se aplicará también cuando en el lugar de la realización del hecho no exista poder punitivo.

- 2º. Se aplicará también a este respecto lo dispuesto en el artículo 6º, inciso 2º.
- 3º. La sanción no podrá ser mayor que la prevista en la legislación vigente en el lugar de la realización del hecho.”

“Artículo 14.- Definiciones.

- 1º. A los efectos de esta Ley se entenderán como:
 1. **CONDUCTA:** las acciones y las omisiones;
 2. **TIPO LEGAL:** el modelo de conducta con que se describe un hecho penalmente sancionado, a los efectos de su tipificación;
 3. **TIPO BASE:** el tipo legal que describe el modelo de conducta sin considerar posibles modificaciones por agravantes o atenuantes;
 4. **HECHO ANTIJURÍDICO:** la conducta que cumpla con los presupuestos del tipo legal y no esté amparada por una causa de justificación;
 5. **REPROCHABILIDAD:** reprobación basada en la capacidad del autor de conocer la antijuridicidad del hecho realizado y de determinarse conforme a ese conocimiento;

6. **HECHO PUNIBLE:** un hecho antijurídico que sea reprochable y reúna, en su caso, los demás presupuestos de la punibilidad;
 7. **SANCIÓN:** las penas y las medidas;
 8. **MARCO PENAL:** la descripción de las sanciones previstas para el hecho punible y, en especial, del rango en que la sanción aplicada puede oscilar entre un mínimo y un máximo;
 9. **PARTICIPANTES:** los autores y los partícipes;
 10. **PARTÍCIPES:** los instigadores y los cómplices;
 11. **EMPENDIMIENTO:** el hecho punible sancionado con la misma pena para la consumación y para la tentativa
 12. **PARIENTES:** los consanguíneos hasta el cuarto grado, el cónyuge y los afines en línea recta hasta el segundo grado, sin considerar,
 - a) la filiación matrimonial o extramatrimonial;
 - b) la existencia continuada del matrimonio que ha fundado la relación; ni
 - c) la existencia continua del parentesco o de la afinidad;
 13. **TRIBUNAL:** órgano jurisdiccional, con prescindencia de su integración unipersonal o colegiada;
 14. **FUNCIONARIO:** el que conforme al derecho paraguayo, desempeñe una función pública;
 15. **ACTUAR COMERCIALMENTE:** el actuar con el propósito de crear para sí, mediante la realización reiterada de hechos punibles, una fuente de ingresos no meramente transitoria;
 16. **TITULAR:** el titular de un derecho y la persona que le representa de hecho o de derecho.
 17. **INTERÉS PATRIMONIAL:** interés que afecte a todo o parte del patrimonio, conforme al concepto previsto en el Código Civil.
 18. **FETO:** embrión del ser humano hasta el momento del parto.
- 2º. Como hecho punible doloso se entenderá también aquel, cuyo marco penal sea aumentado en virtud de un resultado adicional, aunque éste hubiese sido producido culposamente.
- 3º. **Como publicación se entenderán, en las disposiciones que se remitan a este concepto, los escritos, cintas portadoras de sonido o imágenes, reproducciones y demás medios de registro."**
- "Artículo 20.- Estado de necesidad.**
- 1º. No obra antijurídicamente quien, en una situación de peligro presente para un bien jurídico propio o ajeno, lesionara el mismo u otro bien, para impedir un mal mayor que no sea evitable de otra manera.
 - 2º. No obra antijurídicamente quien realizara el tipo legal de un hecho punible por omisión, cuando no podía ejecutar la acción sin violar otro deber de igual o mayor rango."
- "Artículo 21.- Responsabilidad penal de las personas menores de edad.**
- Está exenta de responsabilidad penal la persona que no haya cumplido catorce años de edad."

“Artículo 26.- Actos que constituyen el inicio de la tentativa.

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 al fin de la ejecución de la acción descrita en el tipo legal.”

“Artículo 38.- Duración de la pena privativa de libertad.

La pena privativa de libertad tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de treinta años. Ella será medida en meses y años completos.”

“Artículo 44.- Suspensión a prueba de la ejecución de la condena.

- 1º. En caso de condena a pena privativa de libertad de hasta dos años, el tribunal ordenará la suspensión de su ejecución cuando la personalidad, la conducta y las condiciones de vida del autor permitan esperar que éste, sin privación de libertad y por medio de obligaciones, reglas de conducta o sujeción a un asesor de prueba, pueda prestar satisfacción por el ilícito ocasionado y no vuelva a realizar otro hecho punible.
- 2º. La suspensión, generalmente, no se concederá cuando el autor haya sido condenado durante los cinco años anteriores al hecho punible, a una o más penas que, en total, sumen un año de pena privativa de libertad o multa o cuando el nuevo hecho punible haya sido realizado durante el período de prueba vinculado con una condena anterior.
- 3º. La suspensión de la condena no podrá ser limitada a una parte de la pena y a este efecto no se computará la pena purgada en prisión preventiva u otra forma de privación de libertad.
- 4º. El tribunal determinará un período de prueba no menor de dos y no mayor de cinco años, que deberá contarse desde la sentencia firme. El período de prueba podrá ser posteriormente reducido al mínimo o, antes de finalizar el período fijado, ampliado hasta el máximo previsto.”

“Artículo 49.- Revocación

- 1º. El tribunal revocará la suspensión cuando el condenado:
 1. durante el período de prueba o el lapso comprendido entre la decisión sobre la suspensión y el momento en que haya quedado firme la sentencia, haya realizado un hecho punible doloso demostrando con ello que no ha cumplido la expectativa que fundaba la suspensión;
 2. infringiera grave o repetidamente reglas de conducta o se apartara del apoyo y cuidado del asesor de prueba, dando con ello lugar a la probabilidad de que vuelva a realizar hechos punibles;
 3. incumpliera grave o repetidamente las obligaciones.
- 2º. El tribunal prescindirá de la revocación, cuando sea suficiente:
 1. ordenar otras obligaciones o reglas de conducta;
 2. sujetar al condenado a un asesor de prueba; o
 3. ampliar el período de prueba o sujeción a la asesoría.
- 3º. No serán reembolsadas las prestaciones efectuadas por el condenado en concepto de cumplimiento de las obligaciones, reglas de conducta o promesas.”

“Artículo 51.- Libertad condicional

- 1º. El tribunal suspenderá a prueba la ejecución del resto de una pena privativa de libertad, cuando se den conjuntamente las siguientes condiciones:
1. hayan sido purgadas las dos terceras partes de la condena;
 2. se pueda esperar que el condenado, aun sin compurgamiento del resto de la pena, no vuelva a realizar hechos punibles; y
 3. el condenado lo solicite o consienta.

La decisión se basará en la personalidad del condenado, su vida anterior, las circunstancias del hecho punible, su comportamiento durante la ejecución de la sentencia, sus condiciones de vida y los efectos que la suspensión tendría en él.

- 2º. En lo demás, regirá lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 44 y en los artículos 45 al 50.
- 3º. La suspensión no se concederá, generalmente, cuando el condenado hiciera declaraciones falsas o evasivas sobre el paradero de objetos sujetos al comiso o a la privación de beneficios con arreglo a los artículos 86 y siguientes.
- 4º. El tribunal podrá fijar plazos no mayores de seis meses, durante los cuales no se admitirá la reiteración de la solicitud de la suspensión.”

“Artículo 65.- Bases de la medición.

- 1º. La medición de la pena se basará en el grado de reproche aplicable al autor o partícipe y considerará los efectos de la pena en su vida futura en sociedad.
- 2º. Al determinar la pena, el tribunal sopesará todas las circunstancias generales en favor y en contra del autor y particularmente:
1. los móviles y los fines del autor;
 2. la forma de la realización del hecho y los medios empleados;
 3. la intensidad de la energía criminal utilizada en la realización del hecho;
 4. la importancia de los deberes infringidos;
 5. la relevancia del daño y del peligro ocasionado;
 6. las consecuencias reprochables del hecho;
 7. las condiciones personales, culturales, económicas y sociales del autor;
 8. la vida anterior del autor;
 9. la conducta posterior a la realización del hecho y, en especial, los esfuerzos para reparar los daños y reconciliarse con la víctima;
 10. la actitud del autor frente a las exigencias del derecho y, en especial, la reacción respecto a condenas anteriores o salidas alternativas al proceso que impliquen la admisión de los hechos.
- 3º. En la medición de la pena, no podrán ser consideradas las circunstancias que pertenecen al tipo legal.”

“Artículo 70.- Medición de la pena en caso de varias lesiones de la ley.

- 1º. Cuando el mismo hecho punible transgreda varias disposiciones penales o la misma disposición penal varias veces o cuando varios hechos punibles del mismo autor sean objeto de un procedimiento, el autor será condenado a una sola pena que será fijada en base a la disposición que prevea el marco penal más grave. Dicha pena no podrá ser inferior a la mínima prevista por los marcos penales de las otras disposiciones lesionadas.
- 2º. La pena prevista en el inciso primero podrá ser aumentada racionalmente hasta la mitad del límite legal máximo indicado en el mismo. El aumento no sobrepasará el límite legal máximo previsto en este Código para la pena privativa de libertad y la multa.
- 3º. Cuando una de las disposiciones lesionadas prevea, obligatoria o facultativamente, una prohibición de conducir o una medida, el tribunal deberá ordenarla junto con la pena principal.”

TÍTULO V

COMISO Y PRIVACIÓN DE BENEFICIOS

“Artículo 96. Orden posterior y orden autónoma.

- 1º. Cuando no sea suficiente o no sea posible ejecutar la orden de comiso especial, porque los presupuestos de los artículos 91 y 94, inciso 2º, se dieran después de ella, el tribunal también podrá ordenar con posterioridad el comiso del valor sustitutivo.
- 2º. Cuando no corresponda un procedimiento penal contra una persona determinada ni la condena de una determinada persona, el tribunal decidirá sobre la inutilización, el comiso, la privación de beneficios y ganancias, según la obligatoriedad o la discrecionalidad prevista en la ley, atendiendo a los demás presupuestos de la medida. Esto se aplicará también en los casos en que el tribunal prescinda de la pena o en los casos que proceda una salida alternativa a la realización del juicio.”

“Artículo 101.- Efectos.

- 1º. La prescripción de un hecho punible impide la aplicación de una sanción penal. Esto no se aplicará a lo dispuesto en el artículo 96.”

“Artículo.- 102 Plazos.

- 1º. Los hechos punibles prescriben en:
 1. quince años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea de quince años o más de pena privativa de libertad;
 2. tres años, cuando el límite máximo del marco penal previsto sea de pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa;
 3. en un tiempo igual al máximo de la pena privativa de libertad en los demás casos.
- 2º. El plazo correrá desde el momento en que termine la conducta punible. En caso de ocurrir posteriormente un resultado que pertenezca al tipo legal, el plazo correrá desde ese momento.
- 3º. Son imprescriptibles los hechos punibles, previstos en el artículo 5º de la Constitución.

- 4º. El plazo se regirá de acuerdo al tipo legal aplicable al hecho, sin consideración de agravantes o atenuantes previstas en las disposiciones de la parte general o para casos especialmente graves o menos graves.”

“Artículo 103. Suspensión.

- 1º. El plazo para la prescripción se suspenderá:
1. cuando, por circunstancias objetivamente insuperables, la persecución penal no pueda ser iniciada o continuada. Esto no regirá cuando el obstáculo para la prosecución penal consista en la falta de instancia o de la autorización prevista en el artículo 100.
 2. hasta el cumplimiento de la mayoría de edad de la víctima, en los casos de los hechos punibles contemplados en los artículos 128 a 140.”

“Artículo 104.- Interrupción.

- 1º. La prescripción será interrumpida por:
1. un acta de imputación;
 2. un escrito de acusación;
 3. una citación para indagatoria del inculpado;
 4. un auto de declaración de rebeldía y contumacia;
 5. un auto de prisión preventiva;
 6. un auto de apertura a juicio;
 7. un requerimiento fiscal solicitando disposiciones de contenido jurisdiccional;
 8. una diligencia judicial para actos de investigación en el extranjero; y,
 9. requerimiento fiscal de aplicación de salidas alternativas a la realización del juicio.
- 2º. Después de cada interrupción, la prescripción correrá de nuevo. Sin embargo, operará la prescripción, independientemente de las interrupciones, una vez transcurrido el doble del plazo de la prescripción.”

“Artículo 105.- Homicidio doloso.

- 1º. El que matara a otro será castigado con pena privativa de libertad de cinco a veinte años.
- 2º. La pena podrá ser aumentada hasta treinta años cuando el autor:
1. matara a su padre o madre, a su hijo, a su cónyuge o concubino, o a su hermano;
 2. con su acción pusiera en peligro inmediato la vida de terceros;
 3. al realizar el hecho sometiera a la víctima a graves e innecesarios dolores físicos o síquicos, para aumentar su sufrimiento;
 4. actuara en forma alevosa, aprovechando intencionalmente la indefensión de la víctima;
 5. actuara con ánimo de lucro;
 6. actuara para facilitar un hecho punible o, en base a una decisión anterior a su realización, para ocultarlo o procurar la impunidad para sí o para otro;
 7. por el mero motivo de no haber logrado el fin propuesto al intentar otro hecho punible; o

8. actuara intencionalmente y por el mero placer de matar.
- 3º. Se aplicará una pena privativa de libertad de hasta cinco años y se castigará también la tentativa, cuando:
1. el reproche al autor sea considerablemente reducido por una excitación emotiva o por compasión, desesperación u otros motivos relevantes;
 2. una mujer matara a su hijo durante o inmediatamente después del parto.
- 4º. Cuando concurren los presupuestos del inciso 2º y del numeral 1 del inciso 3º, se aplicará una pena privativa de libertad de hasta diez años.”

“Artículo 108.- Intervención en el suicidio.

- 1º. El que incitare a otro a cometer suicidio o lo ayudare, será castigado con pena privativa de libertad de tres a diez años.
- 2º. El que no lo impidiere, pudiendo hacerlo sin riesgo para su vida, será castigado con pena privativa de libertad de uno a tres años.
- 3º. En estos casos la pena podrá ser atenuada con arreglo al artículo 67.”

“Artículo 109.- Aborto.

- 1º. El que matare a un feto será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años. Se castigará también la tentativa.
- 2º. La pena podrá ser aumentada hasta ocho años, cuando el autor:
 1. obrara sin consentimiento de la embarazada; o
 2. con su intervención causara el peligro serio de que la embarazada muera o sufra una lesión grave.
- 3º. Cuando el hecho se realizare por la embarazada, actuando ella sola o facilitando la intervención de un tercero, la pena será privativa de libertad de hasta dos años. En este caso no se castigará la tentativa. En la medición de la pena se considerará, especialmente, si el hecho haya sido motivado por la falta del apoyo garantizado al niño en la Constitución.
- 4º. No obra antijurídicamente el que produjera indirectamente la muerte de un feto, si esto, según los conocimientos y las experiencias del arte médico, fuera necesario para proteger de un peligro serio la vida de la madre.”

“Artículo 110.- Maltrato físico.

- 1º. El que maltratara físicamente a otro, será castigado con pena de hasta ciento ochenta días-multa.
- 2º. Cuando la víctima sea un niño, la pena privativa de libertad será de hasta un año o multa.
- 3º. La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima, salvo que la protección de ésta o de terceros requiera una persecución de oficio.”

“Artículo 111.- Lesión.

- 1º. El que dañara la salud de otro será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.
- 2º. En los casos del inciso anterior se aplicará lo dispuesto en el artículo 110, inciso 3º.

- 3º. Cuando el autor utilizara veneno, arma blanca, de fuego o contundente o sometiera a la víctima a graves dolores físicos o psíquicos, se aplicará una pena privativa de libertad de hasta tres años o multa.”

“Artículo. 113.- Lesión culposa.

- 1º. El que por acción culposa causa a otro un daño en su salud, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.
- 2º. La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima, salvo que la protección de ésta o de terceros requiera una persecución de oficio.”

“Artículo 125.- Extrañamiento de personas.

- 1º. El que mediante fuerza, engaño o amenaza condujera a otro fuera del territorio nacional para exponerle a un régimen que pusiera en peligro su vida, su integridad física o su libertad, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años.
- 2º. El que actuara sin intención, pero previendo la exposición del otro al régimen descrito en el inciso anterior, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años.
- 3º. Cuando la víctima sea menor de dieciocho años, la pena privativa de libertad será de hasta doce años.
- 4º. Será castigada también la tentativa.”

“Artículo 126.- Secuestro.

- 1º. El que con la intención de obtener para sí o para un tercero un beneficio patrimonial u otra ventaja indebida, privara a otro de su libertad, será castigado con pena privativa de libertad de cinco a quince años.
- 2º. La pena podrá ser aumentada hasta veinte años, cuando el autor actuara con la intención de causar la angustia de la víctima o de terceros.
- 3º. Cuando al realizar el secuestro el autor o partícipe:
1. matara a otro, la pena privativa de libertad será no menor de diez años;
 2. causara la muerte por acción culposa, la pena privativa de libertad será de diez a veinte años.
- 4º. Cuando el resultado fuera una lesión grave en sentido del artículo 112, producida dolosamente, la pena privativa de libertad será de ocho a veinte años. Cuando este resultado fuera causado mediante una acción culposa, la pena privativa de libertad será de ocho a dieciséis años.
- 5º. Cuando el autor, renunciando a la ventaja pretendida, pusiera en libertad a la víctima en su ámbito de vida, la pena podrá ser atenuada con arreglo al artículo 67. Si la víctima hubiera regresado a su ámbito de vida por otras razones, será suficiente para aplicar la atenuación indicada, que el autor haya tratado de hacerlo voluntaria y seriamente.
- 6º. El que, habiendo participado con otros en la realización del hecho, luego colabore en forma eficaz en la liberación de la víctima o en la acreditación de la participación de los demás, podrá ser castigado con una pena privativa de libertad atenuada hasta la mitad del marco penal previsto.”

“Artículo 127.- Toma de rehenes.

- 1º. Será castigado con pena privativa de libertad de dos a doce años el que:
1. privando de su libertad a una persona la retuviere para coaccionar a un tercero, a hacer, a no hacer o a tolerar lo que no quiera, amenazando a la víctima de muerte, de lesión grave o de la extensión de su privación de la libertad hasta obtener su objetivo.
 2. utilizara para este fin tal situación creada por otro.
- 2º. En estos casos, se aplicará lo dispuesto en el artículo 126, inciso 6º.”

“Artículo 128.- Coacción sexual y violación.

- 1º. El que, mediante fuerza o amenaza con peligro presente para la vida o la integridad física, coaccionara a otro a padecer en su persona actos sexuales, o a realizar tales actos en sí mismo o con terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años.
- 2º. Cuando la víctima haya sido violada, coaccionándose al coito con el autor o con terceros, la pena privativa de libertad será de tres a doce años.
- 3º. Cuando la víctima del coito haya sido una persona menor de dieciocho años de edad, la pena privativa de libertad será de tres a quince años.
- 4º. La pena podrá ser atenuada con arreglo al artículo 67 cuando de la relación de la víctima con el autor, surgieren considerables circunstancias que lo ameriten.
- 5º. A los efectos de esta Ley se entenderán como:
1. actos sexuales, aquellos destinados a excitar o satisfacer los impulsos de la libido, siempre que respecto a los bienes jurídicos protegidos, la autonomía sexual y el desarrollo sexual armónico de niños y adolescentes, sean manifiestamente relevantes;
 2. actos sexuales realizados ante otro, aquellos en el sentido del numeral anterior que el otro percibiera a través de sus sentidos.”

“Artículo 129a.- Rufianería.

El que explotara a una persona que ejerce la prostitución, aprovechándose de las ganancias de ella, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años.”

“Artículo 129b.- Trata de personas con fines de su explotación sexual.

- 1º. El que, valiéndose de una situación de constreñimiento o vulnerabilidad de otro por encontrarse en un país extranjero, le induzca o coaccione al ejercicio o a la continuación del ejercicio de la prostitución o a la realización de actos sexuales en sí, con otro o ante otro, con fines de explotación sexual, será castigado con pena privativa de libertad de hasta ocho años. Con la misma pena será castigado el que induzca a otra persona menor de dieciocho años al ejercicio o la continuación del ejercicio de la prostitución o a la realización de los actos señalados en el párrafo 1º.
- 2º. Con pena privativa de libertad de hasta doce años será castigado el que mediante fuerza, amenaza con un mal considerable o engaño:
1. induzca a otro al ejercicio o la continuación del ejercicio de la prostitución o a la realización de actos sexuales señalados en el inciso 1º, párrafo 2;
 2. captara a otro con la intención de inducirle al ejercicio o la continuación del ejercicio de la prostitución o a la realización de actos sexuales señalados en el inciso 1º, párrafo 2.

3°. La misma pena se aplicará, cuando la víctima sea:

1. una persona menor de catorce años; o
2. expuesta, al realizarse el hecho, a maltratos físicos graves o un peligro para su vida.

4°. Con la misma pena será castigado el que actuara comercialmente o como miembro de una banda que se ha formado para la realización de hechos señalados en los incisos anteriores. En este caso se aplicará también lo dispuesto en los artículos 57 y 94.

El consentimiento dado por la víctima a toda forma de explotación no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en este artículo.

“Artículo 129c.- Trata de personas con fines de su explotación personal y laboral.

1°. El que, valiéndose de la situación de constreñimiento o vulnerabilidad de otro por encontrarse en un país extranjero, le someta a esclavitud, servidumbre, trabajos forzados o condiciones análogas o le haga realizar o seguir realizando trabajos en condiciones desproporcionadamente inferiores a las de otras personas que realizan trabajos idénticos o similares, será castigado con pena privativa de libertad de hasta ocho años. Con la misma pena será castigado el que someta a un menor de dieciocho años a esclavitud, servidumbre, trabajos forzados o condiciones análogas o a la realización o la continuación de trabajos señalados en el párrafo 1.

2°. Con pena privativa de libertad de hasta doce años será castigado el que mediante fuerza, amenaza con un mal considerable o engaño:

1. someta a otro a esclavitud, servidumbre, trabajos forzados o condiciones análogas o le haga realizar o continuar realizando trabajos señalados en el inciso 1°, párrafo 1;
2. captara a otro con la intención de someterle a esclavitud, servidumbre, trabajos forzados o condiciones análogas o de hacerle realizar o continuar realizando trabajos señalados en el inciso 1°, párrafo 1;
3. captara a otro con la intención de facilitar la extracción no consentida de sus órganos.

3°. Se aplicará también lo dispuesto en el artículo 129b, incisos 3° y 4°.

El consentimiento dado por la víctima a toda forma de explotación no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en este artículo.”

“Artículo 131.- Abuso sexual en personas internadas.

1°. El que en el interior de una institución cerrada o de la parte cerrada de una institución:

1. realizara actos sexuales con internados bajo su vigilancia o asesoramiento, o
2. hiciera realizar a la víctima tales actos en sí mismo o con terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

2°. Cuando el autor fuese un funcionario, la pena podrá ser aumentada a pena privativa de libertad de cinco años.”

“Artículo 132.- Actos exhibicionistas.

- 1º. El que realizara actos obscenos que ofendan el pudor de las personas de manera a inquietar o agraviar de modo relevante a terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o multa.
- 2º. Se podrá prescindir de la ejecución de la pena cuando el autor se sometiera a un tratamiento idóneo. Será aplicable, en lo pertinente, el artículo 49.”

CAPÍTULO VI

HECHOS PUNIBLES CONTRA NIÑOS Y ADOLESCENTES

“Artículo 134.- Maltrato de niños y adolescentes bajo tutela.

El encargado de la educación, tutela o guarda de una persona menor de dieciocho años de edad, que sometiera a éste a sufrimientos síquicos, maltratos graves y repetidos o lesiones en su salud, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa, salvo que el hecho sea punible como lesión grave según el artículo 112.”

“Artículo 135.- Abuso sexual en niños.

- 1º. El que realizara actos sexuales con un niño o lo indujera a realizarlos en sí mismo o a terceros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. Con la misma pena será castigado el que realizara actos sexuales manifiestamente relevantes ante un niño y dirigidos a él, o lo indujera a realizarlos ante sí o ante terceros.
- 2º. En los casos señalados en el inciso anterior la pena privativa de libertad será aumentada hasta cinco años cuando el autor:
 1. **al realizar el hecho haya maltratado físicamente a la víctima en forma grave;**
 2. haya abusado de la víctima en diversas ocasiones; o
 3. haya cometido el hecho con un niño que sea su hijo biológico, adoptivo o hijastro, o con un niño cuya educación, tutela o guarda esté a su cargo.
- 3º. Cuando concurren varios agravantes de los señalados en el inciso 2º, el autor será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis años.
- 4º. En los casos señalados en el inciso 1º, la pena privativa de libertad será de tres a doce años cuando el autor haya realizado el coito con la víctima. En caso de que la víctima sea menor de diez años, la pena podrá aumentarse hasta quince años.
- 5º. Será castigado con pena de multa el que:
 1. realizara delante de un niño actos exhibicionistas aptos para perturbarle; o
 2. con manifestaciones verbales obscenas o publicaciones pornográficas en los términos del artículo 14, inciso 3º se dirigiera al niño para estimularlo sexualmente o causarle rechazo respecto al sexo.
- 6º. Cuando el autor sea menor de diez y ocho años, se podrá prescindir de la pena.
- 7º. En los casos de los incisos 1º y 5º se podrá prescindir de la persecución penal, cuando el procedimiento penal intensificara desproporcionadamente el daño ocasionado a la víctima.
- 8º. Se entenderá por niño, a los efectos de este artículo, a la persona menor de catorce años.”

“Artículo 137.- Estupro.

1º. El hombre que por medio de la persuasión lograra realizar el coito extramarital con una mujer de catorce a dieciséis años, será castigado con pena de multa.

2º. Cuando el autor sea menor de dieciocho años se podrá prescindir de la pena.”

“Artículo 138.- Actos homosexuales con personas menores.

El que siendo mayor de edad realizara actos sexuales con una persona del mismo sexo, de catorce a dieciséis años, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.”

“Artículo 139.- Proxenetismo.

1º. El que indujera a la prostitución a una persona:

1. menor de dieciséis años de edad;
2. entre dieciséis años y la mayoría de edad, abusando de su desamparo, confianza o ingenuidad; o
3. entre dieciséis años y la mayoría de edad, cuya educación esté a su cargo, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa.

2º. Cuando el autor actuara comercialmente, el castigo será aumentado a pena privativa de libertad de hasta seis años. Se aplicará también lo dispuesto en los artículos 57 y 94.

3º. Cuando la víctima sea menor de catorce años, el castigo será aumentado a pena privativa de libertad de hasta ocho años.”

“Artículo 140.- Pornografía relativa a niños y adolescentes.

1º. El que:

1. por cualquier medio produjere publicaciones, que contengan como temática actos sexuales con participación de personas menores de dieciocho años de edad y que busquen excitar el apetito sexual, así como la exhibición de sus partes genitales con fines pornográficos;
2. organizara, financiara o promocionara espectáculos, públicos o privados, en los que participe una persona menor de dieciocho años en la realización de actos sexuales; o
3. distribuyera, importara, exportara, ofertara, canjeara, exhibiera, difundiera, promocionara o financiara la producción o reproducción de publicaciones en sentido del numeral 1, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa.

2º. El que reprodujera publicaciones según el numeral 1 del inciso 1º, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o multa.

3º. La pena de los incisos anteriores podrá ser aumentada hasta diez años, cuando:

1. las publicaciones y espectáculos en el sentido de los incisos 1º y 2º se refieran a menores de catorce años;
2. el autor tuviera la patria potestad, deber de guarda o tutela del niño o adolescente, o se le hubiere confiado la educación o cuidado del mismo;
3. el autor operara en connivencia con personas a quienes competa un deber de educación, guarda o tutela respecto del niño o adolescente;

4. el autor hubiere procedido, respecto del niño o adolescente, con violencia, fuerza, amenaza, coacción, engaño, recompensa o promesa remuneratoria de cualquier especie; o
 5. el autor actuara comercialmente o como miembro de una banda dedicada a la realización reiterada de los hechos punibles señalados.
- 4º. El que con la intención prevista en el numeral 1 del inciso 1º obtuviera la posesión de publicaciones en el sentido de los incisos 1º y 3º, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.
 - 5º. Se aplicará, en lo pertinente, también lo dispuesto en los artículos 57 y 94.
 - 6º. Los condenados por la comisión de hechos punibles descritos en este artículo, generalmente no podrán ser beneficiados con el régimen de libertad condicional.”

“Artículo 141.- Violación de domicilio.

- 1º. El que:
 1. entrara en una morada, local comercial, despacho oficial u otro ámbito cerrado, sin que el consentimiento del que tiene derecho de admisión haya sido declarado expresamente o sea deducible de las circunstancias; o
 2. no se alejara de dichos lugares a pesar del requerimiento del que tiene derecho a excluirlo, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.
 - 2º. Cuando el autor actuara conjuntamente con otra persona, abusando gravemente de su función pública o con empleo de armas o de violencia contra personas o cosas, la pena será privativa de libertad de hasta cinco años o multa. En estos casos será castigada también la tentativa.
 - 3º. La persecución penal dependerá de la instancia de la víctima.”

“Artículo 142.- Invasión de inmueble ajeno.

- 1º. El que individualmente o en concierto con otras personas, y sin consentimiento del titular, ingresara con violencia o clandestinidad a un inmueble ajeno, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.
- 2º. Cuando la invasión en sentido del inciso anterior se realizara con el objeto de instalarse en él, la pena será privativa de libertad de hasta cinco años.”

“Artículo 143.- Lesión de la intimidad de la persona.

- 1º. El que, ante una multitud o mediante publicación en los términos del artículo 14, inciso 3º, expusiera la intimidad de otro, entendiéndose como tal la esfera personal íntima de su vida y especialmente su vida familiar o sexual o su estado de salud, será castigado con pena de multa.
- 2º. Cuando por su forma o contenido, la declaración no exceda los límites de una crítica racional, ella quedará exenta de pena.
- 3º. Cuando la declaración, sopesando los intereses involucrados y el deber de comprobación que según las circunstancias incumba al autor, sea un medio adecuado para la persecución de legítimos intereses públicos o privados, ella quedará exenta de pena.
- 4º. La prueba de la verdad de la declaración será admitida sólo cuando de ella dependiera la aplicación de los incisos 2º y 3º.

5º. La persecución penal dependerá de la instancia de la víctima.”

“Artículo 148.- Revelación de secretos privados por funcionarios o personas con obligación especial.

1º. El que revelara un secreto ajeno llegado a su conocimiento en su actuación como:

1. funcionario conforme al artículo 14, inciso 1º, numeral 14; o
2. perito formalmente designado, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

2º. La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima. Se aplicará lo dispuesto en el artículo 144, inciso 5º, última parte.”

“Artículo 154.- Penas adicionales a las previstas.

1º. En los casos de los artículos 150 al 152 se aplicará, en vez de la pena o conjuntamente con ella, lo dispuesto en el artículo 59.

2º. Cuando, en los casos de los artículos 150 al 152, el hecho haya sido realizado ante una multitud o mediante publicaciones conforme al artículo 14, inciso 3, se aplicará a petición de la víctima o del Ministerio Público lo dispuesto en el artículo 60.”

TÍTULO II

HECHOS PUNIBLES CONTRA LOS BIENES DE LA PERSONA

CAPÍTULO I

HECHOS PUNIBLES CONTRA LA PROPIEDAD DE LOS OBJETOS Y OTROS DERECHOS PATRIMONIALES

“Artículo 157.- Daño.

1º. El que destruyera o dañara una cosa ajena será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

2º. Cuando el hecho arruinara económicamente al dueño de la cosa destruida o dañada, la pena podrá ser aumentada hasta cinco años.

3º. Cuando el autor realizara el hecho conjuntamente con otros, la pena podrá ser aumentada hasta cinco años.

4º. En estos casos, será castigada también la tentativa.

5º. La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima.”

“Artículo 162.- Hurto agravado.

1º. Cuando el autor hurtara:

1. del interior de una iglesia o de otro edificio o lugar cerrado dedicado al culto, una cosa destinada al ejercicio del mismo o a la veneración religiosa;
2. una cosa significativa para el arte, la ciencia, la historia o el desarrollo técnico, que se halle en una colección con acceso del público o que esté públicamente expuesta;

3. una cosa especialmente protegida contra la sustracción por medio de un recipiente cerrado o una instalación de seguridad;
 4. comercialmente;
 5. aprovechándose de una situación de desamparo de otro, de un accidente o de un peligro común;
 6. maquinarias agrícolas, elementos imprescindibles para las explotaciones rurales o insumos relevantes para las mismas;
 7. automotores;
 8. habiendo, con el fin de realizar el hecho,
 - a. entrado mediante la apertura forzosa de las instalaciones destinadas a impedir el acceso de personas no autorizadas;
 - b. logrado la entrada por escalamiento u otra vía irregular;
 - c. penetrado mediante llave falsa u otro instrumento no destinado a la apertura regular; o
 - d. permanecido oculto en un edificio, una morada, un local comercial, un despacho oficial u otro lugar cerrado, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.
- 2º. Cuando el hecho se refiera a una cosa de valor menor a diez jornales, no se aplicará el inciso 1º.”

“Artículo 163.- Abigeato.

- 1º. El que hurtara una o más cabezas de ganado menor o mayor, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años.
- 2º. Cuando se hurtara cabezas de ganado menor o mayor de considerable valor o utilidad, la pena privativa de libertad será de uno a diez años, atendiendo las condiciones especiales de la víctima.”

“Artículo 165.- Hurto agravado en banda.

- 1º. Cuando el autor hurtara bajo los presupuestos del artículo 162, 163 o de los numerales 1 al 3 del artículo 164 como miembro de una banda que se ha formado para la realización continuada de robos y hurtos, y con la intervención de otro miembro de la misma, la pena privativa de libertad será de dos a diez años. En estos casos, se aplicará también lo dispuesto en los artículos 57 y 94.
- 2º. En casos leves, la pena privativa de libertad será de hasta cinco años.
- 3º. No se aplicará el inciso 1º cuando el hecho se refiera a una cosa de valor menor a diez jornales.”

“Artículo 181.- Violación del deber de llevar libros de comercio.

- 1º. El que:

1. omitiera llevar los libros de comercio a que la ley le obliga, o los llevara o alterara de tal manera que esto dificulte conocer su real estado patrimonial;
 2. antes del término del plazo legal para la guarda removiera, ocultara, destruyera o dañara libros u otros papeles de comercio que la ley le obligue a llevar o guardar; o
 3. en contra de la ley,
 - a. elaborara balances de tal manera que esto dificultare conocer su estado patrimonial real;
 - b. omitiera elaborar el balance de su patrimonio o el inventario en el plazo establecido por la ley, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.
- 2º. El que en los casos del inciso 1º, numerales 1 y 3, actuara culposamente, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.
- 3º. En estos casos, se aplicará también lo dispuesto en el artículo 178, inciso 2º.”

“Artículo 182. Favorecimiento de acreedores.

- 1º. El que conociendo su iliquidez, otorgara a un acreedor una garantía o cumpliera una obligación no exigible o no exigible en esa forma o tiempo y así, intencionalmente o a sabiendas, le favoreciera en perjuicio de los demás acreedores, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.
- 2º. En estos casos, será castigada también la tentativa.
- 3º. En lo pertinente se aplicará también lo dispuesto en el artículo 178, inciso 2º.”

CAPÍTULO II

HECHOS PUNIBLES CONTRA EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

“Artículo 184a.- Violación del derecho de autor y derechos conexos.

- 1º. El que sin autorización del titular de un Derecho de Autor y Derechos Conexos:
 1. reproduzca, total o parcialmente, en forma permanente o temporal, obras protegidas;
 2. introduzca al país, almacene, distribuya, venda, alquile, ponga a disposición del público o ponga de cualquier otra manera en circulación copias de obras protegidas;
 3. comunique públicamente total o parcialmente en forma permanente o temporal obras protegidas mediante reproducciones no autorizadas;
 4. retransmita una emisión de radiodifusión;
 5. se atribuya falsamente la condición de titular originario o derivado de una obra protegida en todo o en parte, con la intención de ejercer los derechos que tal condición otorga; será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.
- 2º. A las obras señaladas en el inciso 1º se equiparán los fonogramas, las interpretaciones artísticas, las traducciones, los arreglos y otras adaptaciones protegidas por el derecho de autor.

3º. El que:

1. eludiera, modificara, alterara o transformara, sin autorización las medidas técnicas de protección de las obras señaladas en los incisos anteriores; o
2. produjera, reprodujera, obtuviera, almacenara, cediera a otro u ofreciera al público dispositivos o medios específicamente destinados a facilitar la elusión, supresión o neutralización no autorizada de las medidas técnicas de protección de las obras señaladas en los incisos anteriores; será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

4º.- En caso de condena a una pena se aplicará, a petición de la víctima o del Ministerio Público, la publicación de la sentencia.

5º. En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad será de dos a ocho años.

Para determinar la existencia de un caso especialmente grave se sopesarán todas las circunstancias y, en especial, si el autor ha:

1. empleado métodos y medios de una producción industrial o comercialización masiva;
2. producido objetos con un valor económico considerable;
3. ocasionado un perjuicio patrimonial considerable; o
4. utilizado, para la realización del hecho, a un menor de dieciocho años.

En los casos previstos en el inciso 3º la pena podrá ser aumentada hasta cinco años.”

“CAPÍTULO III

HECHOS PUNIBLES CONTRA LOS DERECHOS DE LA PROPIEDAD MARCARÍA E INDUSTRIAL

“Artículo 184.b. De la violación de los derechos de marca.

1º. El que:

1. falsifique, adultere o imite fraudulentamente una marca registrada de los mismos productos o servicios protegidos o similares;
2. tenga en depósito, ponga en venta, venda o se preste a vender o a hacer circular productos o servicios con marca falsificada, adulterada o fraudulentamente imitada.
será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años.

2º. En estos casos se castigará también la tentativa.

3º. En caso de condena a una pena se aplicará a petición de la víctima o del Ministerio Público la publicación de la sentencia.

4º. En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad será de dos a ocho años.

Para determinar la existencia de un caso especialmente grave se sopesarán todas las circunstancias y, en especial, si el autor ha;

1. empleado métodos y medios de una producción industrial o comercialización masiva;
2. producido objetos con un valor económico considerable;
3. ocasionado un perjuicio patrimonial considerable; o
4. utilizado, para la realización del hecho, a un menor de dieciocho años.”

“Artículo 184c.- DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS SOBRE DIBUJOS Y MODELOS INDUSTRIALES:

- 1º. El que, sin autorización del titular de un dibujo o modelo industrial registrado:
 1. fabrique o haga fabricar productos industriales que presenten las características protegidas por el registro de un Dibujo o Modelo Industrial,
 2. tenga en depósito, ponga en venta, venda o se preste a vender o a hacer circular productos o de cualquier otro modo comercie productos industriales que presenten las características protegidas por el registro de un Dibujo o Modelo Industrial; será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.
- 2º. En estos casos, será castigada también la tentativa.
- 3º. En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad será de dos a ocho años.

Para determinar la existencia de un caso especialmente grave se sopesarán todas las circunstancias y, en especial, si el autor ha;

1. empleado métodos y medios de una producción industrial o comercialización masiva;
2. producido objetos con un valor económico considerable;
3. ocasionado un perjuicio patrimonial considerable; o
4. utilizado, para la realización del hecho, a un menor de dieciocho años.”

CAPÍTULO IV

HECHOS PUNIBLES CONTRA EL PATRIMONIO

“Artículo 192.- Lesión de confianza.

- 1º. El que en base a una ley, a una resolución administrativa o a un contrato, haya asumido la obligación de proteger un interés patrimonial relevante para un tercero y causara o no evitara, dentro del ámbito de protección que le fue confiado, un perjuicio patrimonial, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.
- 2º. En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años. No se aplicará el párrafo anterior cuando el hecho se refiera a un valor menor de diez jornales.
- 3º. Se aplicarán los incisos anteriores aun cuando careciera de validez la base jurídica que debía fundamentar la responsabilidad por el patrimonio.
- 4º. En lo pertinente, se aplicará también lo dispuesto en los artículos 171 y 172.”

CAPÍTULO V

HECHOS PUNIBLES CONTRA LA RESTITUCIÓN DE BIENES.

“Artículo 196.- Lavado de dinero.

- 1º. El que ocultara un objeto proveniente de un hecho antijurídico, o respecto de tal objeto disimulara su procedencia, frustrara o peligrara el conocimiento de su procedencia o ubicación, su hallazgo, su comiso, su comiso especial o su secuestro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

A los efectos de este artículo, se entenderá como hecho antijurídico:

1. los previstos en los artículos 129a, 129b, 129c, 139, 184a, 184b, 184c, 185, 186, 187, 188, 192, 193, 200, 201, 300, 301, 302, 303 y 305 de este Código;
2. un crimen;
3. el realizado por un miembro de una Asociación Criminal previsto en el artículo 239;
4. los señalados en los artículos 37 al 45 de la Ley N° 1.340/88 y su modificatoria "Que Reprime el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Drogas Peligrosas y otros Delitos Afines y establece medidas de prevención y recuperación de fármaco dependientes";
5. el señalado en el artículo 81, párrafos 1° y 2° de la Ley N° 1.910/02 "De armas de fuego, municiones y explosivos"; y,
6. el previsto en el artículo 336 de la Ley N° 2.422/04, Código Aduanero."

2º.- La misma pena se aplicará al que:

1. obtuviera un objeto señalado en el inciso anterior, lo proporcionara a un tercero; o
2. lo guardara o lo utilizara para sí o para otro, habiendo conocido su procedencia en el momento de la obtención.

3º. En estos casos, será castigada también la tentativa.

4º. Cuando el autor actuara comercialmente o como miembro de una banda formada para la realización continuada de lavado de dinero, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años. Se aplicará además lo dispuesto en los artículos 57 y 94.

5º. El que en los casos de los incisos 1º y 2º, y por negligencia grave, desconociera la procedencia del objeto de un hecho antijurídico señalado en el inciso 1º, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

6º. El hecho no será punible conforme al inciso 2º, cuando el objeto haya sido obtenido con anterioridad por un tercero de buena fe.

7º. A los objetos señalados en los incisos 1º, 2º y 5º se equiparán los provenientes de un hecho antijurídico realizado fuera del ámbito de aplicación de esta ley, cuando el hecho se halle penalmente sancionado en el lugar de su realización.

8º. No será castigado por lavado de dinero el que:

1. voluntariamente informara o hiciera informar sobre el hecho a la autoridad competente, siempre que éste aun no haya sido totalmente o parcialmente descubierto, y que el autor lo supiera; y
2. en los casos de los incisos 1º y 2º, bajo los presupuestos del numeral anterior, facilitara el secuestro de los objetos relativos al hecho punible.

9º. Cuando el autor, mediante la revelación voluntaria de su conocimiento, haya contribuido considerablemente al esclarecimiento:

1. de las circunstancias del hecho que excedan la propia contribución al mismo; o
2. de un hecho señalado en el inciso 1º, realizado antijurídicamente por otro, el tribunal podrá atenuar la pena con arreglo al artículo 67 o prescindir de ella.

10º. El lavado de dinero será considerado como un hecho punible autónomo y para su persecución no se requerirá sentencia sobre el hecho antijurídico subyacente.”

“Artículo 198.- Contaminación del aire y emisión de ruidos dañinos.

1º.- El que utilizando instalaciones o aparatos técnicos, indebidamente:

1. contaminara el aire; o
2. emitiera ruidos capaces de dañar la salud de las personas fuera de la instalación; será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2º. Se entenderá como indebida la medida de la contaminación o del ruido, cuando:

1. no se hayan cumplido las exigencias de la autoridad competente respecto a las instalaciones o aparatos;
2. se hayan violado las disposiciones legales sobre la preservación del aire; o
3. se hayan excedido los valores de emisión establecidos por la autoridad administrativa competente.

3º. Cuando el hecho se realizara vinculado con una actividad industrial, comercial o de la administración pública, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.

4º. El que realizara el hecho mediante una conducta culposa será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.”

“Artículo 229.- Violencia familiar.

El que, en el ámbito familiar, ejerciera o sometiera habitualmente a violencia física o dolores síquicos considerables sobre otro con quien conviva, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o multa.”

“Artículo 312.- Exacción.

1º. El funcionario encargado de la recaudación de impuestos, tasas y otras contribuciones que a sabiendas:

1. recaudara sumas no debidas;
2. no entregara, total o parcialmente, lo recaudado a la caja pública; o
3. efectuara descuentos indebidos, será castigado con pena privativa de libertad de uno a cinco años o con multa.

2º. En estos casos, será castigada también la tentativa.”

“Artículo 316.- Difusión de objetos secretos.

1º. El que fuera de los casos del artículo anterior, participara a otros o hiciera públicos objetos, documentos escritos, planos o maquetas, señalados como secretos por:

1. un órgano legislativo o por una de sus comisiones; o
2. un órgano administrativo, y con ello pusiera en peligro importantes intereses públicos, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

2º. La persecución penal dependerá de la instancia del presidente del órgano legislativo o del titular del órgano administrativo.”

Artículo 2º.- Derogaciones.

Deróganse:

- 1º. Los artículos 349 al 353 del Código Penal promulgado el 18 de junio de 1914;
- 2º. Los tipos penales y sus sanciones, contenidos en las siguientes leyes:
 1. Ley nº 868/81 “de dibujos y modelos industriales”
 2. Ley nº 1.294/98 “de marcas”
 3. Ley nº 1.328 “de derechos de autor y derechos conexos”
 4. Ley nº 2.849/05 “especial antisequestro”
 5. Ley nº 2.880/06 “que reprime hechos punibles contra el patrimonio del estado”
 6. Ley nº 2.861/06 “que reprime el comercio y la difusión comercial o no comercial de material pornográfico, utilizando la imagen u otra representación de menores o incapaces”, a excepción de los artículos 8 -primer párrafo- y 9.
- 3º. Las demás disposiciones legales contrarias a esta Ley.
- 4º. Quedan expresamente excluidas de este artículo la Ley No. 1.680/01 “Código de la Niñez y la Adolescencia” y la ley No. 1.600/00, Contra la Violencia Doméstica.

Artículo 3º.-Entrada en vigor.

Estas modificaciones al Código Penal entrarán en vigor un año después de su promulgación, a excepción de los artículos 104, 148, 154, 165, 181, 182 y 316, que entrarán en vigencia al día siguiente de su promulgación y publicación.

Artículo 4º.-Edición oficial.

El Poder Ejecutivo dispondrá la inmediata publicación de cinco mil ejemplares de la edición oficial del texto completo del Código Penal con la inserción de los artículos modificados.

Artículo 5º.-Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Aprobado el Proyecto de Ley por la Honorable Cámara de Diputados, a los quince días del mes de noviembre del año dos mil siete, y por la Honorable Cámara de Senadores, a los veinte días del mes de diciembre del año dos mil siete, quedando sancionado el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 207, numeral 3 de la Constitución Nacional.

Oscar Rubén Salomón Fernández

Presidente

H. Cámara de Diputados

Miguel Abdón Saguier

Presidente

H. Cámara de Senadores

Lino Miguel Agüero
Secretario Parlamentario

Alfredo Ratti Jaeggli
Secretario Parlamentario

Asunción, de de .

Téngase por Ley de la República, publíquese e insértese en el Registro Oficial.
El Presidente de la República

Nicanor Duarte Frutos

Derlis Céspedes Aguilera
Ministro de Justicia y Trabajo