



ca Revista  
Jurídica

Revista  
Jurídica

# Revista Jurídica

Facultad de  
Derecho y  
Ciencias Sociales

Revis  
Jurídi



1889

vista  
urídica

Revista  
Jurídica

2023

evista  
ídica

UNA





# Revista Jurídica

Facultad de Derecho  
y Ciencias Sociales

Universidad Nacional de Asunción



2023

# **Revista Jurídica y de Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción**

Edición 2023

**ISSN 2522-6118 (Versión en línea)**

<http://www.der.una.py/index.php/investigacion/revistas-cientificas/revista-academica>

© **Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA**

Derechos Reservados

Revista Jurídica Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Asunción © 2023 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Asunción se halla licenciada bajo CC BY-NC-ND 4.0. Para ver una copia de dicha licencia, visite el sitio <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Es una publicación oficial que tiene por finalidad desarrollar y fomentar la educación jurídica y social de excelencia; pretende mantener actualizada a toda la comunidad académica en diferentes áreas del Derecho y de las Ciencias Sociales, y fomentar las discusiones en torno a temas de relevancia jurídica y social. Se publica con periodicidad anual en soporte electrónico o en formato impreso, y su distribución es gratuita.

El contenido de la revista es de libre acceso. La reproducción total o parcial de los contenidos está permitida siempre que se cite la fuente.

Los conceptos emitidos en los trabajos publicados son de responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente la opinión de la institución ni de los editores.

## **Dirección de la Revista:**

Director: Dr. Raúl Fernando Barriocanal Feltes

Vice director: Abg. Marcos Guillermo Guggiari

Secretaria Editorial: Abg. Cira Montserrat Avalos Viera

## **Para correspondencia, dirigirse a:**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción

Calle Congreso de Colombia y Río Pilcomayo, Santísima Trinidad, Asunción - Paraguay

**Correo electrónico:** [revistajuridica@der.una.py](mailto:revistajuridica@der.una.py)

**Teléfonos:** (595 21) 288 5000. **Sitio web:** [www.der.una.py](http://www.der.una.py)

**Facebook:** <https://www.facebook.com/info.derecho.una> Asunción, Paraguay. Enero 2023

“La muerte es alguien que se retira de sí mismo y vuelve a nosotros. No hay más muertos que los llevados por los vivos.” (PÍO BAROJA)

*“Memoria nostri non modo in iis permanebit, quos nosmet ipsi reliquimus, sed etiam in iis, quos posterī relinquemus.”* (MARCUS TULLIUS CICERO)

*In Memoriam*, Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser,  
Director Editorial de la Revista Jurídica de la Facultad  
de Derecho y Ciencias Sociales 1999 - 2022



## Contenido

Listado de Autoridades	11
Editorial	15

### I. ENSAYOS y ARTÍCULOS JURÍDICOS

#### Derecho Constitucional

Tutela Jurisdiccional Efectiva: una garantía constitucional compleja y no enunciada <i>César Ramos Morel</i> <i>Juan D. Romero Sanabria</i>	21
Doble competencia en el control de constitucionalidad concentrado <i>Nicolas R. Gaona Irún</i>	45

#### Derecho Civil y Comercial y Derecho Procesal Civil y Comercial

De la buena fe y sus significados <i>Alberto Martínez Simón</i>	81
Los Acuerdos Parasocietarios <i>V. Alejandro Apuril Llamosas</i>	115
La responsabilidad por ruina en los contratos de obra <i>Juan Carlos Cortina Orué</i>	137
La aceptación de la Factura Cambiaria por las Personas Jurídicas. Su diferencia con la Factura Conformada <i>Alfredo D. Argüello Bóveda</i>	159



## **Derecho Penal y Derecho Procesal Penal**

- El Acta de Imputación. comentarios en relación a jurisprudencias uniformes 175  
*José Agustín Fernández Rodríguez*

## **Derecho del Trabajo**

- Protección de los derechos laborales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: el camino recorrido hacia su justiciabilidad directa 199  
*Noelia Virginia Martínez Cantero*

- La vulneración de derechos en el cumplimiento del registro del adolescente trabajador en el marco de la protección integral del adolescente 243  
*María Concepción Meza Giménez*  
*Gladys Bogado*

## **Derecho Administrativo**

- El silencio administrativo, la denegatoria ficta, el agotamiento de la instancia y el ejercicio de la acción contencioso administrativa antes y después de la Ley N° 6715/2021 “De Procedimientos Administrativos” 281  
*Montserrat Rojas*

## **Derechos Humanos y Tecnología**

- Justicia, Sociedad y Abogacía: Reflexiones sobre el Estado de Derecho en América Latina 305  
*Alejandro Arcondo*
- El uso de Inteligencia Artificial en la administración de justicia: ¿utopía o distopía? 315  
*Valeria Allen Giménez*

---

### **Derecho Ambiental**

- Responsabilidad social y bases para su regulación jurídica en el Paraguay 345  
*Alfredo Lorenzo Torales Villalba*
- El papel de la regulación de los Créditos de Carbono en Paraguay 363  
*Sofía Rattazzi*

### **Derecho Electoral**

- Normativa Jurídico-Electoral aplicable a las elecciones de representantes de  
Abogados ante el Consejo de la Magistratura 377  
*Guillermo Andrés Casco Espínola*

### **Filosofía y Argumentación Jurídica**

- Filosofía y Argumentación Jurídica 393  
*Roberto de Jesús Salas Cruz*

## **II. MONOGRAFÍAS E INFORMES DE INVESTIGACIÓN**

### **Monografía de la investigación**

- Alcances y limitaciones de la exhumación judicial en la investigación penal. Año  
2023 411  
*María Yerutí González Cuba*





## **LISTADO DE AUTORIDADES**

### **Revista Jurídica y de Ciencias Sociales**

Dr. Raúl Fernando Barriocanal  
**Director**

Abg. Marcos Guggiari  
**Vice director**

Abg. Cira Montserrat Ávalos Viera  
**Secretaria Editorial**

#### **Miembros del Consejo Editorial** (por orden alfabético)

Abg. María Mercedes Buongermini Palumbo

Dr. Hernán Casco Pagano

Abg. Diego Alcides Corbeta Ortellado

Dr. Carlos González Alfonso

Dr. Marco González Maldonado

Dra. Silvia Beatriz López Safi

Dr. Alberto Martínez Simón

Abg. Pierina Ozuna Wood

Dr. Bonifacio Ríos Ávalos

Abg. Horacio Vittone Rojas



## **Consejo Directivo de la FDCS-UNA**

### **Decana**

Prof. Dra. Miryam Peña Candia

### **Vice Decano**

Prof. Dr. Carlos Gustavo González Morel

### **Docentes**

#### **Titulares**

Prof. Dr. Osvaldo Enrique González Ferreira.

Prof. Dr. Delio Antonio Vera Navarro.

Prof. Abg. Karen Leticia González Orrego.

Prof. Dr. Bonifacio Ríos Ávalos.

Prof. Dr. Alberto Joaquín Martínez Simón.

Prof. Dr. Enrique Luis María Mongelós Aquino

### **Suplentes**

Prof. Dra. María Elodia Almirón Prujel.

Ángel Adriano Isidoro Yubero Aponte.

Prof. Dr. José Agustín Fernández Rodríguez.

Prof. Dr. Vanessa Cubas Díaz.

Prof. Abg. Luz Marlene Ruiz Díaz Báez.

Prof. Dr. Fernando Benítez Franco.

**Egresados no docentes****Titulares**

Abg. José González Maldonado.  
Abg. Cesar Eduardo Escobar Gubo.  
Abg. Lucas Chalub Delgado.

**Suplentes**

Francisco Javier Arzamendia Casselli.  
José Emilio Vega Insfrán.  
Edgar Bonifacio Ríos Parquet.

**Estudiantes****Titulares**

Alejandro David Cabrera Gamarra  
Paz Guadalupe Duré Coronel  
Guillermo Tobías San Martín Acevedo

**Suplente**

Alejandro Daniel Garcete Torres.





## EDITORIAL

“¡Oh prodigio! ¡Qué arrogantes criaturas son éstas! ¡Bella humanidad! ¡Oh espléndido mundo nuevo, que tales gentes produce!”

Shakespeare, *La Tempestad*, Acto V, Escena I, parág. 215

*“O brave new world, that has such people in't!”*

*Aldous Huxley, Brave New World*

Sin dudarlo, es un mundo nuevo al que con fascinación —y no poca dosis de asombro— nos asomamos. La telecomunicación pone al alcance de un breve pulso digital un universo de información, aconteceres, opiniones y sentires; la inteligencia artificial está dando sus primeros pasos en una esfera que hasta hace poco considerábamos como esencial y exclusivamente humana: la de la creatividad, el ingenio y la innovación; la robótica se insinúa como posible fuerza laboral y de seguridad pública y privada.

Junto con el asombro surge también la confusión de enfrentar una realidad en la que acaso seamos un elemento superfluo: nuestros saberes se vuelven anacrónicos, nuestras habilidades inanes, nuestros símbolos vacíos. Y surge el fantasma de la obsolescencia... de la consternación de constatar cómo se disuelve y desvanece lo que considerábamos incommovible y a resguardo, viene el temor a achecharnos y espantar nuestras frágiles certezas. La primera línea de reclamos viene de las aquellas personas a las que los cambios afectan más inmediatamente, y se vuelven hacia la ciencia jurídica buscando una respuesta: de seguro debe haber una norma, una *regula* que les asista, que les proteja...

Del Derecho se dice que reacciona con lentitud —y con retraso— que va mil pasos por detrás de los sucesos y llega cuando todo ya ha quedado más o menos



cristalizado –los problemas y las soluciones– y que su afán de reemplazar el báculo de la fuerza no logra sino, acaso, cubrir con un manto de legitimidad el equilibrio que se va gestando en otros ámbitos y con otros medios.

Quienes así piensan y hablan no han comprendido la verdadera esencia del derecho y para qué existe. Los dilemas humanos han sido siempre los mismos... lo único que ha cambiado es la escenografía. Las eternas preguntas siguen siempre ahí: ¿quién es el sujeto?, ¿cuáles son los límites que tienen mis necesidades y deseos?, ¿qué le puedo imponer a los otros?, ¿qué debo soportar?, ¿qué esperar de los demás?; esas, que son las que el Derecho debe contestar, no han variado.

Cuando se discute sobre la inteligencia artificial y la robótica lo que está en juego no es sino el complejo entramado de tales cuestiones que confrontan a la subjetividad humana con el objeto de los derechos; es decir, no es el qué lo que se debate, sino meramente el cómo: cómo resguardar la subjetividad humana y la intangibilidad de los derechos que le son inherentes frente a estos escenarios... Sí, los modos y medios son hoy más potentes, más agresivos e invasivos, pero la *questio* sigue siendo la misma a lo largo de los cinco mil años de historia jurídica.

De seguro habrá personas –singulares y colectivas– que bajo la guisa y divisa de “es una nueva realidad” pretenderán llevarlo todo a *tabula rasa* y reconfigurar por completo la composición del pacto social –ese delicado equilibrio de intereses– en la expectativa de obtener una mayor porción de sus beneficios, y aducirán –a no dudar– que “el derecho está obsoleto” y “que debe ser completamente revisado”; y habrá personas que, por no saberlo mejor, o por el temor nacido de la confusión, sucumbirán a ese sireno cántico, o lo encontrarán reconfortante, y postularán así que arrojarse a esas turbulencias “es la única salida”.

Es allí donde la academia debe hallar y cumplir su legítima vocación: de ser la voz de la razón y la sensatez; de liderar el debate, de separar el acierto de la falacia, la realidad de la apariencia... el trigo de la cizaña.

La pregunta que la comunidad universitaria habrá de enfrentar en tales escenarios no es una de ciencia: las herramientas de la ciencia jurídica se hallan, después de todo, bien establecidas, sino una de *fides*: hay confianza en los saberes de la academia?; es ella fiable?; tiene *auctoritas* suficiente como para ser oída? No es una pregunta que el colectivo de juristas pueda responder con facilidad hoy en día; en un

mundo asolado por datos falsos y hechos fraguados esa labor, de dar *responsio*, se presenta harto más ardua.

No es poca la tarea que nos vemos llamados a cumplir, sería ingenuo e irresponsable pensar que puede ser simplemente improvisada en un difuso espacio de “más adelante”; prepararnos para afrontarla principia por tomar conciencia de su existencia y de su envergadura. Estamos en un punto crucial del camino y nuestro equipaje es bastante parco, nos falta el hábito del debate racional y razonado, el ejercicio cotidiano de la argumentación que estructura el pensamiento, el abordaje serio y científico de los fenómenos.

En todo ese trasegar no podemos –no debemos– temer o dale la espalda a la innovación; las nuevas herramientas han venido para quedarse y es imposible simplemente cerrar los ojos esperando su desaparición; tenemos que apropiarnos de ellas y sacarles el máximo provecho posible, pues de lo contrario se nos acusará –esta vez con razón– de quedar atrás y en el anacronismo. El temor y la evitación de acometer tales asuntos solo traerá subterfugios y su aparición bajo configuraciones deformadas e inicuas.

Esta primera edición digital de la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales se propone no solo ser un espacio sino también una oportunidad para que nuestra comunidad universitaria ejercite su función más importante: el ser un faro de lucidez en la marisma de confusiones.

El mundo es siempre nuevo... y el derecho siempre ha estado ahí para acompañarlo.

*Diciembre de 2023*





**I. ENSAYOS Y  
ARTÍCULOS JURÍDICOS**

**DERECHO CONSTITUCIONAL**



## TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA: UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL COMPLEJA Y NO ENUNCIADA

César Ramos Morel\*

Juan D. Romero Sanabria\*\*

### Resumen

En este trabajo se analiza el concepto de “tutela jurisdiccional efectiva” y se argumenta que la misma es una garantía constitucional no enunciada. La tutela jurisdiccional efectiva es una garantía esencial en el Paraguay democrático, y necesaria debido a su amplio impacto y alcance transversal. La misma constituye una condición imprescindible para garantizar otros derechos y proteger las libertades fundamentales de los ciudadanos. Esta garantía es compleja y abarca aspectos como el acceso a la justicia, el debido proceso y la eficacia de las resoluciones judiciales. Su reconocimiento y promoción siguen siendo cruciales para cimentar una sociedad equitativa y justa en el Paraguay contemporáneo.

**Palabras clave:** *Tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso, garantías constitucionales.*

---

\* Abogado graduado en la Universidad Nacional de Asunción, Mediador diplomado por el Ministerio de Justicia, profesor de Filosofía y Ética. Miembro del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – UNA.cesar.19.ramos@gmail.com

\*\* Abogado con formación en Medios Alternativos de Solución de Conflictos, Ciencias Políticas y Didáctica Universitaria; con participación en proyectos de asistencia jurídica a personas de escasos recursos y otras actividades de voluntariado. Juanromeropy99@gmail.com



### **Abstract**

*In this paper, the concept of “effective judicial protection” is analyzed and argued that it should be understood as an unwritten but essential constitutional guarantee. Effective judicial protection stands as an essential guarantee in democratic Paraguay and as indispensable due to its broad impact and cross-sectional scope. It serves as a necessary condition to ensure other rights and safeguard citizens' fundamental freedoms. This guarantee is intricate and encompasses aspects such as access to justice, due process, and the efficacy of judicial rulings. Its recognition and promotion continue to be pivotal in solidifying a fair and just society in present-day Paraguay.*

**Keywords:** *Effective judicial protection, due process, constitutional guarantees.*

### **Introducción**

Nos hemos propuesto analizar el concepto de tutela jurisdiccional efectiva como una garantía constitucional no enunciada en la Constitución Nacional actual con la intención de aportar a la comprensión del estado de derecho en el Paraguay.

La transversalidad de esta garantía en la estructura jurídica del Paraguay democrático difícilmente puede ignorarse. Es un concepto complejo, difícil de delimitar y no siempre puede verse con claridad dónde inicia y dónde concluye, pero esbozarlo en sus rasgos esenciales puede ayudarnos a avanzar en la construcción del concepto y en la comprensión de sus alcances dentro del estado de derecho en Paraguay.

El Paraguay democrático inicia con el golpe de Estado del año 1989, pero se consolida con la promulgación de una nueva Constitución Nacional el año 1992<sup>1</sup>. Con

---

<sup>1</sup> “En 1992 por primera vez en toda la historia del Paraguay unos ciudadanos logran reunirse en convención en un ambiente de libertad, en ejercicio de la soberanía, sin la existencia de fuerzas extranjeras que ocupen el territorio y tutelen el proceso, como en 1870 y sin la existencia de una dictadura que condicionaba desde el inicio mismo el margen de liberalidad, como en 1967. También se estaba muy lejos de tener que soportar un Decreto del Poder Ejecutivo que “otorgaba” al Paraguay una ley fundamental, como en 1940. Reunidos tras unas elecciones libres, discuten en convención poniéndose a tono con los nuevos tiempos, se produce la plena

esto comienza un importante y paulatino cambio de paradigmas en muchos aspectos del campo jurídico, pero esencialmente en la función jurisdiccional.

El cambio se opera en las raíces mismas del problema, al pasar de una concepción inquisidora a una concepción garantista del papel que deben cumplir los jueces. Se ha comprendido, por fin, que los jueces deben velar exclusivamente por la protección de los derechos y garantías y que, para preservar incólume la objetividad, deben mantenerse al margen hasta que llegue el momento oportuno de juzgar únicamente sobre los hechos probados. El juez ya no puede inquirir en procura de la verdad, como lo hacía antes, solamente puede valorar aquellas pruebas que le son traídas a consideración y juzgar con base en ellas<sup>2</sup>.

Lo medular de este cambio consiste en el rol tutelar que ahora deben desempeñar los jueces: son los custodios de la Constitución Nacional y del cumplimiento irrestricto de los derechos y de las garantías en ella establecidas y previstas<sup>3</sup>.

Esta nueva Constitución introduce de forma efectiva al Paraguay en el concierto de naciones democráticas y verdaderamente republicanas; estrictamente apegadas a las leyes, y celosas de los derechos y las libertades fundamentales del hombre.

Tanto el modelo político como la nueva constitución son exigencias de contexto<sup>4</sup>, es decir, el Paraguay debía contar con una democracia real y efectiva para abrir sus

---

recepción del constitucionalismo social, principio que permea todo el texto y habrá de influir en todo el desarrollo legislativo posterior de los derechos fundamentales en juego.” (CAMACHO, 2004, Pág. 23).

<sup>2</sup> Es verdad que todavía podemos encontrar rémoras del antiguo paradigma en el fuero penal; téngase presente como ejemplo el *in fine* del artículo 282 o el artículo 358, ambos del Código Procesal Penal.

<sup>3</sup> El debate sobre la figura del juez garantista, su alcance y sus límites, es apasionante, pero tendremos que dejarlo de lado por ahora, quizá para otro ensayo.

<sup>4</sup> “Si quisiéramos dar algunas características medulares de ese Estado de Derecho Constitucional que se va consolidando y reemplazando al Estado de Derecho Legal por toda Europa a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, y desde ahí proyectándose por América Latina, destacaríamos: a) la Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador, y se constituye en una fuente del derecho (la fuente de las fuentes) adonde los juristas pueden ir a buscar las respuestas jurídicas a sus casos; b) la Constitución se carga de moral bajo los rótulos de principios, valores, fines, bienes o derechos humanos; c) a toda la Constitución se la entiende como “operativa” — más allá de los distintos modos de operatividad—, por lo que se rechaza su carácter



puertas al comercio y a la economía internacional. La seguridad jurídica es un requisito esencial para alcanzar este objetivo<sup>5</sup>.

Es en el contexto de esta nueva Constitución Nacional donde realizaremos un desglose y caracterización de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva como garantía constitucional compleja y no enunciada específicamente, inseparable del nuevo rol tutelar que deben cumplir los jueces.

Queremos poner de manifiesto la orfandad e ineficacia que sufrirían otros derechos sin la protección de una tutela jurisdiccional efectiva, por eso traeremos a colación, a modo de ejemplo, dos sentencias judiciales donde se ha activado la protección de esta garantía.

### **La tutela jurisdiccional efectiva como garantía no enunciada en la Constitución Nacional del Paraguay del año 1992**

La tutela jurisdiccional efectiva es una garantía palpable, vigente y cuya concreción se manifiesta en los decisorios judiciales<sup>6</sup>. Sin embargo, consideramos que la tutela jurisdiccional efectiva es una garantía no enunciada debido a que no aparece nombrada de forma expresa en ningún lugar del texto constitucional; no es posible encontrarla con esta denominación específica.

Pero del simple hecho de no encontrar el concepto de “tutela jurisdiccional efectiva”, como tal, en el texto constitucional no se concluye inmediatamente que la Constitución no haga ningún tipo de referenciación de esta garantía. Lo hace de forma tal que la tutela jurisdiccional efectiva resulta “enunciada” por medio de un constructo consecuente de la interpretación sistémica de varias normas constitucionales que estipulan las subgarantías que la integran. De ahí que, en este ensayo, la

---

“programático”; y d) se constituyen los Tribunales Constitucionales con la competencia de controlar —en sus formas, procedimientos y contenidos— todas las normas jurídicas (también a la ley) desde la Constitución, y en su caso, invalidarlas o privarlas de efectos jurídicos.” (VIGO, 2012, Pág. 60).

<sup>5</sup> “Obviamente, esta disposición (art. 145 de la C.N.), demuestra una firme voluntad de los constituyentes que intentaban superar una larga noche autoritaria y ubicar al Paraguay en el concierto internacional de las naciones...” (CAMACHO, 2004, Pág. 17).

<sup>6</sup> Para sustentar esta afirmación, citaremos y analizaremos, más adelante, dos ejemplos de decisorios judiciales donde se hace patente la importancia de la tutela jurisdiccional efectiva.

consideremos como una garantía constitucional compleja, integrada por subgarantías<sup>7</sup>, pero no enunciada como tal, sino “construida” por una interpretación sistémica de las normas constitucionales.

Queremos ser enfáticos en esto: no es posible encontrar el concepto expreso de tutela jurisdiccional efectiva en la Constitución Nacional y tampoco una referencia completa de sus componentes en los diversos artículos constitucionales; pero sí es posible construir el concepto recurriendo a los artículos constitucionales que estipulan y previenen la posibilidad de las subgarantías que la integran.

Antes de ahondar en estas ideas, es preciso partir de una distinción ineludible entre los conceptos de garantía y derecho<sup>8</sup>. Las garantías son condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan hacer uso efectivo de sus derechos. Se caracterizan por el soporte o medio efectivo que brindan para la concreción de estos.

Luigi FERRAJOLI nos explica que “garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”<sup>9</sup>. Pero nos recuerda que el sentido originario de este concepto pertenece al derecho romano y circunscribe su alcance al ámbito de los derechos patrimoniales donde busca asegurar el cumplimiento de las obligaciones. En ese contexto, son identificables dos clases de garantías: las garantías reales y a las garantías personales, y ambas buscan asegurar el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales.

La aplicación de este término, continúa diciendo, para referirse a las técnicas de tutela de los derechos fundamentales es relativamente reciente. Y aquí importa resaltar la puntualización que hace FERRAJOLI al afirmar que distingue derechos fundamentales en oposición a derechos patrimoniales, ya que estos son singulares y

---

<sup>7</sup> Esta idea de “subgarantías” la hemos tomado de la lectura hecha del autor paraguayo Carlos Nino en su obra *Fundamentos de Derecho Constitucional* cuya citación expresa podrá encontrarse más adelante.

<sup>8</sup> “En el lenguaje cotidiano existe una tendencia casi paranoica a confundir el concepto de derecho con el de garantía y claramente estamos ante dos institutos distintos en sus finalidades, conceptos y modelos. (...) En rigor, existe una diferencia entre derechos y garantías, toda vez que estas últimas apuntan a determinados instrumentos o técnicas normativas destinadas al resguardo y protección de los derechos fundamentales...”, (IBACETA MEDINA, 2014, Págs. 167-171).

<sup>9</sup> (FERRAJOLI, 1999, Págs. 39-46).



aquellos universales; estos son disponibles y alienables, en tanto que aquellos son indisponibles e inalienables; estos son el resultado de una relación jurídica de contenido patrimonial, mientras que aquellos son atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar<sup>10</sup>. Podemos notar que en el catálogo de derechos se pueden distinguir dos tipos: los resultantes de las relaciones patrimoniales y los atribuidos por las normas como resultado de la condición misma de persona.

Lo interesante de la definición hecha por FERRAJOLI es que, si bien reconoce que el origen del término es propio del derecho civil y su actualización doctrinaria opera inicialmente en el campo penal de las corrientes liberales de la Ilustración, nada obsta a su ampliación y uso en todos los campos de la teoría general del derecho. Para él, todas las garantías tienen en común el hecho de haber sido concebidas con base en “una suerte de desconfianza” en la suposición de que las autoridades harían siempre un uso legítimo del poder y buscarían, de forma espontánea, la satisfacción de los derechos de los ciudadanos.

En resumen, mientras que un derecho es una regulación efectiva de la condición de persona y de las relaciones humanas, una garantía, para ser reconocida como tal, debe tener amplitud de alcance y efecto condicionante en el ejercicio de esos derechos, es decir, debe constituirse en una condición *sine qua non* en el goce efectivo de los mismos.

El Capítulo XII de nuestra Constitución Nacional enumera, de manera aparentemente taxativa, cuatro garantías constitucionales: la inconstitucionalidad, el habeas corpus, el amparo y el habeas data. Pero vista la importancia que revisten las garantías para el derecho en general, es lógico pensar que la enumeración de estas no podría agotarse en las cuatro mencionadas.

---

<sup>10</sup> Aunque Ferrajoli habla de derechos fundamentales, no debemos hacernos la falsa idea de que este autor se inclina por el iusnaturalismo, al contrario, podemos notar con claridad que para él estos derechos fundamentales son atribuidos por las normas, no dice que sean inherentes a la persona humana y que las leyes se limitan a reconocerlas.

De hecho, el artículo 45 de la Constitución nos deja abierta la posibilidad de reconocer la existencia de otras garantías que no hayan sido expresamente mencionadas o referenciadas<sup>11</sup>.

De la atenta lectura de este artículo se desprenden dos concretas hipótesis o escenarios: Primero, la existencia de derechos o garantías que, siendo inherentes a la personalidad humana, no hayan sido expresamente previstas ni nombradas de modo específico, pero sí referenciadas en alguno de los artículos de la Constitución Nacional; segundo, que los derechos o garantías no hayan siquiera sido referenciados en parte alguna del texto constitucional, supuesto en el cual, en orden a obtener su reconocimiento y aplicación en los decisorios judiciales, sería necesario demostrar que aquellos son inherentes a la personalidad humana<sup>12</sup>.

Con base en lo establecido en el artículo 45 de la Constitución, ninguna de las dos hipótesis derivadas de su formulación obstaría el reconocimiento de garantías o derechos totalmente nuevos o, mejor dicho, cuya realidad emerja de las situaciones cambiantes de la vida en sociedad, siempre y cuando pueda demostrarse que ellos son inherentes a la personalidad humana. Es un reconocimiento explícito de que el fenómeno jurídico es dinámico y no se agota en sus meros enunciados; por más elaborados y precisos que estos pretendan ser, no podrán abarcar todas las situaciones posibles resultantes de la convivencia humana.

En este ensayo sostenemos la premisa de que la tutela jurisdiccional efectiva es un caso *sui generis* de garantía constitucional y que, al ser compleja, integrada por subgarantías, se encuentra parcialmente referenciada en varios artículos constitucionales, pero no de manera íntegra en ninguno de ellos. E, igualmente, que para lograr

---

<sup>11</sup> Art. 45 de la Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992 “DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS NO ENUNCIADOS. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”.

<sup>12</sup> “Las garantías constitucionales presentan las siguientes características: 1) son unilaterales, pues está a cargo del poder público efectivizar su vigencia, 2) son *irrenunciables, en cuanto hacen a la naturaleza misma del hombre y así ser reconocida en los textos fundamentales*, 3) son permanentes, implícitos al derecho protegido, 4) son generales, protegen absolutamente a todos los seres humanos.” (el resaltado es nuestro) (CAMACHO, 2004, Pág. 23).



un encuadre pleno de esta garantía de la Constitución debemos recurrir al auxilio de dicho artículo 45.

La tutela jurisdiccional efectiva cumple con los requisitos mencionados más arriba y puede ser considerada una garantía constitucional ya que posibilita la concreción y el goce de otros derechos; está referenciada en varios artículos del texto constitucional, pero no en todos sus componentes, como veremos más adelante. Forma parte de las garantías no enunciadas expresamente en la Constitución Nacional porque no es nombrada como tal, pero su realidad es patente en los decisorios judiciales y puede fundamentarse por medio de un constructo interpretativo sistémico de varios artículos constitucionales.

### **La tutela jurisdiccional efectiva como una garantía constitucional compleja**

Al realizar nuestro análisis de esta garantía, hacemos énfasis en la forma en que se manifiesta en los procesos judiciales y descubrimos que la idea general que se tiene de este concepto comparte en muchos casos rasgos comunes. Varios autores consultados le atribuyen tres componentes principales<sup>13</sup> y unos pocos le agregan un cuarto elemento<sup>14</sup>. Pero el sentido general del concepto es el mismo.

De la lectura de los autores consultados podemos colegir que esta garantía constitucional actúa y se manifiesta en los decisorios judiciales como una garantía compleja, integrada por subgarantías que buscan proteger y brindar soporte a sendos derechos

---

<sup>13</sup> Para el jurista español Jesús González Pérez, por ejemplo, la tutela judicial despliega sus efectos en tres momentos distintos: en el acceso a la Justicia; en el proceso ya iniciado; y, una vez dictada la sentencia, en el momento culminante de la ejecución y plena efectividad de los pronunciamientos. Además, este autor pone especial énfasis en el hecho de que, en los procesos penales, esta garantía asiste no solamente al procesado, sino también a la víctima. Esta garantía es tan importante para evitar la condena de un inocente, como también para hacer que caiga el peso de la ley en el culpable. (GONZÁLEZ PÉREZ, 2001).

<sup>14</sup> “Tanto la jurisprudencia nacional como la internacional han buscado delimitar el contenido constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para que pueda denunciarse su afectación a través de un proceso constitucional. Así, tenemos que el contenido esencial de este derecho está comprendido por: a. el acceso a la justicia; b. el debido proceso; c. **el derecho a una resolución fundada en derecho** (el resaltado es nuestro); y d. el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.” (BALBI CALMET, 2018, Pág. 111).

fundamentales. Su contenido esencial estaría integrado por los siguientes elementos o subgarantías<sup>15</sup>:

- a. El derecho al acceso a la justicia;
- b. El derecho al debido proceso;
- c. El derecho a una resolución fundada en las leyes vigentes<sup>16</sup>; y
- d. El derecho a la eficacia de las resoluciones judiciales.

Para facilitar la comprensión de los caracteres de la tutela jurisdiccional efectiva, pasaremos a describir, en acotada brevedad, cada uno de los elementos que encierra.

#### **a. El derecho al acceso a la justicia**

Este elemento hace referencia a la instancia, es decir, al derecho de las personas de iniciar una acción y obtener soluciones a sus controversias legales. No es otra cosa que el derecho a peticionar a la autoridad y obtener de ella una respuesta. Pero no cualquier respuesta, sino una que sea coherente con las leyes y haga concreto los principios democráticos pregonados por el estado de derecho.

La subgarantía de acceso a justicia está contenida en los artículos 40, 46 y 47 de la Constitución de la República del Paraguay. Estos artículos constitucionales encarnan el principio jurídico del acceso a la justicia, al garantizar que todas las personas sean iguales ante la ley y tengan la capacidad de presentar peticiones a las autoridades. Esto es esencial para preservar la justicia y la igualdad en una sociedad democrática y promover un sistema legal que sea accesible y equitativo para todos sus ciudadanos.

---

<sup>15</sup> Hemos decidido utilizar indistintamente las palabras “elemento”, “componente” y “subgarantía” para referirnos a las partes en las que es posible desglosar a la tutela jurisdiccional efectiva para su estudio debido a que los dos primeros ponen el énfasis en su complejidad, mientras que el tercero coloca el énfasis en los múltiples derechos fundamentales que protege.

<sup>16</sup> Este elemento es menos frecuente en los autores consultados, sobre todo, en autores europeos como CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, GONZÁLEZ PÉREZ y FERRAJOLI, pero está presente en la definición de Balbi Calmet, autor peruano, y hemos decidido incluirlo en nuestro trabajo a fin de colaborar en la visualización de su importancia medular.



Estos artículos constitucionales, además, vienen respaldados a nivel internacional por el artículo 8.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA, establece:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

El artículo citado nos muestra las condiciones en las que debe darse el acceso a la justicia en los Estados que han suscrito el convenio, y el Paraguay, lo sabemos, es uno de ellos:

1. Dentro de un plazo razonable: recordemos que, al decir de Séneca, “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”; la mora judicial es una amenaza para el derecho de acceso a la justicia.
2. Por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial: no basta con que sea juez, debe reunir en sí los tres requisitos. Incluso podemos encontrarnos con autores que aseguran que la competencia hace también relación a su formación intelectual y cultural; que la verdadera independencia e imparcialidad sólo se puede alcanzar mediante una sólida formación académica y una amplia riqueza cultural.
3. Establecido con anterioridad por la ley: los tribunales *ad hoc* son intolerables en un Estado de Derecho y América Latina ya tiene sobrada experiencia con lo nocivo de los jueces escogidos a dedo para cada caso<sup>17</sup>.
4. Con las debidas garantías: la estructura organizacional del Estado debe lograr que el acceso a la justicia redunde en bienestar y seguridad jurídica para cada ciudadano en particular y para la sociedad en general. Nadie acude a las autoridades esperando que su situación empeore, lo hace buscando una solución satisfactoria a sus problemas. Este derecho implica un ámbito de protección material donde el Estado debe

---

<sup>17</sup> “Es una garantía que se ejerce tanto respecto del órgano ejecutivo como del legislativo, puesto que abarca desde el más evidente de la prohibición de tribunales creados de manera especial para juzgar determinados hechos, o el enjuiciamiento de los civiles por los tribunales militares, como ha ocurrido con frecuencia en las dictaduras latinoamericanas...” (GONZÁLEZ PÉREZ, 2001).

garantizar que las decisiones que se produzcan al final del procedimiento satisfagan el fin para el cual fue concebido.

## **b. El derecho al debido proceso**

Los artículos 16, 17, 22, 23 y 256 de la Constitución de la República del Paraguay contienen garantías fundamentales relacionadas con el debido proceso. Estos artículos establecen un marco legal sólido que protege los derechos de las personas involucradas en procedimientos legales y asegura que los procesos sean justos, transparentes y equitativos, cumpliendo con los principios fundamentales del debido proceso.

Es imposible condensar en una definición acabada lo que los diversos autores consultados entienden por el debido proceso. No obstante, atendiendo a la demarcación general que realizan y a la finalidad principal que le atribuyen, podemos reunir las principales caracterizaciones analizadas por estos autores y esbozar una modesta síntesis basándonos principalmente en las palabras de GORDILLO; siendo así, el debido proceso sería la exigencia de apego estricto a las formalidades y a los ritos procesales a fin de garantizar trato equitativo y justo a todas las partes y durante todas las etapas de los procesos judiciales. El mismo incluye el derecho a ser escuchado, a presentar pruebas y a recibir notificaciones adecuadas<sup>18</sup>.

En resumen, el debido proceso contribuye a asegurar la sujeción del Estado a las normas jurídicas por medio del cumplimiento cabal del derecho de forma, con el fin de hacer efectiva la defensa en juicio<sup>19</sup>.

Consideramos al debido proceso como un componente de la tutela jurisdiccional efectiva, atendiendo a la figura del juez garantista que pasa a ocupar un lugar de centralidad sustancial con la nueva Constitución de 1992. A nuestro entender, este

---

<sup>18</sup> “...supone el descargo y la prueba, la publicidad, la transparencia, la vista y el acceso irrestricto a las actuaciones, la motivación de los actos y el cumplimiento de los procedimientos especiales requeridos por la ley para determinados actos y decisiones.” (GORDILLO, 2010, Pág. 43)

<sup>19</sup> “La Corte Interamericana de Derechos Humanos puntualizó que el debido proceso se refiere al *“conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.”* (PARISI, 2014).



juez vigilante de las garantías constitucionales es el primer responsable por “lo debido” en el proceso, y la propia Constitución y las leyes le brindan las herramientas necesarias para ello.<sup>20</sup>

Por otro lado, existe una corriente de pensamiento que considera al debido proceso judicial, en sí mismo, como una garantía constitucional no enunciada<sup>21</sup>. Desde esta perspectiva, el debido proceso reuniría en sí mismo todos los caracteres que en párrafos anteriores hemos intentado describir como correspondientes a una garantía: supremacía, generalidad, irrenunciabilidad, intransferibilidad, unilateralidad, etc., sobre todo, por el hecho de ser condición y soporte para el goce y disfrute de los derechos<sup>22</sup>.

Bidart Campos, por ejemplo, analiza el debido proceso como una garantía de doble sentido: en sentido material, como el principio de razonabilidad y, en sentido formal, como rito legal de tramitación de procedimientos. Por el principio de razonabilidad los fundamentos de la sentencia son tan esenciales a la justicia como la resolución misma. Se requiere y se exige que la sentencia resulte fundada, que sea una derivación razonada del derecho vigente y que esté aplicada única y exclusivamente a los hechos efectivamente comprobados en la causa (Bidart Campos, 1984).

Podemos percatarnos de que este autor concibe el requisito de la fundamentación de la sentencia como un elemento característico del debido proceso. Tal vez sea por esto que el requisito de la fundamentación de la sentencia es menos frecuente en la caracterización de la tutela jurisdiccional efectiva, ya que la consideran implícita en otro derecho. Pero no pretendemos confundir con la acotación realizada, simplemente queremos dejar constancia de que nos hemos encontrado con ideas distintas a la nuestra.

---

<sup>20</sup> Pero no podemos ahondar en este tema aquí y tendremos que dejarlo para otro ensayo.

<sup>21</sup> Un amplio estudio sobre el Debido Proceso como una garantía constitucional en sí misma puede encontrarse en (GOZAÍNI, 2004) o un poco más resumido, pero con el mismo enfoque en (Gozaíni, 2002, Pág. 53-86).

<sup>22</sup> “...la garantía general del debido proceso legal implica una serie de subgarantías: a) las del acceso a la jurisdicción, b) las de las características que debe tener el proceso - larguísima en el Paraguay- y c) las que se refieren a las condiciones generales que debe satisfacer un acto de coacción dispuesto como consecuencia del proceso.” (NINO, 1992, Pág. 447).

De cualquier manera, el concepto del debido proceso constituye un pilar fundamental en la administración de justicia, garantizando trato equitativo y justo en todas las etapas de los procesos judiciales. El debido proceso no se limita únicamente a seguir formalidades, sino que abarca un conjunto de derechos que aseguran a las partes el derecho a ser escuchadas, presentar pruebas y recibir notificaciones adecuadas.

El hecho de que exista una perspectiva que considera que el debido proceso es en sí mismo una garantía constitucional refuerza su importancia y revela su carácter transversal en el sistema legal. Funciona como salvaguardia contra abusos de poder, asegurando que las personas tengan acceso a procesos justos y transparentes.

El debido proceso no solo implica formalidades, sino que abarca otra serie de elementos que, en su conjunto, garantizan la equidad y la justicia en los procesos judiciales. Cumple una función esencial en la protección de los derechos individuales y en el funcionamiento adecuado del sistema de justicia.

### **c. El derecho a una resolución fundada en las leyes vigentes**

El artículo 256 de la Constitución del 92 exige expresamente que las sentencias judiciales estén fundadas en la Constitución y en la ley; y varios son los artículos que directa o indirectamente exigen este requisito para la limitación de derechos a los ciudadanos.

A los jueces se les manda expresamente que fundamenten sus decisiones en las leyes vigentes y no se puede prescindir de esto. Podemos coincidir con Olsen GHIRARDI (1998) en que las acciones que los jueces ordenan por medio de sus fallos deben aparecer como acciones racionales, sustentadas en razones suficientes, y estas razones no son otra cosa que las leyes. Este autor afirma, además, que son tres las causales por las que las decisiones judiciales pueden ser vulnerables: a. Falta absoluta de motivación, incluida aquí también la motivación aparente; b. Motivación insuficiente, como aquella que no alcanza las bases mínimas exigidas por la racionalidad; y c. Motivación lógicamente defectuosa, como aquella que viola alguno de los principios lógicos requeridos, por ejemplo, el principio de no contradicción (GHIRARDI, 1998).

El artículo 15 del Código Procesal Civil Paraguayo, al enumerar los deberes de los jueces especifica, en el inciso b, cuáles son las decisiones judiciales que indefectiblemente deben estar fundados: "...fundar las resoluciones definitivas e



interlocutorias...”, se excluyen las providencias de mero trámite; determina, además, cuáles deben ser esos fundamentos y exige el respeto a la prelación de las normas: “...en la Constitución y en las leyes, conforme a la jerarquía de las normas vigentes y al principio de congruencia...”; y establece taxativamente cuál será la consecuencia de incumplir con este mandato: “...bajo pena de nulidad.”

Es indispensable que los jueces motiven sus decisiones para que así las partes puedan verificar que sus argumentos fueron debidamente tenidos en cuenta y que, con ello, se ha dado cumplimiento al derecho a ser oído; en este punto podemos señalar también la interrelación que existen entre los distintos elementos de la tutela jurisdiccional efectiva. No son derechos absolutamente secuenciados, es decir, que concluye uno y se inicia el otro, sino que se implican y se activan en simultáneo.

Por otro lado, de la regla práctica de que sólo se reclama aquello con lo que no se está conforme, salta a la vista que las partes sólo pueden hacer uso de su derecho de recurrir las decisiones si pueden individualizar con claridad aquellas partes del fallo que no se ajustan a derecho. Una fundamentación deficiente o totalmente ausente es lo que activa el derecho a recurrirlas. Es por ello que fundamentar una sentencia es tan importante como la decisión misma que encierra; dicho de otro modo, la decisión tomada en una sentencia sólo tendrá valor si las razones que la sostienen son suficientes y si existe una congruente fundamentación jurídica en ella<sup>23</sup>.

#### **d. El derecho a la eficacia de las resoluciones judiciales**

El último de los componentes derivados de la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho a que la decisión judicial sea llevada a cabo de manera efectiva, lo que implica la ejecución de la orden contenida en la sentencia emitida.

Sin embargo, no hemos podido encontrar ningún artículo constitucional que haga referencia implícita o explícita de este componente de la tutela jurisdiccional efectiva. A diferencia de los demás elementos que hemos descrito hasta este punto, la

---

<sup>23</sup> “Resulta lógico que el debido proceso no concluya con la sentencia misma, sino que abarque un decisorio razonado, basado en normas vigentes y que no pueda ser descalificado como acto jurisdiccional válido [...] El agotamiento del debido proceso debe abarcar la propia motivación y justificación de la sentencia que evite tornarla arbitraria privando a la parte incluso de ejercer su derecho recursivo de manera eficaz.” (PARISI, 2014).

Constitución Nacional no hace mención ni referencia alguna al derecho a la eficacia de la sentencia. Pero la coercibilidad que acompaña a la sentencia que ha alcanzado el estado de cosa juzgada implica necesariamente la posibilidad del uso de la fuerza para lograr su cumplimiento. Esta es la facultad cuyo monopolio se ha atribuido el Estado a cambio de la renuncia de los ciudadanos a hacer justicia por mano propia.

Pero, ¿cómo sustentamos este derecho si la misma Constitución Nacional no ha previsto garantía alguna para ello? Y la respuesta no puede ser otra que recurriendo al auxilio del artículo 45 de la Constitución Nacional. Este es un claro ejemplo de “derechos y garantías [...] que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella [la Constitución]”.

El derecho a la eficacia de la sentencia dictada implica que esta impone también deberes al juez y a todos aquellos que están llamados a ejecutar lo resuelto en la misma. Una sentencia eficaz conlleva arbitrar las medidas necesarias y oportunas para el estricto cumplimiento de lo dispuesto en ella, de lo contrario, no es más que una declaración de buenas prácticas.

El derecho al cumplimiento eficaz de lo resuelto en la sentencia judicial tiene todas las características necesarias para ser considerada como un derecho fundamental, sobre todo porque el ciudadano no puede hacerse justicia a sí mismo; doctrinariamente, porque ha renunciado a ello en favor del Estado y, materialmente, porque esto no sería más que venganza, intolerable en un estado de derecho.

Una sentencia judicial inoperante es igual de injusta y, quizá, más perjudicial que el mismo hecho que la motivó ya que para llegar a ella se ha tenido que soportar costas, tiempo y esfuerzo. Además, con ella se han agotado las instancias y ¿quién más podrá dar al justiciable lo que le corresponde si el mismo juez no lo ha podido hacer?

Este último componente de la tutela jurisdiccional efectiva asegura que las decisiones judiciales sean cumplidas de manera efectiva, que el derecho perturbado sea restablecido mediante el cumplimiento pleno de lo dispuesto en la sentencia. Y, si bien el elemento no está expresamente presente en el texto constitucional, encuentra su asidero y protección en el artículo 45 de la Constitución Nacional del año 1992.



## Aplicación de la tutela jurisdiccional efectiva en base al análisis de dos resoluciones judiciales

Traemos a colación dos resoluciones emanadas de distintos órganos jurisdiccionales, que consideramos, logran graficar perfectamente el concepto de tutela jurisdiccional efectiva que tratamos de abordar.

El primer caso trata sobre un futbolista y un club de fútbol que han celebrado un contrato de trabajo deportivo, el cual posteriormente ambas partes han decidido extinguir. En el marco del acuerdo rescisorio del contrato deportivo de trabajo, el club ha reconocido una deuda y se ha comprometido a pagar al futbolista una suma de dinero. Sin embargo, el club no ha cumplido con lo pactado por lo cual el jugador de fútbol ha entablado una demanda por Cumplimiento de Contrato en su contra, obteniendo resultado favorable en primera instancia. Lo cual fue recurrido por la parte demandada, y resuelto por el Acuerdo y Sentencia N° 10 de fecha 12 de abril de 2023, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de la Capital.<sup>24</sup>

En la resolución mencionada, el Tribunal<sup>25</sup> inicia su análisis tratando la cuestión de la competencia, explicando muy acertadamente que, a los efectos de definir la misma, son factores fundamentales: el contexto en el cual la acción es promovida, la naturaleza y el contenido de las pretensiones del accionante, así como la existencia o no de una relación jurídica previa entre las partes, anterior a los hechos que dan origen a la acción iniciada.

Menciona que es deber ineludible del órgano jurisdiccional hacer la calificación jurídica de las pretensiones incoadas por las partes, atendiendo a los hechos que se aducen como sustento de la acción y a los derechos que se reclaman por virtud de ella, independientemente de la invocación de normas o figuras jurídicas que hacen las partes.

---

<sup>24</sup> López Centurión, Diego O. c/Club Olimpia s/Cumplimiento de Contrato. Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción - Sala III. A. y S. 10 del 12/04/2023. Recuperado: <https://py.lejister.com> Cita: IJ-MVCLXXXIX-830.

<sup>25</sup> Integrado por los Magistrados María Mercedes Buongermini Palumbo, Verónica Velázquez de Ocampos y Neri E. Villalba Fernández.

Se establece, así, que el *nomen iuris* que las partes dan a su acción o a sus defensas no obliga al juzgador, quien, sin alterar el contenido intrínseco de las pretensiones, y basándose en los hechos que se invocan como sustento de tales pretensiones, debe siempre hacer la calificación correcta de las mismas, y su pertinente encuadre en la norma jurídica o instituto jurídico que se aplique al caso.

El Tribunal, al analizar los hechos a los efectos de determinar la competencia, menciona:

“El actor se encontraba relacionado al demandado por un contrato de empleo en situación de dependencia, que finalizó por un acto jurídico voluntario. Este acto jurídico de finalización de la relación laboral, como es lógico, comparte su naturaleza jurídica con el contrato al que pone fin. [...] Ordinariamente el empleo de una pretensión de naturaleza indemnizatoria importa una demanda de carácter civil, salvo que se sustenten un vínculo de temor especial. En efecto, aun cuando la pretensión sea pecuniaria e indemnizatoria, la competencia para entender el litigio debe considerar, necesariamente, la naturaleza de la relación jurídica que funge de causa pretende de la pretensión. Así pues, si se arguye la existencia de responsabilidad civil en una situación relacional, derivada de un incumplimiento, ya sea por caso fortuito o ya sea por culpa o dolor dicha responsabilidad debe analizarse siempre en el ámbito donde esa relación se sitúa: la relación jurídica negocial voluntaria y su eventual incumplimiento. La *causa pretendí* que habría dado origen a la acción aquí promovida, es claramente de carácter contractual laboral.”

Siguiendo con el análisis oficioso de la nulidad realizado por el Tribunal, se observa que el contrato que da origen a la acción es de naturaleza laboral. Y en ese sentido, teniendo en cuenta que la competencia en razón de la materia es de orden público y no puede ser prorrogada, el Tribunal asevera:

“La falta de competencia en razón de la materia para entender en este litigio configura un vicio relevante e insalvable y produce irremediablemente la nulidad del proceso; ahora bien, teniendo en cuenta que hemos definido que el fuero civil no es competente en la litis pero también hemos definido que el fuero laboral es el competente [...].”



En ese sentido, el Tribunal ha hecho una clarificante explicación<sup>26</sup> de la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de ejercer la tutela judicial efectiva, mencionando que:

“Esta norma permite mantener un cierto grado de validez de las actuaciones llevadas en juicio que, efectuadas ante otras jurisdicciones de distinta materia, hubieran debido hacerse en el fuero laboral. Así pues, debemos aquí hacer una interpretación sistémica e interdisciplinaria, en orden a cautelar, lo más posible los derechos de las partes, en particular el derecho al acceso a justicia, el cual ha sido consagrado tanto en nuestra Constitución de la República, art. 15, 16 y 17, como en tratados internacionales de derechos humanos, suscritos y ratificados por nuestro país, así, entre otros, el art. 8 de la Convención Interamericana, Pacto de San José de Costa Rica, el art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Asamblea de la OEA, y el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de la ONU, ambas suscritas y ratificadas por el Paraguay.”

Por lo cual, se resuelve de oficio anular todo el proceso a excepción de las actuaciones relacionadas a la forma en que ha quedado trabada la litis –demanda, notificación y su contestación–, declarar la incompetencia del fuero civil y comercial para entender en el juicio y disponer el envío del expediente al juzgado de primera instancia en lo laboral de turno, a fin de que la parte interesada pueda proseguir allí la tramitación de su acción, conforme las actuaciones no anuladas.

En el segundo caso, una trabajadora se encontraba desarrollando sus actividades laborales con normalidad cuando sufrió un accidente que le costó la vida. Posteriormente, los herederos demandan a la empresa empleadora por indemnización de daños y perjuicios ante un juzgado civil. El Juzgado declara de oficio la incompetencia en razón de la materia del mismo, y dispone que la parte accionante ocurra ante el Juzgado competente; y ordena el archivamiento del juicio.

---

<sup>26</sup> Voto emitido por la Magistrada Buongermini Palumbo, con adherencia de los Magistrados Velázquez de Ocampos y Villalba Fernández.

El Tribunal de Apelación Civil, Comercial y Laboral, Primera Sala de la Circunscripción Central mediante el A.I. N° 165 de fecha 28 de marzo de 2022<sup>27</sup> ha analizado la cuestión, mencionando los caracteres de la competencia jurisdiccional. Concluye que las circunstancias que impulsaron la demanda acontecieron en el marco de una relación laboral; es más, al momento del accidente la finada se encontraba cumpliendo funciones laborales; por lo cual, que el juicio siga su curso en el juzgado civil sería contrario a lo establecido en nuestra legislación vigente.

El Tribunal<sup>28</sup> también hace mención sobre qué ocurre una vez declarada la incompetencia. No obstante, menciona:

“¿Reitero la decisión de declararse incompetente con relación a la materia es correcta, ahora bien, cual es la consecuencia? Por lo general la incompetencia material, trae como consecuencia el archivo del mismo. ¿Cómo proceder al declararse incompetente un juez civil ante el proceso laboral? Sabido es que todo proceso de competencia laboral tiene reglas especiales diferentes al juicio civil, tanto es así que en materia de declaración de incompetencia de jueces de distinta jurisdicción conforme el artículo 51 del Código Procesal Laboral establece otra forma de actuar conforme a la incompetencia material a la acostumbrada en lo civil. [...] Como el caso en estudio hace hechos y pretensiones del fuero laboral, tal como lo declara la Aquo en forma correcta la declaración de incompetencia es lo jurídicamente aceptable. Esta situación nos remite al Código Procesal Laboral que nos detalla prístina que todo proceso iniciado ante jueces que no sean del fuero laboral, al declararse incompetente, debe continuar su tramitación en el fuero del trabajo con el procedimiento del Código Procesal Laboral. ¿Qué pasa de las actuaciones realizadas ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial? [...] Por lo que a los efectos de reencauzar el proceso corresponde que el Auto Interlocutorio sea confirmado parcialmente el punto 1. Siendo correcta la declaración de incompetencia, debiendo remitirse estos autos al fuero laboral

---

<sup>27</sup> González González, Rosisela c/García Cabrera, Rafael R. y Otros s/Indemnización de Daños y Perjuicios. Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de San Lorenzo - Sala Primera. A.I. 165 del 28/03/2022 Recuperado: <https://py.lejister.com> Cita: IJ-MMMCDLXXII-87.

<sup>28</sup> Integrado por los Magistrados Joel Melgarejo Allegretto, Helmut Fortlage y Ramón Ynsfrán.



correspondiente y en consecuencia revocar el punto 2 del A.I. N° 504 de fecha 05 de agosto de 2020.”<sup>29</sup>

Se explica de esa manera el sentido y alcance del art. 51 del C.P.T., el cual dispone que todo proceso iniciado ante jueces que no sean del fuero laboral, al declararse incompetente el órgano, debe continuar su tramitación en el fuero del trabajo. En ambos ejemplos, las acciones han sido promovidas en un juzgado incompetente en razón de la materia. Sin embargo, en función de la tutela jurisdiccional efectiva y a los efectos de precautar el acceso a justicia, los respectivos Tribunales, han optado por la salida procesal que proteja los derechos y garantías de los justiciables

La tutela judicial efectiva se materializa aquí al realizar una interpretación sistemática de las normas legales vigentes aplicables al caso<sup>30</sup> y remitir el expediente al juzgado competente en razón de la materia. En lugar de archivar el caso debido a la incompetencia, se prioriza la resolución del caso en sí. Esto significa que los justiciables tienen la oportunidad de que sus reclamaciones sean consideradas por el órgano jurisdiccional apropiado y que se evite la dilación innecesaria.

La aplicación del artículo 51 del C.P.T. en casos de competencia laboral en Paraguay respalda el principio de tutela judicial efectiva al asegurar que los litigantes tengan un acceso eficaz y sin obstáculos a la justicia, garantizando que sus casos se resuelvan de manera adecuada y en tiempo razonable. Este enfoque contribuye a la protección de los derechos de las partes y a la eficiencia del sistema judicial.

Se habla aquí de tutela jurisdiccional efectiva, debido a que en las relaciones laborales existe siempre una situación asimétrica entre los sujetos vinculados por ellas, que opera en el marco de un conjunto de reglas tuitivas para la parte más débil, que es el trabajador, y en las cuales se establecen una serie de normas de *ius cogens*, que

---

<sup>29</sup> Voto unánime de los miembros.

<sup>30</sup> El art. 7° del C.P.C. “Declaración de incompetencia. Toda demanda debe interponerse ante juez competente, y siempre que la exposición del actor resulte no ser de la competencia del juez ante quien se deduce, deberá dicho juez inhibirse de oficio, sin más actuaciones, mandando que el interesado ocurra ante quien corresponda, salvo lo establecido por los artículos 3° y 4°.” y el art. 51 del C.P.T. “Las cuestiones de competencia no suspenderán el trámite de la causa ni originan nulidad de procedimiento. Si las mismas prosperasen, las tramitaciones iniciadas ante jueces de distintas jurisdicciones deberán continuar en la del trabajo, adaptándose para la substanciación ulterior al procedimiento legislado en este Código”.

no pueden ser dejadas de lado por las partes; esto es, son irrenunciables; por lo cual, todo proceso de competencia laboral tiene reglas especiales diferentes al juicio civil.

### **Conclusión**

Una garantía no enunciada es también conocida como garantía implícita o garantía no escrita. Se refiere a derechos y protecciones que no están expresamente mencionados en el texto constitucional, pero que se derivan de su estructura, principios y valores fundamentales. Aunque no estén enumerados de manera explícita, estas garantías pueden ser inferidas a partir del contexto y de la interpretación sistémica de la Constitución.

Su existencia y reconocimiento se basan en que una Constitución no puede prever todas las situaciones y circunstancias futuras. Por lo tanto, los tribunales y los intérpretes constitucionales pueden reconocer y proteger los derechos y garantías que sean fundamentales para el sistema legal y para garantizar el cumplimiento de los valores democráticos y los derechos individuales, aun cuando ellas no hayan sido previstas específicamente en el texto constitucional.

La configuración de estas garantías se lleva a cabo a través de la interpretación constitucional realizada por los tribunales y los órganos judiciales. Estos tribunales pueden analizar el espíritu y los principios fundamentales de la Constitución para determinar si una situación concreta está en línea con los valores y derechos subyacentes, incluso si no se mencionan explícitamente.

La Tutela Jurisdiccional Efectiva es una garantía amplia y compleja, que no está enunciada en nuestra Constitución, pero tiene realidad patente en todos los procesos judiciales. Implica varios derechos fundamentales, como se ha visto, y sólo puede hacerse efectiva si tiene al juez como custodio.

El paradigma de juez garantista no sólo es coherente con el concepto de tutela jurisdiccional efectiva, sino que es absolutamente necesario para su concreción en los procesos judiciales y es de importancia medular en el Estado de Derecho Constitucional que se configura a partir de la Constitución Nacional de 1992 en el Paraguay.

Como hemos podido observar, los elementos de la tutela jurisdiccional efectiva descritos guardan estrecha interrelación entre sí e implican una secuencialidad



creciente. Juntos apuntan a brindar a las personas una administración satisfactoria de justicia; pero satisfactoria no el sentido de obtener exactamente lo pretendido, sino en el sentido de que, a pesar de no haber obtenido todo lo pretendido, no sea posible encontrar incongruencias o defectos, ni en la sentencia ni en lo sentenciado.

La tutela jurisdiccional efectiva es uno de los pilares fundamentales de la administración de justicia. Es la tutela que asiste al ciudadano en su derecho a peticionar ante el Estado para que le sea administrada la justicia; es la tutela que se materializa en un celo irrestricto por las formalidades del rito procesal haciendo posible, de esta manera, el debido proceso; es la tutela que exige que las decisiones judiciales sean tomadas con base en las leyes vigentes; y, por último, es la tutela que resguarda una efectiva ejecución de la sentencia recaída, efectiva para todas las partes. Podemos afirmar, incluso, que de esta tutela depende en gran medida la concreción del Estado republicano y democrático de derecho.

## Bibliografía

BALBI CALMET, J. (2018). La Tutela Efectiva en la Ejecución de Sentencias Constitucionales y la Represión de Actos Homogéneos. In *Debido proceso* (pp. 109-122). Jusbaire Editorial. <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2019/07/debido-proceso.pdf>

CAMACHO, E. (2004). Las Garantías Constitucionales: Una perspectiva procesal constitucional. In *Garantías Constitucionales: Apuntes Doctrinarios, Legislación Aplicable y Jurisprudencia Nacional*. (pp. 13-37). Centro Interdisciplinario de Derecho Social y Economía Política (CIDSEP). [https://www.pj.gov.py/ebook/libros\\_files/Garantias\\_Constitucionales.pdf](https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Garantias_Constitucionales.pdf)

CAYUZO, S. (1999). La aplicación del principio de razonabilidad y las limitaciones a los derechos fundamentales. *VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, 6(6), 384-400. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3219/3042>

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M. (2021). Garantías constitucionales de la Jurisdicción española. In M. d. P. Martín Ríos (Ed.), *La administración de justicia en España y en América: José Martín Ostos (Liber Amicorum)*. Astigi Editorial.

<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/132213/garantias%20constitucionales%20de%20la%20jurisdiccion%20espa%C3%B1ola.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

COUTURE, E. J. (1989). *Estudios de derecho procesal civil. El juez, las partes y el proceso*. Ediciones Depalma.

FERRAJOLI, L. (1999). *Garanzie. Parolechiave*, 19, 39-46. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-Garantias-174825%20(1).pdf

GHIRARDI, O. (1999). La Estructura Lógica del Razonamiento Judicial. *Revista peruana de derecho procesal*, (3), 473-491. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7792403.pdf>

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2001). *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*. Editorial Aranzadi.

GORDILLO, A. (2010). *Tratado de derecho administrativo: el procedimiento administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo.

GOZAÍNI, O. A. (2002). El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional. *Cuestiones Constitucionales*, 7, 53-86. <https://www.redalyc.org/pdf/885/88500702.pdf>

GOZAÍNI, O. A. (2004). *El Debido Proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires. <https://gozaini.com/wp-content/uploads/2018/07/Debido-proceso.pdf>

IBACETA MEDINA, D. (2014, marzo). Breves ideas acerca del reforzamiento de las acciones constitucionales. *Revista De Derecho Público*, 167-171. <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i0.31686>

KÖHN GALLARDO, M. A. (2016). Principios y Garantías Constitucionales en el Proceso Penal: Una visión desde el Estado Social de Derecho y la Dignidad Humana. *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Asunción*, (2016), 223-242. <http://www.der.una.py/application/files/6115/6754/0824/20181212-revista-academica-facultad-de-derecho-una-2016.pdf>

MELGAREJO ALLEGRETTO, J. D. (2013). *Esfuerzos por comprender la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso*. MARBEN S.A.



NINO, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Astrea.

PARISI, N. S. (2014). *El ABC del debido proceso. Epígrafe de cuestiones fundamentales*. <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/procesal/Nestor-PARISI-Debido-Proceso-Legal-1.pdf>

SAGÜÉS, N. P. (2007). Producción de Pruebas y Medidas Precautorias de Oficio en la Acción de Amparo Ambiental: Activismo Versus Garantismo. In *Comentario a la Constitución - Tomo III Homenaje al Décimo Quinto Aniversario* (pp. 685-703). División de Investigación, Legislación y Publicaciones (CIEJ).

VIGO, R. L. (2012). Derecho y moral en el estado de derecho constitucional. *Prudentia Iuris*, 74, 57-78. <https://core.ac.uk/download/pdf/32622681.pdf>



## DOBLE COMPETENCIA EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCENTRADO

### *Un problema persistente*

Nicolas R. Gaona Irún\*

#### Resumen

La premisa estudiada en este ensayo se construye a partir de la idea de que la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional son órganos creados por la Constitución y ambos ejercen control constitucional. Este ensayo pretende exponer el problema y llamar la atención sobre esta doble competencia. En realidad, el tema no es nuevo, ya que este el mismo ya había sido destacado en más de una ocasión por el constitucionalista paraguayo Don Juan Carlos Mendonça. La novedad, en el caso de esta presentación, la constituye la solución que se propone. El control de constitucionalidad se regula a través de tres normas, dos de ellas programáticas, ya que requieren ley reglamentaria para su materialización a través de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, la tercera, al ser operativa, se encuentra regulada por la Sala Constitucional. Esta doble competencia, si bien parece haber sido resuelta a través de la legislación que organiza el funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia, la así llamada ley 609 de 1995, ciertamente la organiza limitando la competencia de la Corte Suprema de Justicia, otorgando competencia exclusiva a la Sala Constitucional, tanto en el ámbito jurisdiccional como administrativo, y en todos los casos el único órgano competente para controlar la constitucionalidad es la Sala Constitucional. Una forma

---

\* Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional-Sede Central. Asunción-Paraguay. Doctor en derecho. Profesor Adjunto de la materia Análisis de Jurisprudencia II.



de ver la solución al problema de la doble competencia para el control constitucional es continuar con la posición actual, que impide al ciudadano acceder a dicho control a través de la Corte Suprema de Justicia y, por otro, habilitar una vía de acceso jurisdiccional directa a la Corte Suprema de Justicia, a elección del ciudadano. De persistir la fórmula actual, con la Sala Constitucional como único tribunal competente, extensible al pleno de la Corte Suprema de Justicia a criterio de los Ministros, se desconocería un derecho constitucional y se incumpliría un deber.

**Palabras clave:** *Competencia, corte suprema de justicia, sala constitucional, principios de supremacía y jerarquía constitucional.*

### **Abstract**

*The premise studied in this essay is built from the idea that the Supreme Court of Justice and the Constitutional Chamber are bodies created by the Constitution and both exercise constitutional control. This essay aims to expose the problem and draw attention to this double competence. The issue is actually not new, since this issue had already been highlighted on more than one occasion by the Paraguayan Constitutionalist Don Juan Carlos Mendonça. The novelty, in the case of this presentation, is constituted by the solution that is proposed. The control of constitutionality is regulated through three norms, two of them programmatic since they require regulatory law for their materialization through the Supreme Court of Justice, however, the third, being operational, is regulated by the Constitutional Chamber. This double jurisdiction, although it appears to have been resolved through the legislation that organizes the functioning of the Supreme Court of Justice, through the called ley 609 of 1995, certainly organizes it by limiting the jurisdiction of the Supreme Court of Justice, granting sole jurisdiction to the Chamber. Constitutional, both jurisdictionally and administratively, since in all cases the only body competent to control constitutionality is the Constitutional Chamber. One way of seeing the solution to the problem of dual jurisdiction for constitutional control is to continue with the current position, which prevents the citizen from accessing said control through the Supreme Court of Justice and, on the other, enabling a means of direct jurisdictional access to the Supreme Court of Justice, at the citizen's choice. If the current formula persists, with the Constitutional Chamber as the only competent court, extendable to the plenary session of the Supreme Court*

*of Justice at the discretion of the Ministers, a constitutional right would be ignored and a duty would be breached.*

**Keywords:** *Jurisdiction, supreme court of justice, constitutional court, principles of supremacy and constitutional hierarchy.*

“Como toda norma, también la Constitución puede ser violada por aquellos que deben cumplirla”<sup>1</sup>.

## I. Introducción

El presente ensayo pretende exponer aquellos defectos estructurales del sistema de control constitucional paraguayo, devenidos a consecuencia de que la misma Constitución establece que conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad son competencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala Constitucional.

Tampoco escapa a esta problemática la legislación que rodea al sistema de control constitucional concentrado que consagra nuestra Constitución; en particular a la ley 609 de 1995 que organiza el funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia y la ley 1337/1988, que establece el procedimiento para el control sea por vía de acción o de excepción.

---

<sup>1</sup> HANS Kelsen: “¿QUIEN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN?”. Estudio preliminar de GUILLERMO GASÍÓ. Traducción y notas de Roberto J. Brie. Supervisión Técnica de Eugenio Bulygin. Editorial Tecnos. Clásicos del Pensamiento. Director Antonio Truyol y Serra. Segunda edición. 1ra. edición año 1995. Segunda edición año, 1999. Pág. 3. Textualmente: “Como toda norma, también la Constitución puede ser violada sólo por aquellos que deben cumplirla”.



La idea de “defectos estructurales”<sup>2</sup> tomada en cuenta para señalar la incompatibilidad entre la estructura constitucional y la legal está tomada a las lecturas de Jean Viet con total libertad por parte del autor de estas líneas<sup>3</sup>.

Tal como lo señala el sociólogo y antropólogo francés Roger Bastide al respecto del concepto de estructura y sus diversas interpretaciones: “[...] sea cual fuese la disciplina en la que se la aplique y agrega: tal acuerdo desaparece apenas se intenta precisar las cosas un poco más ¿es la estructura una entidad real o una mera ficción? ¿una propiedad del objeto o una construcción del sujeto? ¿es estática o dinámica, sincrónica o diacrónica?”<sup>4</sup>.

De las nociones de “estructura” —estructuras jurídicas conformadas a partir de un orden jurídico— se infieren y surgen las consecuencias que se enuncian en el presente ensayo, pues se comparan estructuras normativas constitucionales y legales, y son esas las bases en la elaboración de las respectivas conclusiones.

En efecto, se entiende con el autor citado que la estructura del sistema es concebida como normativa y fundamenta el modelo de comparación con la otra estructura,

---

<sup>2</sup> Se aclara que el autor de este ensayo se entiende bastante influido desde la lectura de: “LOS MÉTODOS ESTRUCTURALISTAS EN LAS CIENCIAS SOCIALES” del citado Jean Viet, quien desarrolla una peculiar concepción de los usos dados en las ciencias sociales al término estructura; y por cierto tampoco tiene que ver con las ideas de estructura y superestructura desarrolladas por el gran filósofo alemán Carlos Marx: desde que en este autor, parece ser que lo que es estructura es entendida en primer término como económica y sobre ella la superestructura dentro del conjunto de relaciones culturales entre las cuales se encuentra el derecho.

<sup>3</sup> MASCITELLI ED. ERNESTO: Diccionario de términos marxistas. Traducción: Elena de Grau. De la Edición Vangelista Editore, Milán, 1977. Impreso en México. Editorial Grijalbo S.A. 1985. Pág. 145 y sgtes. “Estructura y superestructura. La estructura económica es definida por Marx como el conjunto de las relaciones de producción que corresponden a un determinado grado de desarrollo de las fuerzas productivas materiales de la sociedad [...] En segundo lugar, pertenecen a la superestructura todas las manifestaciones culturales, artísticas, religiosas, filosóficas, morales y en general todas las ideas que los hombres elaboran con su reflexión.”

<sup>4</sup> BASTIDE, R; *Sens et Usages du Terme Structure dans les Sciences Humaines et Sociales, Janua Linguarum, Studia Memoriae Nicolai Van Wijk Dedicata*, 1972, Mouton, La Hage/Paris, Págs. 15 y 19.

también normativa. Desde esta perspectiva, como lo diría el mismo Jean Viet<sup>5</sup>, un cambio en cualquiera de las partes de dicha estructura supone un cambio en el todo y, consecuentemente, una transformación. En segundo lugar, que todo modelo pertenece a un grupo de transformaciones, en tercer lugar, que las mismas permiten atribuir a dicho modelo estructural, ahora transformado, el prever un modo en que habrá de reaccionar el modelo para el caso de que sus elementos se modifiquen y, por último, que al ser construido el modelo éste debe responder durante su funcionamiento y dar cuenta de todos los hechos que pretende prever<sup>6</sup>.

Es así como se estima en el presente ensayo; de cómo se vuelven funcionales un conjunto de estructuras normativas superpuestas cronológicamente, que se pretende sean partes de un rompecabezas cuyas piezas deben concordar y armonizar dos estructuras, por un lado, la normativa constitucional y, por el otro, las estructuras legales —e incluso no legales sino reglamentarias— que son su consecuencia.

Un poco a partir la idea de Blaise Pascal quien sugiere que: “Las partes del mundo, tienen todas tal relación y tal encadenamiento una con otra que creo imposible conocer a una sin la otra y sin el todo [...]”<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup>VIET JEAN: Los métodos estructuralistas en las ciencias sociales. Amorrortu editores Bs. As. Primera edición en francés, 1965; segunda edición, 1967 Primera edición en castellano, 1970; segunda edición, 1973. Traducción MANUEL LAMANA. Pág. 11.

<sup>6</sup> VIET JEAN: Los métodos estructuralistas en las ciencias sociales. Amorrortu editores Bs. As. Primera edición en francés, 1965; segunda edición, 1967 Primera edición en castellano, 1970; segunda edición, 1973. Traducción MANUEL LAMANA. “ESTRUCTURA Y MODELO: Definida de una manera muy general, la estructura evoca directamente al modelo, siempre y cuando se tome conciencia, con C. Levi-Strauss, de las condiciones que aquel a su vez debe satisfacer: En primer lugar, un modelo ofrece un carácter de sistema. Consiste en elementos tales que una modificación cualquiera de uno de ellos acarrea una modificación de todos los otros. En segundo lugar, todo modelo pertenece a un grupo de transformaciones, cada una de las cuales corresponde a un modelo de la misma familia, de tal manera que el conjunto de estas transformaciones constituye un grupo de modelos.

En tercer lugar, las propiedades indicadas más arriba permiten prever de qué reaccionará el modelo, en caso de que uno de esos elementos se modifique.

Finalmente, el modelo debe ser construido en forma tal que su funcionamiento pueda dar cuenta de todos los hechos observados. (105, Pág. 306)

<sup>7</sup>PASCAL BLAISE: Pensamientos. Ediciones Orbis S.A. Hyspamerica. TRADUCCIÓN DE JUNA DOMINGUEZ BERRUETA. Prólogo de Manuel Fuentes Benot. Impreso en Argentina. 1984. Pag. 51.



En gran medida y con esta orientación, tal vez, consiga además integrarse a los presupuestos de análisis de la cuestión propuesta desde la visión de “La teoría general del Derecho” del jurista italiano, Norberto Bobbio y dentro de ella la comprensión de una “teoría del ordenamiento jurídico”, en específico desde una perspectiva complementaria con la existencia de un ordenamiento, y de este ordenamiento como sistema y este sistema como estructura.

Como ya lo expresamos anteriormente, en el presente ensayo surge la necesidad de la comparación de dos estructuras normativas y dos sistemas normativos, en los que predomina el constitucional dando origen al problema de la doble competencia según los artículos 132, 259 Inciso 5 y 260 de la Constitución y las leyes 609/1995 y 1337/1988, procesal civil.

Dicha doble competencia debe considerarse desde la perspectiva de que nuestro ordenamiento constitucional consagra el sistema de control constitucional concentrado; y concentrado en el sentido de haberse determinado constitucionalmente que dicho control está confiado a un órgano jurisdiccional especializado como sin duda lo es la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano del Poder Judicial.

El jurista Norberto Bobbio señala que desde Hans Kelsen la situación de las normas incompatibles entre sí (antinomias) es una dificultad tradicional, a la que se han enfrentado los juristas de todos los tiempos<sup>8</sup>; y enseña que conforme con una de las tesis el derecho no admite antinomias; desde la perspectiva del mismo autor se indica que la antinomia es una situación en que se encuentran dos normas, una de las

---

El hombre, por ejemplo, tiene relación con todo lo que él conoce. Tiene necesidad de lugar para contenerle, de tiempo para durar, de movimiento para vivir, de elementos para componerle, de calor y de alimentos para nutrir (le), de aire para respirar; él ve la luz, siente los cuerpos; en fin, todo cae bajo su alianza. Es preciso, por lo tanto, para conocer al hombre, saber de dónde viene, que tiene necesidad de aire para subsistir; y para conocer el aire, saber por dónde se relaciona con la vida del hombre, etc. La llama no subsiste sin el aire; por consiguiente, para conocer el uno es preciso conocer el otro. Por consiguiente, siendo todas las cosas causadas y causantes, ayudadas y ayudantes, mediatas e inmediatas, y manteniéndose todas por un lazo natural e insensible que liga las más alejadas y las más diferentes, yo tengo por imposible conocer las partes sin conocer el todo, así como conocer el todo sin conocer particularmente las partes.

<sup>8</sup> BOBBIO NORBERTO: Teoría general del Derecho Quinta edición revisada. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 2016. TRADUCCIÓN: JORGE GUERRERO R. Pág. 177 a 189.

cuales prohíbe y otra que lo permite<sup>9</sup>, con la nota de que las dos normas deben pertenecer a un mismo ordenamiento y las dos deben tener un mismo ámbito de validez.

Ahora bien, ¿nos encontramos en presencia de normas incompatibles o en presencia de normas que regulan un sólo órgano?

En el primer caso la incompatibilidad resulta por consecuencia, como bien lo explica la doctrina, respecto de la competencia exclusiva y excluyente de la Corte Suprema de Justicia de poder declarar la inconstitucionalidad; y porque además no se la atribuye a ningún otro órgano<sup>10</sup>, salvo que la Sala Constitucional sea considerada “otro órgano”; o al revés, que este otro órgano sea extensión del primero y en consecuencia implique en realidad se trata de un solo órgano funcionalmente determinado.

En abono de que la Corte Suprema de Justicia es un órgano exclusivo para el control de constitucionalidad, se pronuncia también el Constitucionalista Luis Lezcano Claude, quien aporta a la doctrina constitucional nativa la idea de un sistema de control constitucional jurisdiccional, aunque de carácter mixto<sup>11</sup>.

Consecuentemente, en el presente trabajo no nos encontramos frente a dos normas del mismo rango cuyos caracteres advierten sobre una antinomia, en el sentido que una de ellas dice que sí y la otra dice que no, y viceversa; sino ante la interrogante

---

<sup>9</sup> BOBBIO NORBERTO: Teoría general del Derecho Quinta edición revisada. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 2016. TRADUCCIÓN: JORGE GUERRERO R. Pag. 181.

<sup>10</sup> MENDONÇA JUAN CARLOS: La garantía de inconstitucionalidad. Asunción-Paraguay. Edición al cuidado del autor. Impreso en la Editora Litocolor SRL. Asunción-Paraguay. Año 2000. Pág.20. “Esa exclusividad no surge sólo de la circunstancia que la Constitución atribuye a la Corte Suprema de Justicia la facultad de declarar la inconstitucionalidad, sino, además, de la circunstancia de que no le atribuye esa facultad a ningún otro órgano. Y entonces es de aplicación el principio de legalidad, de acuerdo con el cual a los órganos del Estado les será prohibido lo que no les está expresamente permitido por la ley.”

<sup>11</sup> LEZCANO CLAUDE LUIS: El control de constitucionalidad en el Paraguay. Editorial La Ley Paraguaya. Año 2000. Pag. 25 y Sgtes. “Como se puede apreciar, el tipo de control de constitucionalidad adoptado es el jurisdiccional. Sin embargo, el mismo no puede ser encuadrado dentro de ninguna de las dos variantes que presenta el control jurisdiccional. En efecto, toma elementos tanto del control descentralizado o difuso, como del control concentrado o centralizado. Podemos afirmar, pues, que es de carácter jurisdiccional, pero en cuanto a los sistemas que éste comprende, puede ser calificado como mixto o ecléctico, por las razones ya señaladas.”



de si el carácter concentrado del sistema de control constitucionalidad se mantiene a pesar de haberse repartido la competencia entre dos órganos, sea la Corte Suprema de Justicia o la Sala Constitucional.

En este punto es importante enfatizar que la nomenclatura Corte Suprema de Justicia, de los artículos 132, 259 inciso 5, y Sala Constitucional se distinguen con precisión y parece claro que en relación con el control de constitucionalidad no existe divergencia normativa que la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional son competentes para el control de constitucionalidad; parece forzoso concluir que la Corte Suprema de Justicia, como es una institución autónoma y al igual que la Sala Constitucional, y de ser esto así, al ciudadano le asiste el derecho de optar por una u otra vía.

Sin embargo, a pesar de estas circunstancias, le es negada al ciudadano toda posibilidad, pese a que las disposiciones citadas lo amparan; carece de opciones administrativas que la vuelvan materialmente operativa y el planteamiento respectivo se lo puede hacer únicamente a través de la Sala Constitucional y no de la Corte Suprema de Justicia como institución jurisdiccional.

En la raíz del problema radica la ley 609/1995, la que con el argumento de organizar el funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia priva a ésta de su principal función, consistente en controlar la constitucionalidad de actos normativos de carácter general y particular.

Como queda dicho desde el párrafo anterior, se ha pretendido una compaginación legislativa derivada de las normas constitucionales citadas; la cronología de su puesta en vigencia así lo muestra en orden, desde el libro IV del Código Procesal Civil del año 1988 y la ley 609 del año 1995.

La búsqueda de la compatibilización entre la ley y la Constitución forma parte de las continuas advertencias expresadas en sus varias publicaciones por el ya desaparecido Don Juan Carlos Mendonça.

## **II. DESARROLLO. Los antecedentes constitucionales.**

La historia del Paraguay constitucional, podríamos considerar, se inicia con la Constitución de Don Carlos A. López en 1844. Se afirma que: “esta ley es llamada también Constitución de Don Carlos Antonio López, dado que él fue quien redactó su

proyecto y el respectivo mensaje, dirigido al Congreso reunido en Asunción, en la sede del antiguo Cabildo, a principios del año 1844”.<sup>12</sup> ; la que es seguida por la Constitución de la República del Paraguay sancionada por la Honorable Convención Constituyente en sesión del 18 de noviembre de 1870, luego de la guerra del Paraguay contra la Triple Alianza de Uruguay Argentina y Brasil.

Comenta Juan Carlos Mendonça<sup>13</sup> un detalle curioso advertido por Efraín Cardozo respecto de la caducidad de la Constitución de don Carlos, pues según Cardozo: “Nadie declaró la caducidad de la Constitución de 1844, pero evidentemente el régimen que la creó había perecido en la derrota”.<sup>14</sup>

Esta Constitución de 1870, nos enseña Juan Carlos Mendonça, se mantuvo vigente hasta el la Carta Política de 1940 que fuera impuesta por Decreto Ley N° 2.242 del 10 de julio de ese mismo año, suscrito por el entonces Presidente de la República, Mariscal José Félix Estigarribia, y por sus Ministros, Alejandro Marín Iglesias, E. Torreani Viera, Tomas A. Salomoni, Justo Pastor Benítez, Salvador Villagra Maffiodo, F. Sculiers, Pablo M. Ynsfrán, Higinio Morínigo M. y Ricardo Odriosola. Entró en vigencia en aquella misma fecha y fue sometida a plebiscito el 4 de agosto de 1940.

En el año 1967 se llamó a la elaboración de una nueva Constitución que reemplazase a la Carta política de 1940, bajo el Gobierno del General Alfredo Stroessner quien concurrió como invitado a la Convención Nacional Constituyente que culminó sus trabajos en la tarde del 25 de agosto de ese mismo año, es decir de 1967, esta Carta

---

<sup>12</sup> MENDONÇA JUAN CARLOS: Constituciones de la república del Paraguay; constituciones de 1844, 1870, 1940 y 1967 índices general y analítico. Tercera edición. Edición dirigida y corregida por JUAN CARLOS MENDONÇA. Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” Centro de Publicaciones. Asunción-Paraguay. 1991. Tercera edición.

<sup>13</sup> JUAN CARLOS MENDONÇA DANIEL MENDONÇA: Breve historia del constitucionalismo paraguayo. Del Estado independiente al Estado social de derecho. Centro de Estudios Constitucionales. Intercontinental Editora. Año 2011. Pag. 20.

<sup>14</sup> JUAN CARLOS MENDONÇA DANIEL MENDONÇA: Breve historia del constitucionalismo paraguayo. Del Estado independiente al Estado social de derecho. Centro de Estudios Constitucionales. Intercontinental Editora. Año 2011.



Constitucional fue substituida por la Constitución del 20 de junio de 1992, actualmente en vigor<sup>15</sup>.

La Constitución de 1992 establece que el Poder Judicial “interpreta, cumple y hace cumplir la Constitución”, según el artículo 247, y le está denegado a cualquier otro órgano tal facultad, pues esta función es exclusiva y excluyente.

La Constitución de la República regula en su Parte I, Título II las garantías constitucionales y en función de los principios de supremacía y jerarquía establece a la Constitución en la categoría más alta, de lo que derivan aquellas relaciones de subordinación que van de la norma jurídica, la unidad del ordenamiento, su pretendida coherencia y plenitud y las relaciones de subordinación<sup>16</sup> en su faz interna al interior de la república, de acuerdo con el artículo 137.

Desde la función<sup>17</sup> ordenadora de la constitución, se derivan diversos sistemas normativos de orden jerárquico inferior a la misma.

Los principios de supremacía y jerarquía constitucionales en función al Poder Judicial no siempre estuvieron incorporados a la constitución. Estos principios son esenciales, porque mismos aseguran la funcionalidad del sistema mediante la compatibilidad vertical y horizontal de las normas<sup>18</sup>; pues las inferiores deben adecuarse a las superiores y las de igual nivel no pueden contradecirse en razón que siempre existe otra superior que decide el conflicto.

<sup>15</sup> JUAN CARLOS MENDONÇA DANIEL MENDONÇA: Breve historia del constitucionalismo paraguayo. Del Estado independiente al Estado social de derecho. Centro de Estudios Constitucionales. Intercontinental Editora. Año 2011.

<sup>16</sup> BOBBIO NORBERTO: Teoría general del Derecho Quinta edición revisada. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 2016. TRADUCCIÓN: JORGE GUERRERO R.

<sup>17</sup> Capítulo III. DEL PODER JUDICIAL. Sección I. De las disposiciones generales. Artículo 247. 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.

<sup>18</sup> QUIROGA LAVIÉ HUMBERTO: Derecho constitucional. 3ra. Edición, actualizada. Primera edición 1978; reimpresión 1984; 2da. edición 1987. Ediciones Depalma Buenos Aires 1993. Pág. 405 y sgtes.

En el caso de la denominada “LEY QUE ESTABLECE LA ADMINISTRACIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY, Y DEMÁS QUE EN ELLA SE CONTIENE”, del año 1844 no son mencionados tales principios, ni tampoco el poder judicial como uno de los poderes del estado en la clásica formulación tripartita de los poderes, en ejecutivo legislativo y judicial.

En la Constitución de 1870, sin embargo, se instituye, desde su Capítulo XIV, artículos 110 y siguientes, que la organización del Poder Judicial puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso y que su potestad es exclusiva en función a dicha organización con la denominación de Superior Tribunal, sin mencionar expresamente que el sistema se organice en función a los principios de supremacía y jerarquía en forma expresa, sino que esas cualidades se desprenden del propio sistema normativo constitucional.

Parecidas estimaciones se observan de la Carta Política de 1940; tampoco se advierte que el Poder Judicial, posea una estructura funcional y orgánica supeditada a tales principios; aunque queda claro que el Poder Judicial de la República es ejercido por la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales y juzgados inferiores que establezca la ley.

Con la Constitución del año 1967, específicamente desde el inicio de su artículo 193, se conforma el Poder Judicial con su expresión material en una Corte Suprema de Justicia de no menos de cinco miembros, y con los Tribunales y Juzgados que establezca la ley; se le otorgan las facultades de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y la inaplicabilidad de las “disposiciones contrarias a esta constitución, [...]”, acorde con el 200<sup>19</sup> por el cual se consagra que el único órgano con facultades para declarar la inconstitucionalidad de las leyes es el Poder Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia bajo las reglas de un sistema de control constitucional

---

<sup>19</sup> Constitución de 1967. Artículo 200. La Corte Suprema de Justicia tendrá facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución, en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso. El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Corte Suprema de Justicia, y por excepción en cualquier instancia, y se elevarán sus antecedentes a dicha Corte. El incidente no suspenderá el juicio, que proseguirá hasta el estado de sentencia.



concentrado, posteriormente replicado, aunque con mayor precisión normativa, en la Constitución del año 1992.

Tampoco en la Constitución de 1967 ni en la posterior reforma de 1977 se altera la técnica normativa, y no son mencionados ni una sola vez los principios de supremacía y jerarquía, los que, al contrario, sí son expresamente insertos en la Constitución del año 1992, en su artículo 137; se declara allí que la Constitución es la ley suprema de la República y que ella, así como los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.

De esta manera se subraya la función y la composición del poder judicial, en la forma en que lo establecen la Constitución y la ley; en un sentido exclusivo que como estructura obliga a la ley a reflejar determinados rasgos que a su vez se deben corresponder con propiedades o características de la misma ley, porque lo dice la Constitución y por una continua correspondencia recíproca “de las partes al conjunto y del conjunto a las partes” con la que se integra dicha función del poder judicial.

Podemos afirmar que de esta fidelidad depende la funcionalidad del sistema, pues en lo esencial las normas que no se encuentran en el mismo nivel no pueden ser incoherentes o contradecirse las unas con las otras del mismo nivel ni con aquellas del nivel superior que les han dado origen.

En resumen: “Todo ordenamiento tiene una norma fundamental, y esta norma les da unidad a todas las otras normas; eso, hace de las normas dispersas y de distinta procedencia un conjunto unitario, que se puede denominar justamente ordenamiento.”<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> BOBBIO NORBERTO: Teoría general del Derecho Quinta edición revisada. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 2016. TRADUCCIÓN: JORGE GUERRERO R. Pág. 155.

### III. NOCIONES DE ESTRUCTURA Y MODELO como criterios de comparación

De acuerdo con la idea de que la “estructura” obedece a un “diseño”, según las observaciones del constitucionalista Daniel Mendonça<sup>21</sup>, las normas contenidas en el conjunto sistemático llamado Constitución (sistema normativo) es lo que establece la forma en que se resolverá la coherencia dentro del sistema creado por ella; aquellas normas no compatibilizadas deberán ser sometidas a las reglas bajo las cuales operan las pautas de eliminación de antinomias y, de esta manera, igualmente comprometidas las fórmulas de eliminación para aquellas de diferente nivel –jerárquicas–, de igual nivel sucesivas en el tiempo, y el caso de normas de un mismo nivel contemporáneas a la promulgación de un código, o de una recopilación, o de una ley que regula toda una materia<sup>22</sup>.

La estructura en este sentido no es más que un método; método con el cual se enfoca la atención en que los sistemas normativos interactúan entre sí dentro de un nivel, este nivel también en el caso de nuestro ordenamiento jurídico positivo registra bajo los principios de supremacía y jerarquía constitucional una relación y una interacción normativa de abajo a arriba –como deberes legislativos– y de arriba abajo –como derechos<sup>23</sup>, derechos constitucionales y normas legales, que tienen un punto de inflexión de afinidad o coincidencia, o se hallan en un conjunto de relaciones.

---

<sup>21</sup> MENDONÇA DANIEL: La máquina de gobernar. Ingeniería constitucional y gobernabilidad democrática. Intercontinental Editora. Primera edición. Año 2004. Impreso en Asunción-Paraguay. “De acuerdo con una original analogía, las constituciones se asemejan a diseños de máquinas o aparatos, es decir, a bosquejos de mecanismos que deben funcionar y producir algo.” Pág. 17.

<sup>22</sup> BOBBIO NORBERTO: Teoría general del Derecho Quinta edición revisada. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 2016. TRADUCCION: JORGE GUERRERO R. Págs. 199 a 200.

<sup>23</sup> BOBBIO NORBERTO: Teoría general del Derecho Quinta edición revisada. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 2016. TRADUCCION: JORGE GUERRERO R. Págs. 154 y Sgtes.: “60. ELABORACIÓN GRADUAL DEL ORDENAMIENTO. La complejidad del ordenamiento, sobre la cual ha hemos llamado la atención, no excluye su unidad. No podríamos hablar de ordenamiento jurídico si no lo consideramos como algo unitario. Es fácilmente comprensible que un ordenamiento simple sea unitario, es decir, que sus normas provengan de una sola fuente. Pero que un ordenamiento complejo sea unitario, es algo que se debe explicar.



Es por ello por lo que nuestra atención se centra en comparar el sistema normativo de origen legislativo y el sistema normativo constitucional, integrados ambos a través de los principios constitucionales.

En la dinámica los primeros deben someterse a los segundos, pues: “como consecuencia de la presencia de normas superiores e inferiores en un ordenamiento jurídico, este tiene estructura jerárquica”.<sup>24</sup>

Se trata, en definitiva, de complementar funcionalmente ambos sistemas e hipotéticamente construir las consecuencias derivadas de dicha construcción.

#### **IV. LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LA DOBLE COMPETENCIA SOLO SON POSIBLES SOBRE LA BASE DEL SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO**

##### **a) Mecanismos de control constitucional**

Enseña Daniel Mendonça, y son en parte sus palabras las que transcribo, que la primera fórmula adoptada con éxito en la historia del constitucionalismo para controlar la compatibilidad de las normas legales respecto de las constitucionales consistió en encomendar tal tarea al conjunto del aparato judicial ordinario; se llamó “sistema americano”<sup>25</sup> y que dicho sistema: “es un sistema difuso, declarativo y concreto”; el sistema “austriaco” que se presenta como concentrado, constitutivo y abstracto y un sistema “mixto” de control; explica el autor que este sistema recibe el carácter concreto y difuso del americano y lo combina con la eficacia constitutiva de las decisiones de estimación mediante la concentración en un tribunal específico<sup>26</sup>.

En el mismo sentido concluye el Constitucionalista Luis Lezcano Claude que el tipo de control adoptado en el Paraguay de acuerdo con el artículo 132 de la Constitución

Acogemos aquí la teoría de la elaboración gradual del ordenamiento jurídico que formulara Hans Kelsen, comoquiera que esta teoría sirve para explicar la unidad de un ordenamiento jurídico complejo.

<sup>24</sup> BOBBIO NORBERTO: Teoría general del Derecho Quinta edición revisada. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 2016. TRADUCCION: JORGE GUERRERO R.

<sup>25</sup> MENDONCA DANIEL: Cómo hacer cosas con la Constitución. Análisis constitucional. Una introducción. Intercontinental-Editora. Año 2008. Impreso en Asunción-Paraguay. Pág. 172.

<sup>26</sup> MENDONCA DANIEL: Cómo hacer cosas con la Constitución. Análisis constitucional. Una introducción. Intercontinental-Editora. Año 2008. Impreso en Asunción-Paraguay. Págs. 172 a 174.

es el jurisdiccional, y que, no obstante, no puede ser encuadrado dentro de ninguna de las dos variantes que presenta el control jurisdiccional, pues toma elementos tanto del control descentralizado o difuso, como del control concentrado o centralizado<sup>27</sup>, situando a nuestro sistema en un esquema mixto, es decir, que participa de las características del primero y del segundo; creemos oportuno situarnos en el sistema de control concentrado.

El control de constitucionalidad en las normas constitucionales citadas regula el funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia en uno de sus segmentos y en el otro la Sala Constitucional; estos son órganos diferentes, aunque jerárquicamente equivalentes, pues provienen de la misma fuente normativa.

Esto se verifica desde las disposiciones que establecen las competencias de uno y otro, y del carácter concentrado del control constitucional; basta para ello examinar los artículos 132, 259 inciso 5, y 260 de la Constitución.

---

<sup>27</sup> LEZCANO CLAUDE LUIS: El control de constitucionalidad en el Paraguay. La Ley paraguaya S.A. Impreso en Asunción-Paraguay. Mayo del año 2000. Págs. 24 y 25. “Como se puede apreciar, el tipo de control de constitucionalidad adoptado es el jurisdiccional. Sin embargo, el mismo no puede ser encuadrado dentro de ninguna de las dos variantes que presenta el control jurisdiccional. En efecto, toma elementos tanto del control descentralizado o difuso, como del control concentrado o centralizado. Podemos afirmar, pues, que es de carácter jurisdiccional, pero en cuanto a sistemas que este comprende, puede ser calificado como mixto o difuso, como del control descentralizado o difuso, como del control concentrado o centralizado. Podemos afirmar, que es de carácter jurisdiccional, pero en cuanto a los sistemas que éste comprende, puede ser calificado como mixto o ecléctico, por las razones ya señaladas.

El tipo de control de constitucionalidad vigente en el Paraguay adopta, principalmente, las siguientes características del control concentrado o centralizado: a) el control de la constitucionalidad por un órgano único y específico del Poder Judicial (la Corte Suprema de Justicia), el cual se reserva en forma exclusiva el ejercicio de dicho control, y b) la posibilidad de plantear la cuestión de constitucionalidad por vía de acción.

Del control descentralizado o difuso adopta las siguientes notas distintivas: a) la posibilidad de plantear la cuestión de constitucionalidad por vía de excepción en cualquier instancia, y b) la decisión que se adopte sólo produce efectos entre las partes, es decir, en relación con el caso concreto de que se trate.”



Esta competencia, concluye Juan Carlos Mendonça, es exclusiva de la Corte en cuanto a la materia<sup>28</sup>.

### **b) La doble competencia y el sistema concentrado interactúan**

Con acuerdo en la Constitución, es regla derivada de los artículos 132 y 259 inciso 5 que la Corte Suprema de Justicia es competente para entender, y conocer y resolver sobre inconstitucionalidad; sin embargo, esta competencia deja de ser exclusiva de la Corte Suprema de Justicia al determinar la misma Constitución en el artículo 260 que también son deberes y atribuciones de la Sala Constitucional el conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad de las leyes y de otros instrumentos normativos, declarando la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso, y decidir sobre inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias declarando la nulidad de las que resulten contrarias a la constitución.

De acuerdo con esto parece evidente tener que concluir que la Corte Suprema de Justicia al igual que la Sala Constitucional; son competentes para resolver la inconstitucionalidad, se ocupen de actos normativos de carácter general o normativos de carácter particular<sup>29</sup>.

También se llega a la misma conclusión porque ambos órganos no son lo mismo, aunque posean la misma competencia de control constitucional asignada por la Constitución.

---

<sup>28</sup> MENDONÇA JUAN CARLOS: La garantía de inconstitucionalidad. Asunción-Paraguay. Edición al cuidado del autor. Impreso en la Editora Litocolor SRL. Asunción-Paraguay. Año 2000.

<sup>29</sup> Artículo 551 de la ley 1337/1988 Código Procesal Civil: IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN Y SU EXCEPCIÓN. La acción de inconstitucionalidad contra ACTOS NORMATIVOS DE CARÁCTER GENERAL es imprescriptible, sea que la ley, decreto, reglamento, u otro ACTO NORMATIVO de autoridad afecte derechos patrimoniales, tenga carácter institucional o vulnere garantías individuales.

Cuando el ACTO NORMATIVO tenga carácter PARTICULAR, por afectar solamente derechos de personas expresamente individualizadas, la acción prescribirá a los seis meses, contados a partir de su conocimiento por el interesado.

Las razones de las diferencias radican en los mismos textos constitucionales que las crean, de tal suerte que la Corte Suprema de Justicia no es la Sala Constitucional y la Sala Constitucional no es la Corte Suprema de Justicia.

De hecho, la nomenclatura constituyente es coherente con estas diferencias, de suerte que en referido artículo 260 el mismo texto aclara que los deberes y atribuciones a los cuales se refiere son de “la sala constitucional”, indicando en el párrafo final que: “el procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y por vía de la excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte.”

Cualquier corolario en otro sentido no parece resistir el examen o contra-examen del principio de identidad lógica, según el cual una cosa –no un concepto<sup>30</sup>– no

---

<sup>30</sup> HESSEN JOHANNES: Tratado de filosofía. Editorial Sudamericana Bs.As. República Argentina. TRADUCCION DE JUAN ADOLFO VAZQUEZ. Año 1970. Págs. 105 a 120. TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS LÓGICOS. I. El sentido de los principios lógicos.

En la historia de la lógica el capítulo de los “principios del pensar” aparece como una magnitud muy variable. Se lo ha tratado con mucha menor unidad que a las demás partes de la Lógica. Los lógicos ni siquiera están de acuerdo acerca de la cantidad de los principios lógicos. Unos tienden a aumentar su número, descubriendo y formulando nuevos principios; otros se esfuerzan por disminuirlos, simplificándolos. Y, sin embargo, puede decirse que en resumen han prevaecido cuatro leyes fundamentales que actúan casi siempre como principios lógicos. Son: el principio de identidad, el principio de contradicción, el principio de tercero excluido y el principio de razón suficiente.

En la historia de la lógica estos principios han experimentado interpretaciones muy diversas. La lógica sicologista les atribuye un sentido puramente psicológico. Como ya señalamos más arriba, ve en ellos leyes reales del pensar humano, formulaciones de legalidades que se manifiestan en los procesos del pensar humano, formulaciones de legalidades que se manifiestan en los procesos del pensar. La organización del pensar humano encuentra en ellas su expresión más general. Así el principio de contradicción dice que, debido a la organización de nuestra psique, tao como es en realidad, es imposible tener por válidos al mismo tiempo dos juicios contradictorios. “No tenemos ningún motivo particular para tachar de “incorrecta” la asociación de dos juicios contradictorios, salvo precisamente el hecho de que sentimos instintiva e inmediatamente la imposibilidad de afirmar ambos juicios al mismo tiempo”. (Nota de G. Heymans)

Completamente opuesta es la concepción de la lógica ontológica o metafísica. No refiere los principios lógicos al pensar sino a sus objetos. Su contenido no lo constituye la modalidad del pensar sino la estructura de los objetos mentados por el pensamiento. Son pues, principios ontológicos, no psicológicos. Esta concepción se encuentra ya en el fundador de la Lógica.



puede ser y no ser a la vez, tomando en consideración que los artículos 132, 259, inciso 5, y 260 son todos del mismo rango, es decir, de la Constitución son referidos a objetos diferentes, situando en un extremo de la competencia a la Corte Suprema de Justicia y por el otro a la Sala Constitucional.

Dentro de esta idea, advierte Johannes Hessen en el párrafo transcrito en nota al pie, N° 26, que lo lógico es únicamente “el pensamiento”. En consecuencia, el sentido auténtico de los principios lógicos consiste en decir algo acerca de los pensamientos. No son, pues, principios ni del pensar ni del ser sino principios del pensamiento y, conforme con este concepto, no es posible identificar los diferentes textos que hacen referencia a la Corte Suprema de Justicia y Sala Constitucional como si pudiesen emparejar, como si fuesen la misma cosa o el mismo concepto, cuando que en realidad describen instituciones distintas.

**c) La competencia exclusiva de la Corte para el control de constitucionalidad es en realidad una competencia compartida con la Sala Constitucional.**

El artículo 247 de la Constitución establece que la administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales y los Juzgados en la forma que establezcan esta Constitución y la ley.

De acuerdo con esta disposición, la Corte Suprema de Justicia es administradora de justicia; es competencia exclusiva de ella la administración de justicia a que el mismo texto constitucional hace referencia, lo cual es confirmado por las disposiciones constitucionales citadas 132 y 259, inciso 5.

---

Aristóteles formula el principio de contradicción así: “es imposible que el mismo atributo pertenezca y no pertenezca al mismo sujeto, al mismo tiempo y bajo la misma relación” (Metafísica). Esta concepción tiene aún hoy sus representantes. Así, un lógico contemporáneo subraya que los llamados principios supremos del pensar “no son originalmente principios del pensar sino principios de los objetos”. Son “principios acerca de las modalidades más generales de los objetos”. (M. Honecker)

No podemos adherirnos ni a una ni a otra opinión. Los principios lógicos supremos pretenden ser principios lógicos. Por tanto, no pueden aplicarse ni a lo psicológico ni a lo ontológico sino a lo lógico. Ahora bien, hemos que lo lógico es precisamente el pensamiento. En consecuencia, el sentido auténtico de los principios lógicos consiste en decir algo acerca de los pensamientos. No son, pues, principios ni del pensar ni del ser sino principios del pensamiento”.

Cabe aquí observar que tal exclusividad se deriva del artículo 247, que no sólo asigna a la Corte dicha exclusividad sino además al Poder Judicial cuando regla sobre la función y la composición del Poder Judicial.

Este aspecto es relevante y debe ser tomado en cuenta, en un contexto amplio, porque en el artículo 260 es la misma Constitución la que extiende la competencia que permite el control de constitucionalidad a la Sala Constitucional. Distingue, sin ambigüedad, entre Corte Suprema de Justicia y Sala Constitucional en un sentido singularmente preciso e inequívoco, y de este modo organiza dos vías de control: La de la Corte Suprema de Justicia y la de la Sala Constitucional.

De acuerdo con lo antedicho, es forzoso concluir que la Constitución ha creado para el control de constitucionalidad dos vías y no sólo una.

Algunas opiniones, sin embargo, sostienen, por el contrario, que en realidad no existe doble competencia sino competencia funcional<sup>31</sup>, en el sentido de que la

---

<sup>31</sup> TROCHE ROBBIANI DIEGO MARÍA: (Conversatorio Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional) año 2023. Analizando las disposiciones citadas vemos que, en primer lugar: La C.N. instituye dos conceptos o dos acepciones en lo que se refiere al vocablo Corte Suprema.

Así lo hace, primero en forma general y luego en forma específica, cuando se refiere a las Salas. Las Salas, no son otra cosa que tres Cortes diferentes, cada una con competencia diferente en razón de la materia.

Ahora bien, en el art. 259 se habla de las atribuciones de la Corte y en forma un tanto promiscua pero perfectamente entendible da atribución a la Corte en pleno a la cual se le atribuyen cuestiones y facultades exclusivas de carácter administrativo.

Sin embargo, en la misma disposición (inc. 5 y 6) se habla de facultades jurisdiccionales que en un primer momento se podría pensar que la Corte en pleno es competente en esas materias.

Pero analizando el Art 260, se aclara la cuestión y vemos que el tema de Constitucionalidad es exclusivo de la Sala o Corte Constitucional.

En cuanto a la casación, tratándose de un recurso, es obvio que corresponde a la Sala o Corte Penal o Civil (el recurso de casación civil si bien no está reglamentado, está vigente y es aplicable la reglamentación penal o de recurso de apelación por analogía)

En consecuencia, podemos afirmar que en materia administrativa actúa y tiene competencia única y exclusiva el pleno de la Corte Suprema con sus 9 miembros.

En materia jurisdiccional actúa en materia de su especialidad cada una de las tres Cortes (llamadas Salas) compuestas de tres miembros (llamados Ministros) y, en consecuencia, es la Sala



Constitucional la única instancia jurisdiccional que goza de “infalibilidad” por ser la última instancia en materia jurisdiccional.

Las disposiciones legales del CPC y ley N° 609 que prohíbe el control de constitucionalidad a las resoluciones de la Sala Civil y Penal son disposiciones inconstitucionales pues contrarían el Art. 260 tan claro y explícito.

Las Salas Plenarias son excepciones y son Tribunales constituidos en el mismo carácter y con la misma competencia que la Sala originaria que solicito su integración.

Si la sala Penal solicita actuar en plenario siempre ese plenario, será solo competente en materia penal, ídem la Sala Civil y las resoluciones de ambas salas son a su vez reanalizables por la Sala Constitucional por imperio del Art. 260 antes citado (obviamente previa declaración de inconstitucionalidad del Artículo 564 del CPC y Art. 17 de la Ley 609).

No existen entonces capacidades o atribuciones autónomas del pleno de la Corte (compuesto de 9 miembros) para actuar en forma autónoma en materia jurisdiccional constitucional o penal en cuanto a casación.

El inc. 5 del art 259 de la CN es una disposición de carácter general modificada, aclarada o especificada por el Art. 260 de carácter especial.

Todos los conceptos tales como Corte, Sala, Juez, Magistrados, deben ser interpretados en cada caso de acuerdo a la acepción que la norma general le otorga.

Origen del impase

Los legisladores tienen la costumbre de tratar de reproducir legislaciones extranjeras y tal vez el concepto del plenario o de la Corte de 9 miembros deriva de las Cortes Supremas Constitucionales que tienen algunos países y Cortes federales en materias no constitucional.

Así en una suerte de desprolijidad casi se instituye misma facultad a dos tribunales diferentes.

Art. 259 inc. 5 que habla del pleno y Art. 260 que habla de las Salas.

Sería absurdo y contraproducente modificar la legislación o instalar una interpretación extensiva en el sentido de facultar dar una misma función o atribución, tanto al pleno de la Corte Suprema (de 9 miembros y a la Sala Constitucional).

Interpretación en conjunto.

No deben atribuirse a los Art 132, 259 inc. 5 y 260 de la CN la regulación de competencias diferentes.

Cuando varios artículos de una misma Ley o en nuestra constitución, tienen afirmaciones o regulaciones contradictorias o que no se complementan en un todo armónico, deben interpretarse en conjunto haciendo primar las disposiciones especiales sobre las generales y sobre todo entender y no rechazar por puro rigorismo semántico, las acepciones en que se usan los términos en cada oportunidad.

A veces podemos referiros por ejemplo al derecho penal y el derecho civil como queriendo decir derecho penal y derecho no penal.

Corte Suprema de Justicia hace de la Sala Constitucional “de la Corte Suprema de Justicia” un órgano especializado en “conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad”, y que la Sala Constitucional es la única con competencia para hacerlo, en todos los casos.

La tesis parece encontrar suficiente respaldo, tomando en cuenta algunas recomendaciones de cómo interpretar un texto constitucional, del constitucionalista Juan Carlos Mendonça Bonnet: “LA INTERPRETACIÓN de la Constitución no puede prescindir de las palabras. Por lo que no cabe despreciarlas o tenerlas por superfluas, pero, ello no significa que la interpretación deba efectuarse en un puro estilo gramatical o lingüístico” y que: “en caso de duda debe preferirse el significado que torna general un principio concretado en la norma, en lugar del sentido que importaría consagrar una distinción o una excepción. Donde exista un conflicto entre una disposición general y una disposición especial, la especial debe prevalecer respecto del punto considerado. La disposición especial debe interpretarse como una limitación a la concesión”.

---

O al mismo tiempo se puede referir al derecho Civil del Código Civil sin incluir el derecho laboral o administrativo, pero todo depende de la coyuntura con la que se expresa y de la interpretación integral.

Tampoco debe confundirse el Pleno de la Corte para sus funciones administrativas la constitución del plenario, a pedido de una sala para las cuestiones jurisdiccionales.

En materia jurisdiccional existen solo tres salas, que pueden estar compuestas de tres miembros originariamente, o excepcionalmente de nueve en caso de constituirse en plenaria.

Pero en ambos casos la Sala solo es competente en la materia correspondiente a la Sala originaria.

Ahora bien, no creo razonable asignar facultades jurisdiccionales al Pleno de la Corte, como Corte Suprema de Justicia.

Pretender dar atribuciones jurisdiccionales al pleno (órgano administrativo de 9 miembros) es un resabio nostálgico para tratar de volver a la antigua Corte de cinco miembros multifuero que justamente fue objeto de derogación y cambio buscándose en la actual constitución la añorada especialización en función de la materia.

En la constitución hay varias disposiciones que se refieren a un mismo tema y que no son plenamente concordantes en estos casos cabe el análisis atendiendo a la lógica y al espíritu de la Ley.

Así como que se debe evitar llevar la interpretación a un absurdo o a una incongruencia.



Se infiere de estas recomendaciones que las normas generales serían los apartados 132 y 259, inciso 5; y la especial, dentro del mismo sistema, el 260, y que prevalecer esta última. Criterio éste que no compartimos, tomando en cuenta que en los tres casos se establece en el núcleo normativo la competencia no diferida a ningún otro órgano fuera de los mencionados, con competencia de decidir sobre la inconstitucionalidad.

En rigor son todas normas “generales”, y no “generales” y “especiales”, por lo que dicha regla de interpretación no parece aplicable.

Es decir, al ser las tres disposiciones del mismo nivel y situadas en la escala más alta del edificio normativo, y en tal sentido productoras de Derechos, no pueden ser normas condicionadas en su ejercicio por aquellas de nomenclatura de su misma especie y del mismo nivel, así como tampoco pueden ser extendidas tales limitaciones al sistema normativo legal derivado de la existencia de tales derechos. Siguiendo al mismo autor, tampoco cabe limitar los Derechos establecidos en la Constitución en favor del ciudadano por cuanto que tales Derechos ha de presumirse con preferencia que los vocablos tienen el sentido que le asigna el vocabulario común o popular, a menos que resulte claro el uso técnico-jurídico.

#### **d) La competencia de la Corte Suprema de Justicia en el núcleo del problema de la doble competencia**

Con acuerdo en lo expresado, debemos concluir, como premisa, que el sistema de control de constitucionalidad es un control concentrado; y, por derivación de dicha concentración, no puede ser compartido con ningún otro órgano, en razón de su especialidad y de que la manifestación del derecho desde ambos órganos se origina desde la declaración de competencia asignada a la Corte Suprema de Justicia y a la Sala Constitucional.

Por tanto, de subscribir la conclusión respecto de que, si está determinada como un “Derecho” la competencia de la “Corte Suprema de Justicia” y como un “Derecho” la competencia de la Sala Constitucional desde un riguroso pie de igualdad constitucional, el desenlace no podría ser otro que el que ambos órganos son competentes para conocer y resolver la inconstitucionalidad, y por tanto ambos encargados del mismo control; y que no se halla diferida funcionalmente tal competencia a la Sala

Constitucional como un desprendimiento secundario de la Corte Suprema de Justicia.

Afirmada y asumida la presencia de la doble competencia, es pertinente pensar la operatividad del control constitucional por ambas vías; sea de la Corte Suprema de Justicia o sea de la Sala Constitucional o de ambas.

### **V. OPERATIVIDAD DEL CONTROL CONSTITUCIONAL por vía de la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional.**

Frente a esta peculiar decisión constituyente de dotar de doble competencia al sistema de control constitucional concentrado, las mismas normas constitucionales instituyen que tales competencias se ejercen con los alcances establecidos en esta constitución y la ley.

Es importante destacar, a propósito de “la ley”, que la misma no puede ser dictada infringiendo los principios constitucionales los cuales deben prever, vale decir, la ley debe “reglamentar” las normas constitucionales<sup>32</sup>, según lo establece el principio de limitación; so pretexto de su reglamentación no se pueden restringir derechos consagrados en la Constitución, siendo ésta la fuente normativa de la que emana el derecho en un sentido de arriba abajo como nos enseña Norberto Bobbio; en tal caso, la norma que va de arriba abajo, es decir de la Constitución hacia abajo, esto es, hacia la ley y las demás normas del sistema, son derechos; en tanto que las normas que van de abajo arriba no son otra cosa que deberes<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> QUIROGA LAVIÉ HUMBERTO: Derecho constitucional. 3ra. Edición, actualizada. Primera edición 1978; reimpresión 1984; 2da. edición 1987. Ediciones Depalma Buenos Aires 1993. Pág. 171 y sgtes. Sección Segunda. La Estructura de los principios Constitucionales. Clasificación de los principios constitucionales. Principio de limitación. Pág. 173.

<sup>33</sup> BOBBIO NORBERTO: Teoría general del Derecho Quinta edición revisada. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 2016. TRADUCCION: JORGE GUERRERO R.- Pág. 155. “Acogemos aquí la teoría de la elaboración gradual del ordenamiento jurídico que formulara Hans Kelsen, como quiera que esta teoría sirve para explicar la unidad de un ordenamiento jurídico complejo. Lo esencial de esta teoría está en que las normas de un ordenamiento no se encuentran todas en el mismo plano, pues hay normas superiores y normas inferiores. Las normas inferiores dependen de las superiores. Partiendo de las normas inferiores y pasando por las que se encuentran en un plano más alto, llegamos por último a una norma suprema que no depende de ninguna otra norma superior, la *norma fundamental* en la que reposa la unidad del ordenamiento. Todo



En este sentido es que fueron dictadas la ley 609 del año 1995, Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con el fin de hacer una interpretación operativa<sup>34</sup> de las normas constitucionales citadas, 132 y 259, inciso 5, y 260.

Dicha ley es en cierta forma complementaria de la ley 1337/1988 Libro IV, Código Procesal Civil.

---

ordenamiento tiene una norma fundamental, y esta norma les da unidad a todas las otras normas; esto es, hace de las normas dispersas y de distinta procedencia un conjunto unitario, que se puede denominar justamente “ordenamiento”.

“Pág. 156. Por lo general, la estructura jerárquica de un ordenamiento se representa como una pirámide, razón por la cual se habla también de construcción en pirámide del ordenamiento jurídico. En esta pirámide el vértice está ocupado por la norma fundamental, mientras que la base está constituida por los actos ejecutivos. Si miramos la pirámide de lo alto hacia abajo, veremos una serie de procesos de producción jurídica, y si la miramos de lo bajo hacia lo alto, veremos, al contrario, una serie de procesos de ejecución jurídica. En los grados intermedios hay a un mismo tiempo producción y ejecución, mientras que, en los grados extremos, o solo hay producción (norma fundamental), o solo ejecución (actos ejecutivos).

Pág. 157. “Mientras la producción jurídica es expresión de un poder (originario o derivado), la ejecución revela el cumplimiento de un deber. Una norma que le atribuye a una persona o a un órgano el poder de dictar normas jurídicas impone, al mismo tiempo, a otra persona, el deber de obedecerlas. Poder y deber son dos conceptos correlativos, ya que uno no puede existir sin el otro.”

<sup>34</sup> ZULETA PUCEIRO ENRIQUE: Interpretación de la ley casos y materiales para su estudio. Contribuciones: JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO-ANTONIO HERNANDEZ GIL-JERZY WROBLEWSKI-AULIS AARNIO-RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS-GUILLERMO JORGE YACOBUCI. Editorial La Ley. 1ra. Edición 2003. 1ra. Edición, 1ra. Reimpresión 2005; 1ra. Edición, 2da. Reimpresión 2006. Impreso en la Argentina. Pág. XI, La expresión “*interpretación operativa*” debe ser entendida en el sentido propuesto por Jerzy Wróblewski. Se refiere a los actos de interpretación *sensu strictu*, llevados a cabo por los órganos oficiales que ejercen competencias judiciales y tendientes a establecer una decisión legal obligatoria con motivo de una controversia sometida a su consideración. Abarca, por tanto, la tarea orientada a determinar el significado de una norma, de un modo lo suficientemente preciso como para decidir el caso y, al mismo tiempo a proveer una justificación para la decisión sobre la base de la interpretación del significado de la norma aplicada. La interpretación operativa es así la que se produce en ocasión de la aplicación oficial de la ley y es determinada por los requerimientos de un proceso de toma de decisión justificada en un caso concreto”.

Ambas establecen pautas, aunque diferenciadas para el tratamiento procesal del control de constitucionalidad.

La ley 609/1995, cuya denominación nos indica: “Que organiza la Corte Suprema de Justicia”, establece la jurisdicción, competencia y organización, en su Capítulo I.

De acuerdo con dicho Capítulo I, la Corte Suprema de Justicia carece de “competencia” para conocer y resolver sobre la inconstitucionalidad, lo cual parece inaceptable tomando en cuenta que el artículo 132 y 259, inciso 5, lo establecen como competencia específica; para luego agregar que la Corte Suprema de Justicia ejerce jurisdicción en toda la República y que esta funciona en “pleno” o por “salas”, de acuerdo con la competencia que le asignan la Constitución la ley y su reglamento interno, según el artículo 1º.

Nótese que se instituye, y por vía de la ley secundaria respecto de las normas constitucionales, que de esta manera “funciona” la Corte Suprema de Justicia. Es decir, en mi opinión, restringiendo derechos; reiterando, de arriba hacia abajo, desde la norma constitucional a las normas legales.

Asimismo, también se establece que la Corte Suprema de Justicia queda organizada en tres Salas. Es decir, se organiza para su funcionamiento como “Corte Suprema de Justicia”, sin que le sea posible una renuncia a su competencia, ya que dicho derecho le es impuesto por las mismas normas constitucionales.

Por tanto, en estas disposiciones radican el modo en que “funciona” y se “organiza” la Corte Suprema de Justicia.

Las demás disposiciones disgregan la función a las demás Salas, a más de la Constitucional, al igual que los modos de organización.

Toda la nomenclatura o las denominaciones que identifican tanto el funcionamiento como la organización de la Corte Suprema de Justicia parecen probar, afirmativamente, que la Corte Suprema de Justicia no son las Salas y que las Salas no son la Corte Suprema de Justicia, aunque sí son la Corte Suprema de Justicia y que la Corte Suprema de Justicia se integra con las Salas.



## VI. LAS LEYES 1337/1988 Y 609/1995 Y EL PRINCIPIO DE LIMITACIÓN

Hechas las puntualizaciones señaladas en el apartado V, interactúan con estas disposiciones constitucionales las leyes 1337/1988 Código Procesal Civil, y la ley 609/1995; las que fueron dictadas a fin de responder a dos necesidades, la del “funcionamiento” de la Corte Suprema de Justicia y la de su “organización”.

A propósito, en este punto, el Constitucionalista Luis Lezcano Claude cita como antecedentes históricos la ley 325 “Orgánica de los tribunales”, del 23 de noviembre de 1918, comentando que de acuerdo con el artículo 44 de dicha ley se confería al Superior Tribunal de Justicia competencia exclusiva para entender en las cuestiones de constitucionalidad que llegarán a su conocimiento por la vía de los recursos de apelación y nulidad contra los fallos de los Tribunales de Alzada.

A nivel constitucional, la facultad de ejercer control de constitucionalidad fue establecida por primera vez en la Constitución del año 1967 en su Artículo 200.

En 1988, a nivel de ley, la ley 1337/1988 –Código Procesal Civil– acogió la forma según la cual procesalmente se regló el sistema de control de constitucionalidad concentrado, tanto para actos normativos de carácter general o particular, como respecto a actos jurisdiccionales<sup>35</sup>, y se entiende que esta fórmula –que la compartimos– es elevada a nivel constitucional en el año 1992 lo que se ve reflejado esencialmente en el artículo 260 de la Constitución.

Aunque desde luego los actos sobre los cuales recae el control de constitucionalidad son diversos, y de esta diversidad se infieren consecuencias particulares, está muy claro que aquellas vías que permiten el control constitucional son únicamente dos, la primera por vía de acción o demanda, y la segunda por vía incidental o de excepción.

Cuando la vía elegida corresponde a la acción al día de hoy es práctica consagrada que el juicio se inicie ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; esta práctica se halla acorde con las previsiones de la ley 609/1995, que se corresponde con la idea funcional desde la que se deriva la competencia de la Corte

---

<sup>35</sup> LEZCANO CLAUDE LUIS: El control de constitucionalidad en el Paraguay. Editorial La Ley Paraguaya. Año 2000. Págs. 27 y 28.

Suprema de Justicia –toda ella– a la Sala Constitucional; y con la que se armoniza según los artículos 11, 12 y 13 del Capítulo II de dicha ley.

También de acuerdo con esta ley se previenen las actuaciones de: “La Corte Suprema de Justicia en pleno y Salas”, generando a través de este mecanismo legislativo un proceso discrecional de los Ministros de la Corte de formular la petición de integración en pleno o de mantenerse en sala.

Apunta, a propósito, Don Juan Carlos Mendonça D en sus publicaciones del año 2000, de la “Garantía de Inconstitucionalidad”<sup>36</sup>, cuando refiere la “posibilidad de desdoblar la competencia”, lo que en cierto modo reitera en sus “Cuestiones Constitucionales” publicada en el año 2007<sup>37</sup>; menciona que, en su opinión, se debe reconocer el carácter problemático de la doble competencia, por su incongruencia, aunque la ley 609/1995 venía a restablecer la congruencia al crear un mecanismo mediante el cual cualquier Ministro de la Corte Suprema de Justicia: “[...] puede pedir que la Corte resuelva la cuestión sometida a una Sala mediante decisión plenaria”<sup>38</sup>.

En mi apreciación dicha formula de la ley, aunque exacta, no resuelve la problemática de la doble competencia, pues la competencia fue establecida por la constitución, y en este sentido es un derecho y como tal es limitado por la ley de varias maneras.

La primera limitación al derecho a la doble competencia surge de lo impuesto en la ley, porque ella restringe los derechos del ciudadano a obtener directamente de la

---

<sup>36</sup> MENDONÇA JUAN CARLOS: La garantía de inconstitucionalidad. Asunción-Paraguay. Edición al cuidado del autor. Impreso en la Editora Litocolor SRL. Asunción-Paraguay. Año 2000. Pág. 21: “Posibilidad de desdoblar la competencia”.

<sup>37</sup> MENDONÇA JUAN CARLOS: Cuestiones constitucionales. Asunción-Paraguay. Editora Litocolor SRL, año 2007. Pág. 82. “La ley N° 609/1995 vino a establecer esa congruencia, al crear el mecanismo merced al cual cualquiera de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia puede pedir que la Corte resuelva la cuestión sometida a una Sala mediante decisión plenaria.”

<sup>38</sup> MENDONÇA JUAN CARLOS: Cuestiones constitucionales. Asunción-Paraguay. Editora Litocolor SRL, año 2007. Pág. 82 y sgtes. “Esto viene a dar respuesta al cuestionamiento que se puede hacer respecto de si es la Corte la que tiene competencia o es la Sala Constitucional la que la tiene; dado que, como quedó señalado, la Constitución se refiere en dos disposiciones a la Corte como competente, y en una se refiere como tal a la Sala Constitucional.”



Corte Suprema de Justicia pronunciamiento en tanto y cuanto órgano natural de nueve Ministros.

De hacerlo, en todos los casos se debe, con esta fórmula, franquear por el proceso de filtración impuesto desde una norma secundaria –la ley– a una norma que constituye un derecho –la Constitución– cuando que la Constitución en tanto y cuanto derecho, lo consagra.

La segunda, porque de este modo el ciudadano se encuentra privado de un derecho constitucional por una limitación impuesta desde la ley 609/1995, so pretexto de organizar al órgano constitucional. En este punto cabe puntualizar que el alcance dado a la organización es programático, pues se trata de sujetar su eficacia a la condición de su reglamentación<sup>39</sup>; por ella queda limitado el derecho del ciudadano de acceder directamente a la Corte Suprema de Justicia, uno de los dos únicos órganos competentes para el examen de constitucionalidad que sería la Corte Suprema de Justicia y no la Sala Constitucional.

Y, en tercer lugar, porque “organización” y “función” no son lo mismo. La ley 609 tiene como objeto “organizar” el funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia y tal organización no puede derivar en la traba al acceso de la “función” que permita el ejercicio de los derechos impuestos por la Constitución.

Si bien es cierto que las normas constitucionales programáticas, como éstas, requieren de ley reglamentaria para su plena operatividad, las mismas no pueden ser dictadas limitando los derechos consagrados en la Constitución, prohibiendo o impidiendo aquello determinado en las normas de mayor jerarquía dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>39</sup> QUIROGA LAVIÉ HUMBERTO: Derecho constitucional. 3ra. Edición, actualizada. Primera edición 1978; reimpresión 1984; 2da. edición 1987. Ediciones Depalma Buenos Aires 1993. Pág. 84 y 85. Normas operativas: son las que no precisan ser reglamentadas ni ser condicionadas por otro acto normativo para ser aplicables: ellas son normas incondicionadas respecto de su aplicación; en tal sentido las normas operativas están dirigidas para su aplicación a los órganos constitucionales.

NORMAS PROGRAMÁTICAS: Son las que tienen sujeta su eficacia a la condición de ser reglamentadas o a que se dicte un acto normativo a tal efecto.: ellas son normas incondicionadas respecto de su aplicación: en tal sentido las normas programáticas están dirigidas a los órganos legislativos respecto de su aplicación.”

## VII. LA LEY 1337/1988 DESDE LOS ARTÍCULOS 538 A 564 NO VINCULAN UNA SOLA VEZ A LA SALA CONSTITUCIONAL Y EN ESTE CASO LA LIMITACIÓN ES INVERSA

Aquí cabe consignar, que la ley 1337/1988, Código Procesal Civil, en su Libro IV, desde los artículos 538 a 564 —ley posterior a la Constitución 1967—, a consecuencia de su singular carácter de sistema de control constitucional concentrado, se diferencia del sistema difuso anterior a la entrada en vigor de dicha Constitución.

No obstante la limitación señalada, derivada de haber sido dictada esta legislación en forma adecuada a la Constitución de 1967 y no la actualmente en vigor del año 1992, sin ambages, tal legislación se encuentra entre aquellas que aun habiendo perdido correspondencia con las normas constitucionales que le han dado origen procesan una de las garantías constitucionales posiblemente más importantes de las que consagra nuestra Constitución en vigor; es decir, la inconstitucionalidad, el amparo el habeas corpus y el habeas data.

La garantía de inconstitucionalidad tiene por objeto la defensa de la supremacía constitucional, la que se hace efectiva a través de aquellos actos sobre los cuales recae dicho control, expresados en actos normativos de carácter general<sup>40</sup> o, en su caso, particular; sea como actos normativos o actos jurisdiccionales.

A este respecto el citado Libro IV del Código Procesal Civil regula procesalmente el ejercicio de dicho control como competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia; como dijimos, originada en la Constitución de 1967, y lo hace a través de 27 artículos, exceptuando la acción de amparo constitucional.

Pues bien, como naturalmente era de esperar, dicho conjunto normativo procesal constitucional, pese a considerarse plenamente vigente, no contiene una sola mención que la vincule con la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; en

---

<sup>40</sup> Artículo 551 de la ley 1337/1988 Código Procesal Civil: IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ACCIÓN Y SU EXCEPCIÓN. La acción de inconstitucionalidad contra actos normativos de carácter general es imprescriptible, sea que la ley, decreto, reglamento, u otro acto normativo de autoridad afecte derechos patrimoniales, tenga carácter institucional o vulnere garantías individuales.

Cuando el acto normativo tenga carácter particular, por afectar solamente derechos de personas expresamente individualizadas, la acción prescribirá a los seis meses, contados a partir de su conocimiento por el interesado.



todos los casos esta ley Procesal Constitucional menciona únicamente a la Corte Suprema de Justicia.

Para concluir, debemos recordar que nuestra principal objeción es construida sobre la alteración al principio constitucional de limitación, que con los de supremacía y funcionalidad, derivan en un todo.

En efecto, el constitucionalista argentino Humberto Quiroga Lavié entiende que las normas que forman la estructura de la Constitución —se refiere a la argentina, aunque nosotros la tomamos sin pinzas— encuentra que interactúan y dan fundamento dos clases de normas, las de organización y los derechos constitucionales de los particulares, y que unos y otros están en relación recíproca.<sup>41</sup>

De acuerdo con esta idea, las normas de organización determinan la existencia de una doble competencia repartida entre la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional, y la pretendida solución al problema de su funcionamiento por aplicación de la 609/1995 deriva en una limitación al derecho del ciudadano, pues la Constitución declara la competencia, y la ley, de hecho, fuerza a tratar toda pretensión que active el control de constitucionalidad únicamente por la vía de la Sala Constitucional, aunque aquélla sea de la Corte suprema de Justicia.

---

<sup>41</sup> QUIROGA LAVIÉ HUMBERTO: Derecho constitucional. 3ra. Edición, actualizada. Primera edición 1978; reimpresión 1984; 2da. edición 1987. Ediciones Depalma Buenos Aires 1993. Pág. 173. “EL PRINCIPIO DE LIMITACIÓN. A) FUNDAMENTOS GENERALES. 1. Las normas forman parte de la estructura de la Constitución formal argentina son de variada naturaleza, cuyo análisis no es objeto específico de este capítulo. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que, dentro de la Constitución argentina hay dos clases de normas que juegan el rol de dar basamento al funcionamiento de su estructura: las normas de organización y los derechos constitucionales de los particulares que, a su vez, pueden ser o individuales o colectivos (la denominación de derecho “social” para estos últimos es impropia pues también tienen ese carácter de individuales): asimismo, los derechos constitucionales de los particulares pueden ser considerados tanto en su faz subjetiva como en la objetiva. Unos y otros están en relación recíproca por cuanto si bien las normas de organización cumplen la función de ordenar los órganos del Estado, dicha ordenación se encuentra limitada por los derechos constitucionales de los particulares (individuales o colectivos) y, a la inversa, el ejercicio de los derechos constitucionales de los particulares limita a las normas de organización. Este mecanismo viene a poner en funcionamiento, dentro de la estructura constitucional que estamos analizando, al principio de limitación”.

## VIII. RESUMEN DE CONCLUSIONES

En primer lugar, es evidente que la Constitución, a través de los artículos 132, 259, inciso 5, y 260 describe a dos órganos de naturaleza diferente; la primera es según la nomenclatura creada por la propia Corte Suprema de Justicia y la segunda, la Sala Constitucional; nótese que en este segundo caso no hace referencia a que la Sala Constitucional sea de la Corte Suprema de Justicia. De aplicar a esta nomenclatura el principio de identidad, parece muy evidente que nos encontramos frente a dos órganos.

En segundo lugar, para estos dos órganos la Constitución asigna competencias para declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y las resoluciones judiciales. Se trata en consecuencia de una competencia distribuida en dos órganos.

En tercer lugar, las disposiciones constitucionales referidas son “derechos” pues residen en la Constitución y van en un sentido de “arriba” hacia “abajo”, en concordancia con los principios de supremacía y jerarquía constitucionales, a diferencia de las normas que van de “abajo” arriba, y son de origen legal y no pueden ser regladas trasgrediendo los límites impuestos por la norma constitucional que les da origen.

En cuarto lugar, estos derechos se encuentran condicionados para su ejercicio a través de la ley; es por ello por lo que son complementadas mediante la ley 609 del año 1995 y la ley 1337 del año 1988, específicamente en su libro IV.

En quinto lugar, la ley 609 del año 1995 crea un procedimiento, que fija en exclusiva para la Sala Constitucional la competencia para conocer y resolver sobre asuntos de inconstitucionalidad de las leyes y otros instrumentos normativos, de tal suerte que sólo esta Sala se encuentra habilitada a través de su secretaría administrativa para quienes pretendan activar la jurisdicción constitucional.

En sexto lugar, la ley 609/1995, a diferencia de la reglamentación para la Sala Constitucional, limita el derecho en el sentido de que no es creada una secretaría administrativa individual que atienda en forma directa pretensiones dirigidas a la Corte Suprema de Justicia; de tal suerte que cualquier pretensión de esta naturaleza se deriva a la Sala Constitucional. Desde este punto de vista la Sala Constitucional ejerce el monopolio de ambas competencias.



En séptimo lugar, la ley 609/1995 no resuelve el problema de ambas competencias; simplemente omite prever el mecanismo administrativo adecuado que permite hacer operativa la competencia de la Corte Suprema de Justicia.

En octavo lugar, desde el punto de vista del ciudadano, éste carece de otra alternativa legal o administrativa que le permita impulsar el procesamiento constitucional, prefiriendo u optando entre la Corte Suprema de Justicia o la Sala Constitucional; de este modo, el ciudadano se ve forzado a aceptar la única vía disponible que es la de la Sala Constitucional, en menoscabo de la Corte Suprema de Justicia.

En noveno lugar, la legislación que organiza la Corte Suprema de Justicia, es decir la ley 609 del año 1995, es la que acompaña este dispositivo según el cual sólo la Sala Constitucional es competente para resolver asuntos vinculados al control constitucional cuyas consecuencias administrativas proporcionan una sola vía de acceso al control jurisdiccional que está orientado a la Sala Constitucional y vedado a la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, ninguna de las formas previstas en la ley 609 del año 1995 culmina reglamentando el modo de acceder en forma directa y discrecional a voluntad del ciudadano entre la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional.

En décimo lugar, reconociendo la competencia autónoma a la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con los artículos 132 y 259, inciso 5, bien correspondería se arbitren los mecanismos apropiados que permitan al ciudadano el acceso a voluntad, a la Corte Suprema de Justicia o a la Sala Constitucional, por ser este un derecho.

### **Bibliografía**

BOBBIO NORBERTO: Teoría general del Derecho Quinta edición revisada. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 2016. TRADUCCIÓN: JORGE GUERRERO R.

COMISIÓN NACIONAL DE CODIFICACIÓN: Proyecto de Código Procesal Civil y exposición de motivos. Paraguay-1973. Presentación del Proyecto. Asunción, 4 de julio de 1973. Dr. J. Eulogio Estigarribia. Presidente. Dr. Oscar Hugo Taboada Masi. Secretario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA AÑO 2000. Fallos Institucionales. Tomo I. División de Investigación, Legislación y Publicaciones. Asunción-Paraguay. Año: 2000.

E. BULYGIN-DANIEL MENDONÇA: Normas y sistemas normativos. Filosofía y Derecho. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, S.A. Madrid 2005. Barcelona.

HANS KELSEN: "¿QUIEN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN?". Estudio preliminar de GUILLERMO GASÍO. Traducción y notas de Roberto J. Brie. Supervisión Técnica de Eugenio Bulygin. Editorial Tecnos. Clásicos del Pensamiento. Director Antonio Truyol y Serra. Segunda edición. 1ra. edición año 1995. Segunda edición año, 1999.

HERNÁNDEZ GIL Y OTROS: Estructuralismo y derecho. Alianza universidad. Madrid 1973.

JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER-GIUSEPPE FOSSATI LÓPEZ: La excepción de inconstitucionalidad y su relación sistemática con la consulta constitucional. Editorial La ley. Asunción-Paraguay 2022.

JUAN CARLOS MENDONÇA. DANIEL MENDONÇA: Breve historia del constitucionalismo paraguayo. Del estado independiente al estado social de derecho. Centro de Estudios Constitucionales. Intercontinental S.A. Edición y diseño de Adriana Almada, oficina de proyectos editoriales. Impreso en Paraguay. Año 2011.

LEZCANO CLAUDE LUIS: El control de constitucionalidad en el Paraguay. Editorial La Ley Paraguaya. Año 2000.

MENDONÇA DANIEL: Cómo hacer cosas con la Constitución. Análisis constitucional. Una introducción. Intercontinental-Editora. Año 2008. Impreso en Asunción-Paraguay.

MENDONÇA DANIEL: La máquina de gobernar. Ingeniería constitucional y gobernabilidad democrática. Intercontinental Editora. Primera edición. Año 2004. Impreso en Asunción-Paraguay.

MENDONÇA JUAN CARLOS: Constituciones de la república del Paraguay; constituciones de 1844, 1870, 1940 y 1967 índices general y analítico. Tercera edición. Edición dirigida y corregida por JUAN CARLOS MENDONÇA. Universidad Católica



“Nuestra Señora de la Asunción” Centro de Publicaciones. Asunción-Paraguay. 1991. Tercera edición.

MENDONÇA JUAN CARLOS: Cuestiones constitucionales. Asunción-Paraguay. Editora Litocolor SRL, año 2007.

MENDONÇA JUAN CARLOS: La garantía de inconstitucionalidad. Asunción-Paraguay. Edición al cuidado del autor. Impreso en la Editora Litocolor SRL. Asunción-Paraguay. Año 2000.

PASCAL BLAISE: Pensamientos. Ediciones Orbis S.A. Hyspamerica. TRADUCCIÓN DE JUNA DOMINGUEZ BERRUETA. Prólogo de Manuel Fuentes Benot. Impreso en Argentina. 1984

QUIROGA LAVIÉ HUMBERTO: Derecho constitucional. 3ra. Edición, actualizada. Primera edición 1978; reimpresión 1984; 2da. edición 1987. Ediciones Depalma Buenos Aires 1993.

VIET JEAN: Los métodos estructuralistas en las ciencias sociales. Amorrortu editores Bs. As. Primera edición en francés, 1965; segunda edición, 1967 Primera edición en castellano, 1970; segunda edición, 1973. Traducción MANUEL LAMANA.



**DERECHO CIVIL Y COMERCIAL  
Y DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL**



## DE LA BUENA FE Y SUS SIGNIFICADOS

Alberto Martínez Simón \*

### Resumen

En este trabajo, se desarrolla el tema de los distintos significados de la expresión “buena fe”, dada la trascendencia de ella en las distintas partes del Código Civil.

### *Abstract*

*In this essay, the topic of the different meanings of the expression “good faith” is developed, according to its importance through different parts of the Civil Code.*

**Palabras claves:** Buena fe, buena fe subjetiva, buena fe objetiva, mala fe.

### 1. Palabras previas

Tantas veces nombrada y en tan diversas situaciones, la buena fe –y su contracara, la mala fe– son tenidas, a veces, como fundamento tanto por una parte como por la otra, enfrentadas en el mismo proceso judicial y discutiendo exactamente sobre el mismo tema y, sin embargo, por aplicación del principio de no contradicción, ambas

---

\* Abogado, Escribano Público y Doctor en Derecho, todo ello por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor Adjunto de Obligaciones, de esa casa de estudios. Ejerció la profesión de abogado durante diez años. Del 2003 al 2019 ejerció la Magistratura Judicial. Desde el 2019 ocupa el cargo de Ministro de la Corte Suprema de Justicia.



postulaciones no pueden ser válidas o verdaderas, sobre el mismo punto y al mismo tiempo.

Empezando por la misma denominación del instituto –buena fe y su contracara, mala fe– ya nos percatamos de la enorme carga axiológica que aquel trae aparejado. La primera impresión que surge entonces, solo al considerar su nombre, nos llevará de la mano a lo que es *bueno* o *malo*, con todo el peso en valores que ello implica.

Pero, en realidad ¿qué significa esta expresión, representativa de una de las instituciones básicas del derecho civil<sup>1</sup> que es usada, sin embargo, como una suerte de muletilla jurídica, invocada a diario por actores y demandados al litigar y por jueces que dictan sus sentencias? ¿Conocemos acabadamente su significado –o, sus significados, en plural–, para invocarla tan frecuentemente?

En este brevísimo trabajo no pretendo, obviamente, agotar el tema de la buena fe. Me satisfaría hacer una revisión somera de los significados de la expresión y auscultar, también brevemente, sus campos de aplicación que, anticipo, son muchísimos más de los que trataré. Utilizaré en este esfuerzo solo algunos artículos del Código Civil que se refieren al tema –anticipo desde ya, no todos los que tratan sobre la buena o la mala fe– y, solo por excepción me referiré a algún artículo de otra ley que no sea el Código. Motivos de extensión del trabajo justifican esta decisión.

## 2. La definición de la buena fe en el Código Civil paraguayo

El Código Civil de nuestro país cita, según pude comprobar rápidamente, unas 96 veces la expresión “buena fe”. También menciona otras 52 veces más, la expresión “mala fe”. Cabe agregar a esto que existen muchísimos otros artículos del Código – que no me ocupe en contarlos– en los cuales no se hace mención expresa ni de la buena ni de la mala fe, pero evidentemente aquellas están implícitamente referidas.

Como botón de muestra de los casos en los que no se hace mención a las expresiones “buena fe” o “mala fe” tomemos el caso del art. 890 del C.C. el cual exonera de

---

<sup>1</sup> De esto ya había dado cuenta William Shakespeare, cuando puso en boca de Hamlet una expresión tan gráfica, que describía la importancia de la buena fe en la vida de los contratos, haciendo que ese personaje dijera que ... *“Una acción que destruye la buena fe, alma de los contratos y convierte la inefable religión en una compilación frívola de palabras”*.

---

responsabilidad a quien diera un consejo o recomendación a otro.<sup>2</sup> Si bien el art. 890 no lo menciona, se parte de la base obvia que dicho consejo o recomendación, para no generar obligación a cargo de quien los dio, fue dado de buena fe, sin malicia ni intención de dañar. Tal vez la norma debería haber sido formulada con una redacción más expresa —como esta: Art. 890. Quien diere a otro, de buena fe, recomendación o consejo, no responderá por el daño que de ello resultare—, para evitar cualquier error interpretativo, pero aun como hoy está redactada la norma en el C.C. entiendo que la base de buena fe en el consejo o recomendación dados es palmaria y no podría alegarse válidamente que un consejo o recomendación dados de mala fe, con intención de que se sigan y así terminen causando un perjuicio, igualmente exonere de responsabilidad, pues ello haría incurrir ya al autor del consejo en un acto doloso.

Otro botón de muestra —y dejo aquí de hacer estas citas, para no extenderme en demasía, entendiendo que estos dos casos son suficientes para demostrar que existen artículos del C.C. que, aun sin citarlos, tienen como base la buena fe o la mala fe— lo encontramos en el art. 312 del C.C. que regula el fraude a los acreedores, doctrinariamente conocido como fraude pauliano. A este art. 312 y al fraude pauliano me referiré más adelante, pero adelanto ya que, para que sea viable la acción de inoponibilidad deducida por los acreedores, el acto de disposición del deudor reducido a la insolvencia debió haber sido realizado con un tercero que conocía o debía conocer que aquel acto de disposición iba a tener el efecto de vaciar el patrimonio del disponente —deudor, a su vez, de otras personas— con lo cual este podría quedar imposibilitado de pagar sus deudas. Nótese cómo en este caso, también sin citarse la buena fe o la mala fe, la referencia a ellas es inequívoca, pues si el acto de disposición de parte del deudor se realizó con un tercero de buena fe, es decir, con alguien que no supiera del estado de insolvencia en el que caería el transmitente, haría que la acción de inoponibilidad sea improcedente.

A pesar de la profusa mención que hace el Código Civil a ambas expresiones —buena fe y mala fe, 148 veces en total—, y de la innumerable cantidad de casos en los que no se las menciona pero que las reconocen como integrantes tácitos de la situación fáctica regulada, nuestro Código no tiene una definición genérica o general de qué

---

<sup>2</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 890. Quien diere a otro recomendación o consejo, no responderá por el daño que de ello resultare.



se entiende por aquellas, aunque sí contiene definiciones puntuales de buena fe y de mala fe, aplicable a casos concretos, que iré mencionando más adelante, cuando quepa, al pasar los párrafos.

Cuando pensé en la falta de esa definición genérica y abarcante a todos los casos, de estas expresiones tan jurídicamente populares, recordé aquellas máximas que, desde la cátedra universitaria oía de algunos de mis maestros de antaño: “*el código civil paraguayo es un código moderno y, por tanto, no contiene definiciones*”. Creí a pie puntillas esas sentencias magistrales de algunos catedráticos... durante un tiempo, hasta que entendí que podrían no ser certeras y que si bien respetaba y admiraba –y lo sigo haciendo– a aquellos maestros de ayer, tal como dicen que afirmó Aristóteles sobre Platón, más amigo soy de la verdad.

Así, luego de revisarlo, concluí que nuestro Código Civil tiene definiciones y en grandes cantidades, y si bien no es objeto de este breve trabajo, pondré de muestras algunos ejemplos, para graficar mi posición.<sup>3</sup> Por otra parte, no encuentro

---

<sup>3</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 186 contiene la definición sobre qué debe entenderse por mala fe en los casos de nulidad de matrimonio.

Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 290 define el dolo como vicio del acto jurídico. Dicho sea de paso, esta definición es una traducción al castellano de la definición ya asentada por Ulpiano, quien la tomara, a su vez, del jurista Labeón. Como se ve, hubo poca originalidad en nuestro Código, que reproduce una ya muy extendida cadena de copias, aunque, en defensa de dicha copia, debe decirse también que aquella definición parece no haber perdido vigencia.

Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 421 define lo que se entiende por culpa.

Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1872 define lo que se entiende por “cosa”, con un grueso error de redacción, dicho sea de paso, pues ese artículo debería decir “*en este libro*” y no “*en este código*”. La evidencia esta notable equivocación del Código, la encontramos en el art. 1856 del C.C. que utiliza también la palabra “cosa” pero en otra acepción totalmente diferente, cuando dice “*según el curso natural y ordinario de las cosas*”, estableciendo así el llamado *juicio de previsibilidad*, significando esta última que una persona promedio tendrá que prever lo que sucederá como consecuencia de sus actos u omisiones, según lo que normalmente sucede en situaciones idénticas o, por lo menos, similares. Si aplicáramos el significado de “cosa”, según el art. 1872, a todo el Código Civil, incluyendo el art. 1856, la previsión normativa de este último sería, básicamente un absurdo ilegible, carente de todo sentido. Salta a la vista, por ende, el sustancial error de redacción del art. 1872, en el sentido apuntado.

Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1985 define qué se entiende por mala fe, cuando otro siembra, planta o construye en terreno ajeno.

---

inconveniente alguno en que un Código Civil contenga definiciones, siempre que estas sean válidas, correctas y vigentes en relación con la realidad social que regulan. El riesgo de definir, obviamente, está en que la definición no reúna todas esas características.

Al respecto de qué se entiende por *definición*, en la obra “*Elogio de la locura*”, Erasmo de Rotterdam, siglo XVI, ya decía: “*Razonemos un poco: ¿qué es definir? Es encerrar la idea de una cosa en sus justos términos*”. Por ende, la *definición* es un paso cualitativo en relación con el *concepto*, y este último es una idea que se representa mentalmente y que se manifiesta lingüísticamente, muchas veces en una sola palabra y esta —la palabra— no es sino un artificio arbitrario que inventamos los seres humanos para denominar todo lo que pensamos. Así, si digo “árbol”, “libro”, “hipoteca”, “música” o “compasión”, quienes me oigan imaginarán aquella idea o *concepto* que es identificado con cada una de las palabras pronunciadas. Luego vendrá la *definición* de esos conceptos que consistirá, como dijo ya Erasmo de Rotterdam, en *encerrar esa idea en sus justos términos*.

Volviendo al tema de la buena fe y la falta de una definición genérica en el Código Civil, debo señalar que varias veces me asaltó la interrogante sobre porqué un tema tan importante, tan recurrentemente citado por tirios y troyanos en tan diversa amplitud de litigios judiciales, conflictos extrajudiciales, exposiciones catedráticas y doctrina especializada no había merecido un artículo que definiera, en forma abarcante, qué se entiende por “buena fe” y así, cuando se la invoca, todos sabremos exactamente de qué estamos hablando. La duda, dicho sea de paso, no me ha abandonado.

Habiendo alguna vez acometido el temerario acto de disertar sobre la buena fe,<sup>4</sup> —temeridad que, confieso, repetí luego, tal vez impulsado por lo interesante del tema—, me aboqué a determinar qué significaba, con la mayor precisión posible, la buena fe, dada aquella carencia ya mencionada, de una definición genérica y

---

Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1994 define qué es buena fe, pero solo para el caso puntual y concreto de la posesión de las cosas. De hecho, así lo menciona expresamente ese artículo.

<sup>4</sup> En las “Jornadas Binacionales de Derecho Civil” que tuvieron lugar en Asunción, en junio de 2022.



abarcante en la ley. Entonces, entretenido en preparar aquella conferencia, tropecé con la evidencia que no había una sola buena fe, sino que había, por lo menos, dos.

Una primera buena fe llamada subjetiva o “buena fe creencia” y otra llamada objetiva o “buena fe conductual”.

¿En qué consiste cada una de ellas? ¿Qué las semeja y qué las diferencia? Fueron algunas preguntas que me hice en aquel momento y que intento poner por escrito ahora. Para volver un poco más complejo el tema, encontré también que la expresión “mala fe” se correspondía, espalda con espalda, como antagonista necesaria de un par binario, solo con una de las dos definiciones de buena fe y no con ambas.

### 3. Primer significado: la buena fe subjetiva o buena fe creencia

La primera acepción de la buena fe, que llamamos subjetiva o creencia, parte de un error cometido por el sujeto o de un estado de ignorancia de este. El sujeto cuya conducta estamos analizando se está equivocando sobre algo que le interesa o ignora la real situación y esto constituye la base del derecho o del interés jurídicamente tutelado que quiere invocar a su favor. Este sujeto, sin embargo, ignora o se está equivocando sin culpa, inocentemente, convencido de la lealtad de la posición que asume, sin dobleces. Esta posición es armónica con la disposición del C.C. en referencia al error no imputable, en donde se establece el mismo principio, es decir, que el error no culpable —cuando existió motivo para errar— no perjudica a quien lo cometió.<sup>5 6</sup>

---

<sup>5</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 289. El error no perjudica cuando ha habido razón para errar, pero no podrá ser alegado cuando procediere de negligencia imputable. En este caso, quien fundado en su propio error invocare la nulidad del acto para sustraerse a sus efectos, deberá indemnizar a la otra parte el daño que ha sufrido, siempre que ella no lo hubiere conocido o debido conocerlo. No será admitido este resarcimiento en las disposiciones de última voluntad.

<sup>6</sup> “*La buena fe no puede consistir en la inocencia del ingenuo o del negligente. Si esa persona que alega buena fe no conoció el hecho irregular que se encontraba detrás de la situación a pesar de que cualquier persona razonable se hubiera dado cuenta de que tras las cortinas existía gato encerrado que maullaba su irregularidad, no estamos ante una situación de buena fe sino de necesidad*”. LÓPEZ MESA, Marcelo y BARREIRA DELFINO, Eduardo (Directores). Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo I, 1ª Edición, Editorial Hammurabi, Comentario al

Es subjetiva esta buena fe porque afecta las convicciones sinceras del sujeto —de ahí su nombre— y la llamamos “buena fe creencia” porque es precisamente lo que le sucede a ese sujeto: cree, cree en algo, con absoluta certeza de la honestidad de su convencimiento, pero se está equivocando o ignora la realidad del asunto y, a pesar de esa equivocación o de esa ignorancia, hubo razón para ello, es decir, que el error no es imputable a quien se equivocó y este, persuadido de ostentar legítimamente una posición jurídica, la reclama como legítima.<sup>7 8</sup>

---

art. 9º., p. 206, donde se cita a DE TRAZEIGNES GRANDA, Fernando “Desacralizando la buena fe en el derecho”, en Tratado de la buena fe en el derecho, Córdoba (dic.), 2004, t. II, p. 34.

<sup>7</sup> “En este plano conceptual y, a la luz de las diversas normas citadas arriba, actúa de buena fe quien, pese a hacerlo incorrectamente, lo hace sin conciencia de tal irregularidad, determinado por elementos de juicio que verosíblemente pudieron haberlo convencido de que su actuación era correcta. . . . La buena fe como concepto se levanta a partir de un error definitivo, que debe ser excusable, esto es, invencible para quien ha actuado con una diligencia normal. Puede verse así que la buena fe es un concepto que el derecho ha edificado para legitimar situaciones que serían ilegítimas, si no estuvieran bonificadas por ella. En este plano la buena fe opera en una dimensión cognoscitiva, la buena fe como concepto radica en la creencia equivocada de una actuación correcta. En ciertos casos, el derecho bonifica cierto nivel de desconocimiento, error o confusión fáctica razonable, blindando al sujeto que yerra de las consecuencias que el acto le traería aparejadas, si no gozara de esta especial protección”. LÓPEZ MESA, Marcelo y BARREIRA DELFINO, Eduardo (Directores). Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo I, 1ª Edición, Editorial Hammurabi, Comentario al art. 9º., p. 206.

<sup>8</sup> “En nuestra opinión buena fe subjetiva refiere al estado de conciencia o convencimiento del individuo de estar actuando conforme a derecho. Es subjetiva pues depende de la intención o íntima convicción del sujeto. Se sustenta en la ignorancia o creencia errónea, y por tanto, excusable, acerca de la situación real del bien o de la situación jurídica propia de cierta persona. . . . En nuestra opinión, si bien es cierto que algunos autores ponen el acento en la buena fe subjetiva en el error en que incurre subjetivamente el sujeto, en realidad lo importante es aquello en lo que se confió como real. Esta confianza legítima en lo que se le presenta al sujeto como real es lo que se protege. El sujeto tiene el derecho de confiar en lo que se le muestra como real y que se le proteja si actuó diligentemente. Este error pierde relevancia como tal, pues lo realmente significativo es la creencia y en lo que se cree. No importa la realidad de cómo fue ese error sino en lo que legítimamente se confió, que es lo convalidante. Si se tiene conciencia o conocimiento de que existe error no se puede invocar la buena fe pues en este caso se estaría actuando de mala fe”. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo “Buena fe contractual”. Intercontinental Editora, Asunción, Paraguay, 2019, Págs. 90/91.



Por tanto, acertadamente la doctrina sostiene que esta buena fe subjetiva o “creencia”, más que un estado volitivo es un *estado psicológico*, ya que la voluntad del sujeto está afectada por el error no imputable o culpable, pero, a pesar de este, la persona cree que se cumple la situación de hecho que producirá, a su favor, una consecuencia jurídica que le conviene o le interesa.<sup>9</sup>

Si bien no es un ejemplo jurídico, encuentro muy asible la narración hecha por García Márquez, en la obra que le valió el Premio Nobel de literatura en 1982, “*Cien años de soledad*” a efectos de describir cuál es la idea medular de la buena fe subjetiva o creencia. Nótese como en el relato, se pone de manifiesto la creencia sincera y honesta de una persona en una situación que espera le produzca un beneficio y como, evidentemente, ese personaje de la trama, está, en realidad, profundamente equivocado: “*Para conjurar el supuesto maleficio de Fernanda, le indicó a Aureliano Segundo que mojara una gallina chueca y la enterrara viva bajo el castaño, y él lo hizo de tan buena fe, que cuando acabó de disimular con hojas secas la tierra removida, ya sentía que respiraba mejor*”.<sup>10</sup>

### 3.1. Buena fe subjetiva o “creencia” en los contratos

#### a.) La buena fe subjetiva o “creencia” en la protección a los terceros

**Primer caso: quien contrata con una persona privada de razón, no conociéndose esa circunstancia (art. 87 C.C.)**

Un claro caso de buena fe subjetiva o “creencia” se presenta en los supuestos de aquellas personas que adquirieron bienes de una persona que parecía lúcida y capaz,

---

<sup>9</sup> Ver al respecto, el muy recomendable artículo titulado: *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*, de la autora colombiana Martha Lucía Neme Villareal.

Recordemos que esta buena fe subjetiva no se presentará cuando el error de la persona es debido a su culpa, pues el derecho no ampara la equivocación por torpeza. Un claro ejemplo de esto lo tenemos en el siguiente artículo del Código Civil: Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 2064. La buena fe del adquirente debe existir en el momento de la tradición. Queda excluida por el hecho de que la creencia en el derecho del enajenante sea imputable a negligencia o culpa del adquirente.

<sup>10</sup> GARCÍA MARQUEZ, Gabriel. *Cien años de soledad*. Editorial Sudamericana S.A., España, 1995, p. 462.

---

pero que estaba ya privada de discernimiento al momento de realizar el acto jurídico de disposición, no siendo de público conocimiento, la pérdida de dicha capacidad.<sup>11</sup>

En este caso, una persona que ya estaba afectada por alguna psicopatología que le impedía saber o entender qué estaba haciendo, dispuso de un bien suyo, cumpliendo las formalidades requeridas. Ni el adquirente ni cualquier otra persona, fuera del entorno de quien dispuso, sabía de esa situación –por caso, una enfermedad mental grave– pues ella no se evidenciaba a simple vista ni era de público conocimiento. En esas condiciones, se realiza el acto jurídico de disposición. Luego de ello se formula la denuncia por insania o interdicción del sujeto que dispuso del bien, por causa ya existente al tiempo de la transferencia; sin embargo, el que adquirió obró de buena fe –subjetiva o “creencia”– porque entendía, sin su culpa, que el vendedor era plenamente capaz, pues no había sentencia judicial inscrita que lo declare incapaz, porque lucía completamente hábil, ya que no había signo externo alguno que hiciera pensar lo contrario y porque no era de público conocimiento su alteración mental. En este caso, como vemos, nuevamente se parte de un error, de una equivocación del sujeto que compró el bien, pues este entendía que el vendedor era capaz y, en realidad, no lo era, pero aquel obró en la creencia sincera y transparente que el acto jurídico lo otorgaba con una persona que, al igual que él, podía disponer de sus bienes.

Obviamente, el coto es puesto ante las situaciones de evidencia de alteración mental en la persona que dispuso de su bien –por caso, por manifestaciones de conductas claramente incoherentes y desarregladas con la que una persona capaz observaría o por poseer claros signos externos reveladores, como las personas con síndrome de Down– o ante el conocimiento general de dicha situación, es decir, que dicha alteración sea de conocimiento público –extremos estos que deben ser probados, en su caso– o ante la inscripción de la resolución judicial que priva de capacidad al

---

<sup>11</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 87. Los actos anteriores a la interdicción podrán ser anulados si la causa de ella, declarada por el juez, era de público conocimiento en la época en que los actos fueron otorgados, respetándose los derechos adquiridos por terceros de buena fe.



denunciado.<sup>12</sup> En estos supuestos, debidamente constatados, ya no cabría presumir la buena fe del adquirente.

### **Segundo caso: quien contrata con cónyuges, cuyo matrimonio, luego es anulado (art. 187 C.C.)**

El art. 187 protege a los terceros que contrataron de buena fe con los cónyuges, cuyo matrimonio, luego, fue anulado. ¿Qué buena fe es la de los terceros? Obviamente, la buena fe subjetiva o “creencia”. Ellos estaban sinceramente convencidos que contrataban con dos personas unidas en matrimonio legítimo y que, por tanto, se aplicaba a ese contrato las reglas establecidas por la ley a quien contrata con cónyuges.

Por ende, anulado el matrimonio, dicha nulidad no perjudicará a esos terceros, quienes serán protegidos. Por ello, si los cónyuges cuyo matrimonio, luego, fue anulado, han contratado profesionalmente a una persona, o han tomado un préstamo hipotecario con un tercero, o lo han empleado laboralmente, todos esos contratos (el de locación de servicio u obra profesional, el préstamo con garantía real hipotecaria y el contrato laboral) serán válidos y los cónyuges –aun con matrimonio anulado posteriormente– mantendrán todas sus obligaciones –y derechos– con relación a las personas con quienes hayan formulado dichos contratos, habiendo obrado estos últimos, repito, con el convencimiento interno y sincero de la rectitud de su obrar, es decir, con buena fe subjetiva o “creencia”.<sup>13</sup>

### **Tercer caso: quienes contratan con quien adquirió un bien simuladamente (arts. 308 y 309 C.C.)**

La simulación, en la vida social y jurídica de los seres humanos, es una situación no solo repetida sino claramente inevitable. En la simulación, dos o más partes se han propuesto engañar a todos los demás integrantes de la sociedad, realizando un acto jurídico que no tiene sustancia alguna –simulación absoluta– o que no es real en algunas cláusulas y no real en otras –simulación relativa–. Obviamente, en estos actos simulados, la apariencia palpable de ellos, hace que quienes integramos la

---

<sup>12</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 86. Inscripta en el registro la sentencia que declare interdicta o inhabilitada a una persona, serán de ningún valor los actos de administración y disposición que ella realice.

<sup>13</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 187. La nulidad del matrimonio no perjudica los derechos de terceros que de buena fe hubiesen contratado con los cónyuges o con algunos de ellos.

---

sociedad veamos únicamente esa manifestación externa que han hecho las partes y no podremos saber, por lo menos a simple vista, si el acto es real o no. Siendo ilícita y debidamente probada, un juez puede declarar la nulidad del acto jurídico por simulación. Más que lo dicho hasta aquí, no desarrollaré en referencia a la simulación y me limitaré solo a considerar dos artículos, el 308 y el 309, de nuestro Código Civil, en cuanto aluden a la buena o mala fe con que hayan actuado los terceros en relación a quienes fueron parte del acto simulado.

En primer término, tenemos el art. 308 del C.C. que consagra un principio sumamente trascendente, en protección de todos los integrantes de la sociedad: los actos jurídicos que los terceros extraños al acto simulado hayan realizado con el titular aparente no son afectados por la eventual admisión de la demanda entablada por el titular real —quien vendió simuladamente el bien— contra el titular aparente, siempre que dicho tercero extraño al acto haya actuado convencido, de buena fe —subjetiva o “creencia”— que en realidad estaba negociando con el titular de dicho inmueble.

Explicemos lo afirmado previamente con un ejemplo: una persona vende simuladamente un inmueble a otra. Cumpliendo todas las formalidades, se inscribe la transferencia en los registros públicos pertinentes. En esa situación, quien compró simuladamente lo vuelve a vender a un tercer adquirente. A este tercero no será oponible la eventual sentencia que se dicte en el proceso que las partes del acto simulado tengan entre sí. Por ende, aunque se declare la simulación, el tercero no será privado de la propiedad del bien, por haber obrado con buena fe subjetiva o “creencia”, en este caso, basado en las constancias registrales respectivas —cuestión que se conoce como buena fe registral—.

Como ya fuera señalado, este art. 308 establece una protección general a favor de todos los integrantes de la sociedad, pues las personas se imponen de las condiciones de los bienes registrables que adquieren, de acuerdo a las constancias obrantes en los registros públicos y si estos nada dicen al respecto, habrá de estarse a dichas constancias, por lo que si no se prueba, de alguna forma convincente que dicho tercero sabía que el vendedor no era verdaderamente el dueño del inmueble que le



vendió, aquella simulación hecha entre este y el propietario real, le será inoponible al tercero.<sup>14</sup>

Claramente, estamos en presencia de una buena fe subjetiva o “creencia” de parte del tercero extraño al acto jurídico simulado, buena fe que deberá presumirse hasta tanto el titular real del bien logre probar fehacientemente que dicho tercero sabía o debía saber que el acto jurídico concretado entre quien le vendió el bien y aquel de quien este lo adquirió era, en realidad, simulado, extremo sumamente dificultoso – en puridad, casi imposible– para quien demande esta nulidad. Por tanto, el titular real del bien transferido simuladamente podría hasta probar que el primer acto jurídico era simulado y hacer responsable al titular aparente de las consecuencias jurídicas de haber vendido un bien que era ajeno, pero dicha conclusión no será oponible al tercero de buena fe –subjetiva o “creencia”– cuya adquisición del bien en cuestión quedará a salvo.

Por otra parte, el titular aparente –quien adquirió simuladamente el bien– puede realizar actos administrativos sobre el bien registrable en cuestión, como arrendarlo, preñar o hipotecarlo. En estos casos, los derechos de los terceros que hayan obrado convencidos de que les asistía un auténtico derecho por estar negociando con quien figuraba registralmente como dueño del bien, quedarán a salvo, es decir el contrato de alquiler –de estar inscripto en los registros pertinentes– la prenda o la hipoteca constituida sobre el bien, serán válidos, a pesar de declararse judicialmente que el acto jurídico de compra era simulado.

Del mismo modo, las normas del Código Civil protegen a los acreedores del titular aparente que ejecutaron, de buena fe, el bien que este había adquirido simuladamente. Recordemos que el patrimonio es la prenda común de los acreedores. Si los acreedores encuentran dentro del patrimonio de su deudor un bien registrable, no pueden saber si lo adquirió real o simuladamente, pues no existe constancia de ello en los documentos por los que ingresa el bien al patrimonio de esa persona, como

---

<sup>14</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 308. Los terceros perjudicados por un acto simulado tienen acción para demandar su anulación, pero los efectos de la sentencia no afectarán la validez de los actos de administración o enajenación celebrados a título oneroso con otras personas de buena fe. Esta disposición se aplicará igualmente a la anulación declarada judicialmente o efectuada por acuerdo de las partes que otorgaron el acto simulado.

los títulos que se inscriben en los registros públicos. Por este motivo, si los acreedores han tomado en consideración el patrimonio del deudor, al momento de nacer la obligación, es ese patrimonio —que incluye los bienes simuladamente adquiridos— el que deberá responder de las deudas, siendo inoponible la eventual declaración de simulación que sea pronunciada judicialmente. Notamos que se tratan, nuevamente, de una norma que protege el interés general de la sociedad, y que, particularmente, protege a aquella persona que, de buena fe, entendió y estuvo convencida que el bien en cuestión formaba parte del patrimonio del deudor.<sup>15</sup>

#### **Cuarto caso: el fraude a los acreedores o pauliano (arts. 311 y 312)**

Como medida conservatoria del crédito, nuestro Código Civil también contempla la acción revocatoria o pauliana que se funda en el llamado fraude a los acreedores o fraude pauliano.

La ley separa la impugnación formulada por los acreedores contra los actos de disposición que realizaron sus deudores quirografarios, dividiéndolos según esos actos jurídicos hayan sido gratuitos u onerosos. En ese sentido, para la impugnación de los primeros, se requiere que el acto gratuito haya provocado o agravado la insolvencia del deudor y que el crédito del acreedor sea anterior a la fecha del acto jurídico impugnado.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 309. La simulación no podrá ser opuesta por los contratantes a los acreedores del titular aparente que de buena fe hubieren realizados actos de ejecución sobre bienes que fueron objeto del contrato simulado. Los acreedores del que simuló la enajenación podrán impugnar el acto simulado que perjudique sus derechos y, en el conflicto con los acreedores quirografarios del adquirente simulado, serán preferidos a éstos si su crédito fuere anterior al acto simulado.

<sup>16</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 311. Los actos de disposición a título gratuito practicados por el deudor insolvente, o reducido a la insolvencia por causa de dichos actos, pueden ser revocados a instancia de los acreedores. Si por virtud del acto se tratare de eludir la responsabilidad derivada de la comisión de un delito penal, no hará falta que el crédito sea anterior a dicho acto.

Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 430. El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. Las limitaciones de la responsabilidad son admitidas solamente en los casos establecidos por la ley.



Con respecto a la impugnación de los actos a título oneroso, a los dos requisitos citados, se le suma uno más: el indebidamente llamado *consilium fraudis*, pues para el caso de nuestro país no se llega al punto de requerirse la complicidad del tercero, sino solo que este sepa o haya debido saber que, con dicha transferencia hecha a su favor, el deudor caía o agravaba su insolvencia.

Fijémonos en la impugnación contra los actos de disposición a título oneroso y remitámonos, precisamente al requisito señalado: que el adquirente haya sabido o debido saber que, con la disposición del bien en cuestión, el deudor caía o agravaba su insolvencia, por ser esta notoria o por haber fundado motivo para ser conocida por el tercero.

Si bien el art. 312 no lo menciona expresamente, la alusión a la buena fe es más que evidente. Si el tercer adquirente obró de buena fe, es decir, si no había motivos ni pruebas para sostener que este sabía o debía saber que la transferencia hecha a su favor provocaría o agravaría la insolvencia de la persona que le transfirió el bien, ni esta insolvencia era notoria, entonces no se reunirá el tercer requisito indispensable para la procedencia de la acción revocatoria o pauliana, es decir, no se considerará probado el mal llamado *consilium fraudis*.

La buena fe a la que se refiere esta norma, evidentemente, es la subjetiva o “creencia” pues el tercer adquirente solo debe estar convencido de la rectitud de su conducta, en el sentido de desconocer la aludida insolvencia en la que caería quien le transfirió el bien aludido.<sup>17</sup>

### 3.2. Buena fe subjetiva o “creencia” en la posesión de cosas

#### Primer caso: la buena fe subjetiva en relación con el título (art. 1918 C.C.)

Analizaremos solo la primera parte del art. 1918 del C.C., en donde encontramos una referencia evidente a la buena fe subjetiva o “creencia”. En la norma se refiere a la posesión de buena fe subjetiva pues utiliza la expresión “estuviere persuadido” refiriéndose al poseedor y la creencia que este tiene sobre la legitimidad del título

---

<sup>17</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 312. Serán igualmente revocables los actos onerosos practicados por el deudor insolvente, cuando la insolvencia fuere notoria, o hubiese fundado motivo para ser conocida del otro contratante, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción sea anterior al acto fraudulento.

en virtud del que ejerce la detentación de la cosa.<sup>18</sup> La segunda parte del art. 1918 debería ser analizada en el ámbito de la mala fe.<sup>19</sup>

### **Segundo caso: definición de buena fe subjetiva en relación con la posesión (art. 1994 C.C.)**

Claramente tenemos otro caso de buena fe subjetiva o “creencia” en el art. 1994 del C.C. que se relaciona, como ya se anticipó, con la posesión para usucapir.<sup>20</sup> Como podemos ver, en este caso el sujeto está convencido que la posesión que tiene es

---

<sup>18</sup> “*En agudos conceptos ha resuelto el Tribunal Supremo de España que la buena fe en el campo de los derechos reales no es un estado de conducta, como ocurre en el ámbito de las obligaciones y contratos, sino un estado de conocimiento que nada tiene que ver con la maquinación y el engaño, sino con el creer o ignorar si la situación registral era o no exacta respecto de la titularidad dominial que proclama. (TS España, Sala 1ª, 16/2/81, ponente Señor Beltrán de Heredia y Castaño, LLA (España, 1980–1–284))*”. LÓPEZ MESA, Marcelo y BARREIRA DELFINO, Eduardo (Directores). Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo I, 1ª Edición, Editorial Hammurabi, Comentario al art. 9º, p. 206.

<sup>19</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1918. El poseedor será de buena fe cuando el poder que ejerza naciere de un título y por error de hecho o de derecho estuviere persuadido de su legitimidad. El título putativo se equipara al existente, cuando el poseedor tenga razones atendibles para juzgarlo tal o para extenderlo a la cosa poseída. El poseedor será de mala fe, cuando conozca o deba conocer la ilegitimidad de su título.

<sup>20</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1994. La buena fe exigida por este Código, es la creencia sin duda alguna, en el poseedor de ser titular legítimo, del derecho.

Comentario: puede notarse de manera clarísima, nuevamente el grueso error de redacción de la norma al mencionar “*en este código*” debiendo decir —y así entenderse— “*en este libro*” que es el Libro IV, “De los derechos reales” pues, como vimos, existen por lo menos dos tipos generales de buena fe —la subjetiva o creencia y la objetiva o conductual— encuadrándose la buena fe citada en este artículo 1994, en la primera de ellas, al efecto de determinar la manera en que quien pretenda usucapir se comportaría en relación a la cosa pretendida.

En sentido similar, la legislación extranjera define la buena fe subjetiva o “creencia” en función a la usucapición: Ley de 1855, “Código Civil” de Chile, art. 706 (idéntico al art. 768 del C.C. colombiano). La buena fe es la *conciencia* de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.



legítima, que no afecta indebidamente derechos de terceros, que su relación con la cosa que pretende adquirir por prescripción es sana y carente de vicios.<sup>21</sup>

En este caso, evidentemente, existe un error ya que para acceder a la llamada prescripción corta de 10 años, regulada en el art. 1990 del C.C.,<sup>22</sup> el poseedor debe tener buena fe en la posesión, es decir, debe estar convencido, sin su culpa, de la legitimidad de su derecho a poseer. Típico caso de esto se presenta en las llamadas transferencias “*a non domino*” que se da cuando una persona que no es la titular del inmueble ha transferido el bien a quien, luego, invoca esta transferencia, como base de su pretensión de usucapión. Evidentemente, como se dijo, se parte de una equivocación del sujeto, quien *creía* que la posesión le correspondía por el acto jurídico que entendía era válido.

#### 4. Segundo significado: la buena fe objetiva o buena fe “conductual”

Por otra parte, la llamada buena fe objetiva o buena fe “conductual” implica que una persona está constreñida no solo a entender que su obrar es correcto, sino a actuar efectivamente de esa manera con la otra persona con la que entabla una relación jurídica.

Esta buena fe objetiva o “conductual” implica observar un comportamiento que está fundado en la lealtad, la rectitud, la honestidad y hasta en la cooperación que se deben las personas entre sí y llega al punto en que una persona está obligada a

---

<sup>21</sup> “En efecto, de buena fe se habla no solo a propósito de las obligaciones y de los contratos, sino también en materia de posesión, configurando determinados efectos cuando la posesión sea de buena fe. Por otra parte, se menciona la buena fe a propósito de los terceros, que adquieren de persona no se halla efectivamente legitimada para conferir el derecho de que se trate, pero que frente a ellos aparece como legitimada: buena fe, por tanto, consiste en la razón de admitir la existencia de una relación cualificante, que de hecho no existe, pero que al otro contratante le parece existente.” BETTI, Emilio. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado Madrid.

<sup>22</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1990 Quien hubiere adquirido un inmueble de buena fe y con justo título, obtendrá el dominio del mismo por la posesión continua de diez años. En iguales condiciones podrá adquirir los bienes el que posea una herencia, cuando medie declaratoria a su favor en virtud de la muerte real o presunta del titular.

Este precepto se aplicará al legatario de cosa determinada.

comportarse de modo tal que, en cierta medida, cuide los intereses ajenos, pues se tratan de intereses de otro miembro de la misma sociedad.<sup>23 24</sup>

Tal cual se hizo con la buena fe subjetiva o “creencia”, haré seguidamente una exposición solo sobre algunos artículos del Código Civil que contienen previsiones sobre la buena fe objetiva o “conductual”.

#### 4.1. Buena fe objetiva o conductual en el ejercicio de todos los derechos

Nuestro C.C. contiene una disposición en la que reúne la consideración de dos institutos diametralmente opuestos: el imperativo de actuar de buena fe en el ejercicio de los derechos y la repulsa al ejercicio abusivo de los derechos, precisamente como situación contraria al primero.

La redacción de la primera parte del art. 372 del C.C.<sup>25</sup> mueve a concluir que la norma se está refiriendo a todos los derechos de los cuales sea titular una persona, independientemente de su fuente: legal, contractual, de declaración unilateral, extracontractual, pre o postcontractual. Por ende, este imperativo se extiende

---

<sup>23</sup> Al respecto, ha dicho la doctrina sobre la buena fe objetiva o conductual, cuanto sigue: “se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado. La buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, entre otros deberes que emanan permanentemente de su profuso carácter normativo”. NEME VILLAREAL, Martha Lucía. Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos.

<sup>24</sup> “La buena fe objetiva opera como un modelo de conducta social debida, al cual se debe adaptar el comportamiento de la persona que integre la relación jurídica. Es una norma de conducta que impone un deber de fidelidad, de lealtad, de honestidad, de probidad y de cooperación. Se parte de la idea que no se debe aprovechar indebidamente del otro en su debilidad o en su desconocimiento, y refiere al actuar debido del hombre que procede con la diligencia media. Se conforma un deber de conducta impuesto al sujeto con base en una justificación ética o de justicia, siendo necesario aquí también ponderar el dolo o la culpa del sujeto. Así, quien actúa con culpa o dolo no puede luego invocar la buena fe ni objetiva ni subjetiva. En definitiva, la buena fe objetiva nos obliga a pensar en la protección de los derechos del otro”. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo “Buena fe contractual”. Intercontinental Editora, Asunción, Paraguay, 2019, p. 102.

<sup>25</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 372. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe...



indiscriminadamente, al ejercicio de cualquier derecho, imponiendo una conducta leal y honesta, carente de todo abuso –lo que seguidamente regula el mismo art. 372–<sup>26</sup> y que no dañe injustificadamente a otra persona durante su ejecución. Se trata, por ende, claramente de una buena fe objetiva o conductual, la regulada en esta norma.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 372. ... El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente.

<sup>27</sup> *“En esta segunda aceptación, la buena fe es una regla de conducta; una que requiere de los agentes un grado de lealtad y honestidad que permita descartar toda intención maliciosa en su actuación. ... La buena fe, que capta el art. 9º del CCCN, es una buena fe – lealtad que el derecho positivo impone, y que se aplica tanto a las relaciones contractuales como extracontractuales. La buena fe implica una serie de obligaciones, que se tornan exigibles, según las circunstancias y la naturaleza de la actuación del sujeto; el principio general de la buena fe siempre exige una actuación honesta, bienintencionada, pero si se trata de un contrato, esta obligación se desdobra en la obligación de información a la contraparte sobre aspectos esenciales del negocio a celebrar, la obligación de no actuar en forma reticente, es decir, silenciando aspectos centrales que afectan el consentimiento prestado, en la obligación de no contravenir con hechos las declaraciones, etcétera. El art. 9º del CCCN no encarna un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma completa, aplicable a todos los miembros de la comunidad jurídica, quienes deben comportarse lealmente en sus relaciones recíprocas, tanto en la fase previa como en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos e, incluso, en las situaciones jurídicas que los involucren”*. LÓPEZ MESA, Marcelo y BARREIRA DELFINO, Eduardo (Directores). Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo I, 1ª Edición, Editorial Hammurabi, Comentario al art. 9º., ps. 202/203.

Cabe decir, que el art. 9º del C.C.C. argentino del año 2015, tiene una redacción idéntica a la primera parte de nuestro artículo 372, por ende, los comentarios a aquel, son perfectamente aplicables a nuestra norma paraguaya.

Ley 26994/2014, “Código Civil y Comercial” argentino, art. 9º. Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

## 4.2. Buena fe objetiva o conductual en los contratos

### **Primer caso: Buena fe objetiva o conductual en la relación precontractual (arts. 689 y 690 C.C.)**

Nuestro Código Civil regula también las negociaciones que se entablan entre las partes a efectos de formalizar un contrato. Establece así, en dos artículos –los arts. 689 y 690– la llamada responsabilidad civil precontractual para los casos de daños generados en dicha etapa de negociación.

En el art. 689, lacónicamente, se dispone que las partes deberán comportarse, en dichas tratativas, de buena fe. Con esta disposición, implícitamente, el C.C. prohíbe la conducta de mala fe en dichas negociaciones previas. Refiere la norma, inequívocamente un deber de conducta y, con ello, en forma muy evidente, se nos presenta una obligación de buena fe objetiva o conductual en quien negocia un futuro acuerdo.<sup>28</sup>

La pregunta que surge en este caso es ¿qué se entiende por comportarse de buena fe en las negociaciones previas? La respuesta debería surgir de comparar la conducta observada por la persona con la que correspondería, en un plano abstracto, de acuerdo con lo que es correcto en el caso puntual y concreto.

Al respecto, la cuestión pasa por dos puntos: a) la seriedad en la negociación, de modo que las partes que negocian deben realmente perseguir, como finalidad, la formalización del contrato, aun cuando no lleguen finalmente a un acuerdo y, b) haber otorgado toda la información precisa, clara, oportuna, completa y con la debida anticipación, de modo tal que la otra parte pueda tomar una decisión adecuada sobre el negocio que pretende celebrar.

En cuanto al primer punto –tratativas serias, encaminadas a lograr un contrato– debe señalarse que las partes no son responsables por el solo hecho de no llegar a un acuerdo; sin embargo, sí lo son por haber iniciado o continuado esas negociaciones cuando, en realidad, su intención no era tal. En este punto, el aporte de *Unidroit*, en cuanto a la definición de mala fe precontractual referida a la seriedad de las tratativas previas, es insuperable y considero, plenamente convencido, que los

---

<sup>28</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 689. En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben las partes comportarse de acuerdo con la buena fe.



jueces de nuestro país, en estos casos, deberían aplicar la definición que, específicamente sobre el punto, propone Unidroit.<sup>29</sup>

Por su parte, el art. 690 del C.C., sin mencionarlo, también hace una alusión directa a la buena fe objetiva o “conductual”. En ese sentido, establece implícitamente el deber de debida conducta de las partes que negocian la formalización de un contrato, estableciendo la obligación recíproca de informarse –cumplimiento del deber de información– sobre alguna causa que, posteriormente, luego ya de la formalización del contrato podría traer aparejada, como consecuencia, la invalidez –normalmente, por vía de nulidad o la resolución– del contrato celebrado.<sup>30</sup>

En ese sentido, si una parte supiera de algún vicio que pudiera invalidar el acto, presente ya en el momento de la negociación, está obligada –deber objetivo de conducta– a informárselo debidamente a la otra parte, para evitar la consecuencia de la invalidación posterior. Si omitiere hacerlo, esa omisión constituirá mala fe, contraria como se dijo, de la buena fe objetiva o “conductual”, pues se esperaba en este caso, que la parte que negociaba ponga a disposición de la otra toda información

---

<sup>29</sup> Unidroit, art. 2.1.15 (Negociaciones de mala fe) (1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo. (2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte. (3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

Unidroit, comentario oficial hecho al art. 2.1.15. de la versión 2010: “Otros ejemplos son aquellos en que una parte, ya sea deliberadamente o por negligencia, ha engañado a la otra parte sobre la naturaleza o elementos integrantes del contrato propuesto, ya sea tergiversando realmente los hechos o absteniéndose de revelar ciertos hechos que, dada la naturaleza de las partes y/o del contrato, debieron haber sido revelados”.

<sup>30</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 690. La parte que conociendo o debiendo conocer, la existencia de una causa de invalidez del contrato, no hubiere dado noticia de ella a la otra parte, será obligada a resarcir a ésta el daño que sufriese por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato.

Unidroit, Art. 3.2.16 (Daños y perjuicios). Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

relevante, entre ella, las causales que podrían haber determinado, posteriormente, la ineficacia del acuerdo.

### **Segundo caso: buena fe objetiva o conductual en la interpretación de los contratos (art. 714 C.C.)**

El art. 714 del C.C. establece, igualmente, un deber de observar buena fe en la interpretación del contrato. Nuevamente, la alusión de la buena fe objetiva o “conductual” es evidente. Se trata de imponer a la persona una conjunta específica en el acto de establecer el alcance de las cláusulas de un contrato; por ende, esa parte que interpreta un contrato deberá obrar honesta y correctamente, atribuyendo a las palabras del contrato un sentido y alcance apropiado de acuerdo a la intención originaria de las partes. La alusión a la conducta –buena fe objetiva– es palmaria.<sup>31</sup>

### **Tercer caso: buena fe objetiva o conductual en la ejecución de los contratos (art. 715 C.C.)**

Existe una norma cardinal en el ámbito de los contratos y es la que está contenida en el art. 715 del C.C. que no es sino una transcripción ideológica de la norma contenida en el art. 1134,3 del Código Civil francés de 1804, repitiendo, por ende, este principio cardinal, acatado en todas las sociedades del mundo: el contrato es ley para las partes, completándose modernamente la fórmula con la adición del imperativo de cumplirlo de buena fe.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 714 C.C. Si a pesar de la aplicación de las normas precedentes, subsistiere la obscuridad del contrato, deberá este ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si fuere a título gratuito; y en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de las partes, si fuere a título oneroso. El contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe.

“...2) *La buena fe en la interpretación del acto: implica la confianza ante una declaración de voluntad de que sus efectos serán los previsibles, por normales, en un caso dado. Los jueces no deben admitir la reserva mental, ni aceptar como válida una diferente acepción de los vocablos que alguna de las partes diga haber querido significar para salvar su responsabilidad. Deben atenderse al uso común.*” BORDA, Guillermo A. El principio de buena fe, Diciembre de 1991, Revista Signos Universitarios. No. 20, p. 41.

<sup>32</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 715 C.C. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas



¿De qué tipo de buena fe hablamos? De una buena fe objetiva, conductual, que implique que la persona debe comportarse de una manera que haga todo lo necesario para no dañar a la otra, en el marco de la ejecución del contrato e, incluso, que colabore con la contraparte, ayudándola, en cuanto sea razonable y necesario, para el cumplimiento de la prestación por ella debida.<sup>33</sup>

### 5. Tercer significado: la mala fe

Así como una moneda tiene dos caras, la mala fe es la contracara de la buena fe objetiva o conductual. De este modo, cuando el Código Civil se refiera a la mala fe, se estará refiriendo a una conducta, producida con intención, en el sentido contrario al que debería haber sido observada. Por ende, la mala fe consistirá en aquella conducta u omisión que una persona observe, de manera consciente, sabiendo perfectamente que su actuar o su omisión es desleal con la otra parte, no es correcta o es deshonesto.

En ese sentido, la mala fe se dará cuando una persona hiciese lo que no debía hacer, u omitiese hacer aquello que debía hacer, produciendo –tanto la acción como la omisión– de manera voluntaria, con intención desleal, a fin de obtener algo

---

de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.

“...1) la buena fe en la celebración del contrato obliga a las partes a expresar sus ideas con claridad. Proviene del Derecho Romano y nuestros tribunales la han aplicado reiteradamente, en especial, en los contratos con cláusulas predispuestas. 3) Buena fe en la ejecución ...del acto: obliga al cumplimiento de las obligaciones de la forma que, en cada caso, es dable esperar entre personas de conducta recta...” BORDA, Guillermo A. El principio de buena fe, Diciembre de 1991, Revista Signos Universitarios. No. 20, p. 41.

Códigos Civiles de nuestro continente contienen disposiciones similares. Tomemos estos dos casos, como ejemplos:

Ley de 1855, “Código Civil” de Chile, art. 1546 (idéntico al art. 1603 C.C. colombiano). Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

<sup>33</sup> Unidroit recoge este deber de cooperación y se refiere expresamente al mismo en el siguiente artículo: Unidroit, Art. 5.1.3 (Cooperación entre las partes). Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última.

indebido y, muchas veces, dañoso para la otra parte y sabiendo que lo correcto era realizar exactamente lo contrario a lo hecho.

Por ende, tal como se anticipó, la mala fe será siempre objetiva o conductual.

Tampoco tenemos definiciones genéricas y abarcales en el Código Civil de lo que se debería entender por mala fe. Existen, sin embargo, referencias a qué debe entenderse por tal, en casos puntuales y concretos. Haré referencia, seguidamente a algunos de dichos casos.

Antes de ir a los casos, nuevamente, traigo prestado un pasaje breve de *“Cien años de soledad”* de García Márquez, para graficar la idea central de una conducta realizada de mala fe, es decir, con notoria intención y dirección contraria a la que debería observar una persona que obre de buena fe, sabiendo, la persona que su conducta no es la correcta. No es un ejemplo extraído del Código ni siquiera es un ejemplo jurídico, pero expresa claramente la esencia de este tipo de conducta: *“La idea de un Macondo peninsular prevaleció durante mucho tiempo, inspirada en el mapa arbitrario que dibujó José Arcadio Buendía al regreso de su expedición. Lo trazó con rabia, exagerando de mala fe las dificultades de comunicación, como para castigarse a sí mismo por la absoluta falta de sentido con que eligió el lugar”*.<sup>34</sup>

## 5.1. Mala fe en el matrimonio

### Primer caso: definición de mala fe en la nulidad del matrimonio (art. 186 C.C.)

El art. 186 del C.C., tal como se había dicho al inicio de este breve trabajo, contiene una definición de mala fe, aplicado exclusivamente al obrar de los cónyuges que contrajeron un matrimonio que luego es declarado nulo. Claramente se refiere la norma a una conducta contraria a la que debió ser observada, siendo por ende el contrapunto a la buena fe objetiva o conductual.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. *Cien años de soledad*. Editorial Sudamericana S.A., España, 1995, p. 24.

<sup>35</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 186. Consiste la mala fe de los cónyuges en el conocimiento que tenían, o debieron tener antes de la celebración del matrimonio, acerca de la causal que determinó su nulidad...



La norma declara también, expresamente, un derecho a la indemnización que tiene el cónyuge de buena fe contra el de mala fe. En este caso, la alusión a la buena fe del cónyuge es una buena fe subjetiva o “creencia” pues este estaba convencido – creía–, sin su culpa, que se casó con una persona que no tenía impedimentos que invalidarían posteriormente el vínculo matrimonial y que no había ninguna causa que produjera esa consecuencia.<sup>36</sup>

### **Segundo caso: La mala fe en relación con los hijos habidos en el matrimonio anulado (art. 185)**

Establece el art. 185 del C.C. que, aunque los cónyuges contrajeron el matrimonio posteriormente anulado de mala fe, es decir, sabiendo ambos que no sería válido por la existencia de un impedimento y, de todos modos, observaron la conducta incorrecta, casándose, ello no tiene repercusión sobre la condición de hijos matrimoniales de aquellos que fueron concebidos antes de la declaración de nulidad matrimonial.<sup>37</sup>

Se sigue de esto, tal cual se anticipó, que se trata de una conducta contraria a la que debía haber sido observada por las personas involucradas en el matrimonio en cuestión, ya que las mismas debieron abstenerse de contraerlo. Obraron a conciencia y de manera opuesta a lo correcto y honesto. Produjeron así un matrimonio nulo, obrando con mala fe, que es, como se dijo, la contracara a la buena fe objetiva o conductual; sin embargo, a pesar de la nulidad del matrimonio, la condición de hijos matrimoniales no era afectada. Dicho sea de paso, esta norma hay que entenderla en el momento histórico de su promulgación; hoy día ya no existen diferencias de nomenclatura ni de derechos entre los hijos de una persona –art. 53 de la Constitución de la República–.

---

<sup>36</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 186. ...El contrayente de mala fe deberá indemnizar al de buena fe de todo daño resultante de la nulidad del matrimonio.

Ley 1/92 “De reforma parcial del Código Civil”, art. 78. En caso de nulidad de matrimonio por sentencia firme el cónyuge de buena fe tendrá derecho a ser indemnizado por el culpable.

<sup>37</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 185. La anulación de un matrimonio, aunque ambos cónyuges sean de mala fe, no obsta a la calidad de hijo matrimonial del que haya sido concebido antes de la sentencia que la declare.

## 5.2. Mala fe en los contratos

El Código Civil, tal como vimos al tratar la buena fe objetiva o conductual, impone que las partes se comporten con corrección y lealtad hacia la otra con la cual negocia un contrato, e interpreta y ejecute el contrato con igual rectitud de comportamiento –lo habíamos visto al analizar los arts. 689, 714 y 715, respectivamente–.

Este solo imperativo de conducta correcta, impuesta por el C.C. en los tres momentos más importantes en un contrato, lleva implícita una prohibición obvia: la genérica prohibición de comportarse de mala fe. Es decir, si la norma impone una conducta de buena fe, implícitamente prohíbe lo contrario, es decir la conducta de mala fe.

Podríamos tener lo afirmado en los párrafos previos, como una norma de conducta evidente y hasta de fácil evocación, cuando sea necesario recordarla. Sin embargo, el Código va un poco más y establece –además de la prohibición implícita mencionada– otras consecuencias perniciosas para quien obre de mal fe, en casos puntuales que regula. Veamos algunos de ellos:

El art. 1774 establece consecuencias más gravosas para el vendedor de mala fe que transfiera una cosa, habiendo conocido del vicio de evicción, es decir, del derecho sobre la cosa vendida, al tiempo de la transferencia.<sup>38</sup>

Por su parte, en los casos de donación, quien recibe la donación no puede reclamar al donante, si perdió la cosa donada, por vicios de evicción, es decir, por vicios en el derecho sobre la cosa objeto del contrato; es más, ni siquiera puede reclamar los gastos hechos en relación la donación frustrada, salvo que la donación haya sido hecha de mala fe, sabiendo el donante que la cosa no era suya y procediendo, de todos modos, a regalarla.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1774. El vendedor de mala fe, que conoció al tiempo de la venta el peligro de la evicción deberá al arbitrio del comprador, el mayor precio de la cosa, o todas las sumas desembolsadas, aunque fueren gastos de lujo o de mero placer.

<sup>39</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1785. Si la cosa donada fuere objeto de la evicción, el donatario no tendrá recurso contra el donante, ni aún por los gastos que hubiere hecho con motivo de la donación, salvo en los casos siguientes: ... b) cuando la donación fue hecha de mala fe, sabiendo el donante que la cosa no era suya;



### 5.3. Mala fe en la repetición de pago

Esencialmente vinculado a la ejecución del contrato, tenemos el pago, entendido como cumplimiento de la prestación a cargo del sujeto obligado sea de dar, de hacer o de no hacer. El pago es un acto jurídico, según la mayoría de la doctrina cuya opinión compartimos, pues reúne todos los elementos del acto volitivo completo y sin vicios, debidamente exteriorizado, aun cuando se trata de una obligación de no hacer, por omisión, y con evidentes consecuencias jurídicas —en primer lugar, extinción de un derecho de crédito y de sus relaciones jurídicas accesorias, como las garantías que lo acceden—.

Este pago, producido en el momento de la ejecución del contrato debe ser producido, igualmente, de acuerdo con buena fe objetiva o conductual —art. 715 del C.C.— lo que implica a su vez, prohibir toda práctica de mala fe en el acto del cumplimiento.

Dicho esto podríamos tener por suficiente al sistema que prohíbe la conducta de mala fe en el momento del pago de todo tipo de obligación y, puntualmente, en los contratos. Sin embargo, el Código Civil se encarga igualmente de establecer ciertas consecuencias jurídicas muy específicas para aquellos casos en lo que se presente algún acto de mala fe en el momento del pago, específicamente para quien ha recibido este.

En ese sentido, tenemos que el Código dispone que quien paga aquello que no debe puede repetir lo que pagó. Hasta ahí, la cuestión es muy obvia. Sin embargo, la buena o mala fe de quien cobró tendrá una gravitante influencia tratándose de los frutos e intereses: si el que cobró obró de mala fe, es decir, sabiendo que no le era debido el pago de esa obligación porque, por ejemplo, ya había sido pagada por un tercero interesado en ella —por caso, un fiador— y, de todos modos, procedió al cobro, deberá devolver lo recibido, con sus frutos —si fuere alguna cosa que los produjo— o intereses, si fuere una suma de dinero, corriendo estos desde el día del pago.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1819. El que paga lo que no debe tiene derecho a repetir lo pagado, con frutos e intereses desde el día de la demanda, si el que cobró procedía de buena fe; si era de mala fe, desde el día del pago.

---

Cabe decir que, en este caso, la persona que pagó aquello que no debía procedió con buena fe subjetiva o “creencia” pues creyó ser deudor, de buena fe y sin su culpa, sin serlo. Partió de un error y ello, no le perjudica, pues su equivocación fue sin culpa, pudiendo repetir lo pagado mal.

Mismo principio se observa tratándose de cosas ciertas recibidas. Quien recibe aquello que no le es debido, debe devolver la cosa cierta que le entregaron. La cuestión es, nuevamente, muy obvia, hasta aquí. Sin embargo, la buena y la mala fe intervienen nuevamente en cuanto se trata de la destrucción o la muerte de la cosa cierta recibida, extremos que impiden su devolución.<sup>41</sup>

Así, si quien recibió la cosa procedió de buena fe solo responderá si se enriqueció con la cosa y en esa medida. Como ejemplo, pensemos en un ganadero que recibo, por error, un toro, premiado en la Expo rural, perfectamente identificado, pero lo hace de buena fe, pues este ganadero compró un toro sumamente parecido y sus dependientes no se percataron del error en la identificación del animal. El toro, una vez recibido, es puesto a pastar en un pequeño campo. Esa tarde, cae de improviso una fuerte tormenta y un rayo mata el toro. En este caso, no probándose la mala fe del ganadero, este no deberá pagar por la muerte del toro. Tampoco deberá prestación alguna, pues no tuvo tiempo de servirse del toro. Si el toro falleciere algunos días después y, durante el tiempo que lo tuvo, lo utilizó para prácticas de inseminación, la retribución se limitará al equivalente de estas últimas.

Pero, si procedió de mala fe, el deudor no se liberará de las consecuencias de la extinción de la cosa y deberá el valor de ella, aun cuando haya perecido por el advenimiento de un evento de caso fortuito o de fuerza mayor. Pensemos en el mismo caso de quien recibió el toro premiado en la Expo rural, sabiendo que, por un error, se lo estaban entregando a él y no a otro ganadero, ya que él no había comprado ningún animal en la feria. Recibido el animal, el ganadero que lo recibió indebidamente lo puso a pastar en un campo, donde falleció el toro, debido a un rayo que

---

<sup>41</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1822. La restitución de una cosa cierta recibida indebidamente debe hacerse en especie. Quien la recibió de buena fe no responde de su perecimiento o destrucción sino en los límites de su enriquecimiento. El que la recibió de mala fe debe pagar su valor, aunque mediere caso fortuito, y si estuviere deteriorada, el que la entregó podrá exigir su equivalente o la cosa deteriorada más una indemnización por la disminución de su valor.



le cayó en una tormenta imprevista que se desató. En este caso, si se probase la mala fe de quien recibió la cosa, deberá el valor del animal.

En el caso tratado previamente —regulado por el art. 1822 C.C.— claramente vemos que quien recibió el animal de buena fe, obró con la llamada buena fe subjetiva o “creencia” pues estaba persuadido honestamente que el animal era suyo y que correspondía que lo recibiera. Por ende, las consecuencias se limitan al aprovechamiento que pudo haber hecho de la cosa, durante el tiempo que la tuvo, ya que, de otro modo, sería un supuesto de enriquecimiento sin causa a favor del ganadero.

Por otra parte, el ganadero que recibió de mala fe obró de forma contraria a la manera que debía haber actuado. De haber sabido que el toro no era suyo, estaba obligado a obrar con buena fe objetiva o conductual, omitiendo recibir el toro. Sin embargo, obró observando la conducta contraria, es decir, obrando de mala fe que es, como se dijo ya, objetiva o conductual. Por ello, la ley extiende las consecuencias a cargo de quien obró de mala fe al mismo valor de la cosa, aun cuando esta haya perecido o desaparecido por una causa externa, imprevista o inevitable, como el caso fortuito o la fuerza mayor.

#### **5.4. Mala fe en la posesión**

##### **Primer caso: la mala fe en el uso de semillas, plantas o materiales ajenos**

La buena fe que habíamos observado en la posesión era la buena fe subjetiva o creencia —definida nítidamente en el art. 1994 C.C., antes referido—. Se trataba de un convencimiento sincero de la persona sobre la regularidad o la honestidad de su relación con la cosa.

También el Código Civil menciona la mala fe en cuanto a ciertos actos posesorios. Como no podía ser de otra manera, esta mala fe es nuevamente objetiva o conductual, contracara de la buena fe objetiva.

Encontramos alusiones específicas a la mala fe, en actos muy puntuales como la siembra, plantación o edificación y, en todos los casos, tanto el uso de semillas, plantas o materiales de construcción ajenos, hecho de mala fe —es decir, sabiendo que no son de propiedad de quien los utilizó— presenta como consecuencia que esta persona que obró de esa manera —utilizando en su beneficio cosas ajenas, cuya propiedad adquirió— deba, además de pagar el valor de dichos bienes ajenos utilizados

---

—pago que debería haber hecho, del mismo modo si hubiera procedido de buena fe, pues lo contrario implicaría un enriquecimiento sin causa a favor de quien utilizó esos bienes ajenos— implica también la obligación de indemnizar los daños a los dueños de dichas semillas, plantas o materiales de construcción, lo que implicaría adicionar a la obligación de pagar el valor de dichos bienes ajenos, algún rubro derivado de la falta de utilización lucrativa de esos bienes, tales como lucro cesante o, cuando menos, pérdida de chance, sin descartarse algún daño emergente en el caso que se demuestre que, mediante el uso de mala fe de esas cosas ajenas —semillas, plantas o materiales de construcción— el dueño legítimo de estos bienes no pudo cumplir una obligación, pues no tenía posibilidad de acceder en tiempo oportuno a otros bienes similares y fue, a su vez, demandado por otra persona a quien debía esas prestaciones o que aquel tuvo que pagar alguna cláusula penal.<sup>42</sup>

La solución dada por el art. 1983 es altamente entendible pues atribuye a los actos de una persona efectos distintos, según haya actuado de buena o mala fe, siendo, en estos últimos casos, normalmente disvaliosos para ella. Así, lo que hace la norma es extender la obligación de quien obra de mala fe hasta los daños que sufriera el dueño de las cosas utilizadas. Si quien utilizó dichas cosas ajenas —semillas, plantas y materiales de construcción— procedió de buena fe —la que debe entenderse como subjetiva o “creencia”, es decir, convencido sinceramente que los bienes utilizados eran suyos— la ley limita la obligación del pago al valor de dichos bienes, por el motivo ya antes apuntado: evitar el enriquecimiento sin causa de quien utilizó esos bienes. Como vemos, la incidencia de la mala fe es gravitante en este punto, al determinar una mayor extensión en la obligación de quien procedió de esa forma. Entonces, queda claro que, ante exactamente el mismo supuesto —sembrar, plantar o construir con semillas, plantas o materiales de construcción ajenos— se producen unas consecuencias u otras, según el sujeto actúe de buena fe o de mala fe.

---

<sup>42</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1983. El que sembrare, plantare o edificare en finca propia con semillas, plantas o materiales ajenos, adquiere la propiedad de uno y otros, pero está obligado a pagar su valor; y si hubiese procedido de mala fe, será además condenado al resarcimiento de los daños y perjuicios. El dueño de las semillas, plantas o materiales podrá reivindicarlos si le conviniere, si ulteriormente se separasen.



## Segundo caso: la siembra, plantación o construcción en terreno ajeno

Otro tanto similar, pasa en la situación inversa, es decir, cuando se ha sembrado, plantado o construido en terreno ajeno. Aquí, nuevamente haber obrado de buena fe —entendida en el artículo respectivo también como buena fe subjetiva o “creencia”— tendrá ciertos alcances, mientras que haber obrado de mala fe —entendida como objetiva o conductual, contracara de ese tipo de buena fe e implicando que el sembró, plantó o construyó sabía que el terreno era ajeno— tendrá otras consecuencias, mucho más gravosas para él.

Así, si el que sembró, plantó o construyó procedió con buena fe subjetiva o “creencia”, teniendo el sincero convencimiento que lo hacía en un terreno que le pertenecía o era de su posesión legítima, deberá recibir del dueño del terreno “el mayor valor” que el mismo hubiere adquirido, incluyéndose las mejoras útiles y necesarias —aun cuando la norma no las nombra— y excluyéndose expresamente las suntuarias. Esto es entendible, pues el dueño del terreno no perderá la propiedad de él y, si este obtuvo un mayor valor, por un acto de buena fe de otro, deberá pagarle dicho mayor valor, o podrán “ser levantadas, si no causaren perjuicio al bien” por parte de quien las introdujo. En este caso, quien sembró, plantó a construyó de buena fe en terreno ajeno, tiene derecho a retener el terreno ajeno hasta tanto se pague o se asegure el pago de las mejoras introducidas.<sup>43</sup>

Sin embargo, si quien sembró, plantó o construyó sabiendo que el terreno era efectivamente ajeno —mala fe objetiva o conductual— estará obligado a la restitución del terreno al estado anterior, sin contraprestación, salvo que el dueño quisiera conservar lo sembrado, plantado o construido, en cuyo caso se realizará una suerte de purga, por vía de ratificación de lo obrado por el tercero de mala fe, quien perderá el derecho de restituir el terreno al estado anterior, retirando lo hecho, y deberá pagársele al tercero que sembró, plantó o construyó, dicho mayor valor adquirido por el bien, pues de no hacerse esto último, se producirá un enriquecimiento sin

---

<sup>43</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1988. El poseedor cuando ha sembrado, edificado o plantado de buena fe en terreno ajeno tiene derecho de retención mientras no sea indemnizado. Si procedió de mala fe tendrá ese derecho en caso de que el propietario quisiera conservar las mejoras introducidas.

---

causa a favor del dueño del terreno.<sup>44</sup> Otra consecuencia que trae haber sembrado, plantado o construido de mala fe es que quien así obró no tiene derecho de retención del terreno, obviamente, pues se encuentra obligado a restituir el estado anterior, a su costa, es decir, sin recibir pago alguno, salvo que el dueño del terreno quiera conservar las mejoras en cuyo caso, como ya se adelantó, deberá pagar por ellas y, en ese supuesto, sí asiste al tercero el derecho de retención.<sup>45</sup>

Entonces, puede afirmarse que, ante exactamente el mismo supuesto —sembrar, plantar o construir en terreno ajeno— se producen consecuencias diametralmente opuestas: más beneficiosas o más perjudiciales, según el sujeto haya sembrado, plantado o construido de buena fe o de mala fe.

Si ambos —el tercero que sembró, plantó o construyó y el dueño del terreno— han procedido con mala fe, el Código remite a la solución dada a los edificantes de buena fe, es decir, a la solución dada por el art. 1984, debiendo procederse al pago del mayor valor que adquiere la cosa a cargo del dueño del terreno y a favor de quien introdujo las mejoras. En el mismo art. 1985, que impone esta remisión a la otra norma como solución, aparece una definición, a la que ya se ha hecho referencia antes, de qué debe entenderse por mala fe del dueño del terreno, en estos casos puntuales y concretos.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1984. Cuando de buena fe se ha sembrado, edificado o plantado en terreno ajeno, y sin derecho para ello, el dueño está obligado a abonar el mayor valor que por los trabajos o la construcción hubiese adquirido el bien, en el momento de la restitución. Puede impedir la demolición o deterioro de los trabajos. No está obligado a pagar las mejoras voluptuarias. El autor podrá levantarlas, si no causare perjuicio al bien. Si procedió de mala fe, estará obligado a la demolición o reposición de las cosas a su estado primitivo, a su costa. Si el dueño quisiere conservar lo hecho, no podrán ser destruidas las mejoras, y deberá abonar el mayor valor que por los trabajos hubiere adquirido el bien.

<sup>45</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1988 *in fine*.

<sup>46</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1985. Si hubiere mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño, se reglarán los derechos de uno y otro según lo dispuesto respecto del edificante de buena fe. Se entiende haber mala fe por parte del dueño, siempre que el edificio, siembra o plantación se hiciere a vista y conocimiento del mismo y sin oposición suya.



### **Tercer caso: mejoras en terreno ajeno con materiales ajenos**

Una situación particular que, a pesar de ser extraña, podría darse, es la que se plantea con quien siembra, planta o construye en terreno ajeno y con materiales ajenos. Es decir, en este caso, quien sembró, plantó o construyó, usó materiales que no son propios para mejorar un terreno que tampoco es suyo.

Por ende, si el dueño de los materiales fuera una persona y el del terreno, otra, quien sembró, plantó o construyó deberá prestaciones a aquellos dueños. Sin embargo, el alcance de estas prestaciones será diferente, según haya procedido de buena o de mala fe.

Así, si quien sembró, plantó o construyó lo hizo de buena fe —subjetiva o creencia— es decir, con el convencimiento sincero que estaba usando materiales propios y lo estaba haciendo en un terreno que era de su propiedad, se aplicará la solución prevista en el art. 1983 del C.C.<sup>47</sup>

Por ende, nuevamente, la buena o mala fe con que dichos actos hayan sido realizados, incidirá en el alcance de lo debido. Así, si quien sembró, plantó o construyó procedió de buena fe, lo debido será solo el valor de las cosas. Sin embargo, si procedió de mala fe, deberá además del costo o valor, todo otro rubro indemnizatorio que se genere, que fuera explicado al hacer referencia al comentario del art. 1983, más arriba.

### **6. A manera de conclusión, que nada cierra**

Es sumamente pretensioso o, mejor, sumamente temerario, pretender formular conclusiones en un tema tan esencial y amplio como el de la buena fe, apuntando con

---

<sup>47</sup> Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1987. Se aplicará también lo dispuesto para el que sembrare, plantare, o edificare en predio propio con materiales ajenos al caso del que de buena fe empleó semillas, plantas o materiales ajenos en terreno ajeno. El propietario de éstos podrá exigir del dueño del suelo la indemnización si no pudiese cobrarla del plantador o constructor.

Ley 1183/1995 “Código Civil”, art. 1983. El que sembrare, plantare o edificare en finca propia con semillas, plantas o materiales ajenos, adquiere la propiedad de uno y otros, pero está obligado a pagar su valor; y si hubiese procedido de mala fe, será además condenado al resarcimiento de los daños y perjuicios. El dueño de las semillas, plantas o materiales podrá reivindicarlos si le conviniere, si ulteriormente se separasen.

---

ello a dar por cerrados los estudios y las cavilaciones al respecto. Por ende, me limitaré a decir que este brevísimo trabajo se abocó, solamente, a realizar una aproximación a los significados que damos a una expresión: la buena fe, y su contracara parcial, la mala fe (objetiva o conductual). Si la diferenciación de significados que expuse quedó clara para el lector, el objetivo se cumplió. Hago la salvedad que, eventualmente, hasta podrían haber otros significados, ello, considerando el inagotable espíritu de invención e innovación que asiste a los juristas.

No quiero ni puedo, en este momento, concluir el trabajo, ni emitir alguna fórmula que resuma algo de lo expuesto, porque estas páginas deberán ser, necesariamente, el arranque de más estudios sobre la buena fe, sobre la que, reitero, solo avancé someramente, en relación con los significados de su nomenclatura, nada más.

Nada se ha dicho sobre las múltiples derivaciones de la buena fe, derivaciones que han constituido institutos de gran relevancia jurídica, como el dolo como causal de emisión de una manifestación de voluntad no querida (art. 290 C.C.), como la doctrina de los actos propios, como la doctrina de la apariencia y de la confianza legítima, como el abuso del derecho (art. 372 C.C.), como el deber de información que tienen las partes entre sí o como el llamado retraso desleal en el ejercicio de los derechos, y de alguna más, que tal vez estoy omitiendo citar, involuntariamente.

Tampoco se ha ahondado en este trabajo sobre la eventual función integradora del derecho que podría hacerse con la buena fe, como principio general del derecho civil, para cubrir algunas lagunas de las muchas que pueden presentarse en los extendidos conflictos humanos, cada vez más novedosos, muchas veces no regulados por la norma positiva, de conformidad a los arts. 6º del C.C. y 9º del C.O.J., labor de integración que compete a los jueces civiles, cuando encuentran vacíos —de los muchos que hay— en la norma escrita, sin que ello sea motivo para dejar de fallar las causas puestas a su conocimiento.

Por ende, como única conclusión desearía dejar plasmado mi compromiso de continuar estudiando el instituto de la buena fe, tratar de superar la barrera de sus significados diversos y avanzar sobre cuestiones más complejas que hacen al auténtico desarrollo de aquel. Que estas páginas, escritas entre la tranquilidad de la meditación que propicia la cátedra y la vorágine ensordecedora de la actividad jurisdiccional, me sirvan como puerto seguro de salida para emprender esos estudios o, mejor



aún, que sirva a otros para lo mismo, y que estas “conclusiones” sean simplemente el “prólogo” de mejores y más acabados esfuerzos.

### **Bibliografía**

BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I, Ed. Revista de Derecho Privado Madrid.

BORDA, Guillermo A. *El principio de buena fe*, Diciembre de 1991, Revista Signos Universitarios. No. 20.

GARCÍA MARQUEZ, Gabriel. *Cien años de soledad*. Editorial Sudamericana S.A., España, 1995.

LÓPEZ MESA, Marcelo y BARREIRA DELFINO, Eduardo (Directores). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Tomo I, 1ª Edición, Editorial Hammurabi.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo “Buena fe contractual”. Intercontinental Editora, Asunción, Paraguay, 2019.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo “Abuso de Derecho”. Intercontinental Editora, Asunción, Paraguay, 2020.



## LOS ACUERDOS PARASOCIETARIOS

V. Alejandro Apuril Llamosas \*

### Resumen

En el desarrollo cotidiano de las sociedades ocurre que normalmente quienes no están familiarizados con el desenvolvimiento societario podrían caer en la utopía de creer que las sociedades se manejan únicamente por medio de sus órganos estatutarios, y que no existen convenciones o pactos por fuera de ellas. En verdad, esto está alejado de la realidad y, por el contrario, muchas veces los accionistas o socios toman decisiones muy importantes como relevantes para la sociedad reuniéndose entre ellos de modo previo y fuera de la formalidad de las asambleas, donde finalmente solo se plasman de forma jurídica las pretensiones de ese conjunto de personas.

En la doctrina se ha debatido hartamente sobre una figura jurídica que surge de la necesidad de los socios de encontrar caminos inmediatos y eficientes para promover sus intenciones dentro de la sociedad a la que pertenecen. Como ocurre con una gran mayoría de las instituciones del derecho, éstas nacen de la necesidad de las personas que innovan y crean maneras eficientes de negociar o conducir la vida; al encontrarse que la legislación no previó tal situación se genera un verdadero problema jurídico y los acuerdos

---

\* Abogado y Notario Público de la Universidad Nacional de Asunción (Cuadro de Honor - 2018 y 2019). Especialista en Justicia Constitucional y Derecho Humanos por la Universidad de Bolonia – Italia (2021). Procurador Delegado - PGR. Docente de Derecho Mercantil y Obligaciones de la UNIDA. Auxiliar de cátedra - Hechos y Actos Jurídicos de Facultad de Derecho-UNA. Miembro de la Asociación Interamericana de Derecho Privado (AIDDP). Orador semifinalista y Premio de Mejor Memoria en IX Edición Moot Madrid, España – Equipo Arbitraje Internacional UNA.



parasociales no son la excepción. Por ello, se suele decir que no siempre se acompaña la normativización de las conductas humanas con la misma velocidad e inmediatez que demanda la sociedad y normalmente la regulación aparece con notoria posterioridad a su práctica o uso.

Sin más preámbulos, para adentrarse al tema en cuestión el lector deberá comprender que las sociedades no solo están representadas por sus órganos (asambleas, directivos, etc.), sino que en este ámbito también juegan un rol muy trascendental los acuerdos o pactos parasocietarios, donde un grupo de accionistas toman determinaciones sobre la sociedad por fuera de las instituciones reglamentadas y que, como se verá, tienen diversas implicancias.

**Palabras clave:** *Acuerdos parasocietarios, pactos parasociales, convenio parasocietario, acuerdo parasocial, sociedades.*

### **Abstract**

*In the daily development of corporations, it happens that normally those who are not familiar with corporate development could fall into the utopia of believing that companies are managed exclusively according the legal procedures to companies and there are no conventions or agreements outside of them. In truth, this is far from reality, on the contrary, many times the shareholders or partners make very important decisions as relevant to the company by meeting with each other beforehand and outside the legal meeting, where in the end it is only reflected legal form of the claims of this group of people.*

*In the doctrine there has been a lot of debate about a legal figure that arises from the need of the partners to find immediate and efficient ways to promote their intentions within the company to which they belong. As is the case with a large majority of legal institutions, these are born from the needs of people who innovate and create efficient ways of negotiating or conducting life and then they find that the legislation does not regulate it and the shareholder agreements are no an exception. This situation creates a real legal problem. For this reason, it is often said that the regulation of human behavior is not always followed with the same speed and immediacy that society demands and, normally, the law appears well after its practice or use.*

*Without further ado, in order to delve into the subject in question, the reader must understand that companies are not only represented by their legal organization (meetings, CEOs, etc.) because this area the stockholders' agreement (SHA) also play a very transcendental role where a group of shareholders make decisions about the company outside the regulated institutions and, as will be seen, they have different law implications.*

**Keywords:** *Voting agreement, voting trust, shareholder agreement, stockholders' agreement (sha), company.*

## I. Concepto de Acuerdos Parasocietarios

Como se ha reseñado en la introducción de la materia, **la relación de los socios no solo queda dentro de las formas establecidas en los estatutos sociales**, si bien éstas son las reglas que nuestro ordenamiento jurídico previó para que la sociedad pueda adoptar decisiones, y **muchas veces estas decisiones –entiéndase por tal las decisiones adoptadas en las asambleas– son el fruto o reflejo de un acuerdo o pacto anterior.**

Entonces, **un pacto de socios o acuerdo parasocietario es definido como los acuerdos o pactos celebrados entre los socios o accionistas de una sociedad determinada, al margen de la regulación o los órganos societarios** (es decir, por fuera de ellos), **ya sea entre éstos** –los socios que acuerdan el pacto– **y la sociedad** (a la que pertenecen los socios), **o incluso con terceros** (personas ajenas al acuerdo y la sociedad). **Tienen por finalidad regular extremos u objetivos no recogidos estatutariamente**, es decir, de forma paralela al normal funcionamiento de la sociedad. Se constituye como una **herramienta de uso frecuente en el desarrollo de las relaciones corporativas**, a pesar de que no existe una regulación legal específica al respecto.

El **acuerdo parasocietario** muchas veces **tiene el objeto de establecer compromisos y obligaciones a los que estos socios o accionistas pretenden someterse en virtud a un acuerdo común arribado entre ellos.** Esta convención trasciende, porque necesariamente está vinculada a la sociedad que éstos pertenecen; **las decisiones tomadas por los accionistas están encaminadas a ser representadas en los órganos societarios.** Este pacto parasocial puede estar vinculado a un



**acuerdo entre los socios con terceros, que posteriormente es llevado o presentado a la asamblea para su aprobación.**

Actualmente son muchas las denominaciones empleadas por la doctrina para referirse a los **acuerdos parasocietarios**, entre ellas:

Acuerdo parasocial	Pacto parasocietario	Sindicación de acciones	Sindicación de accionistas	Contrato parasocial
Contrato extrasocietario	Convenio parasocietario	Convenio parasocial	Pacto Parasocial	Pacto Parasocietario

Para dar mayor luz al asunto, veremos lo que la doctrina especializada define en la materia de estudio. El Profesor español CÁNDIDO PAZ - ARES refiere que los **pactos parasociales** son “**los convenios celebrados entre algunos o todos los socios de una sociedad anónima o limitada con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que la rigen**”<sup>1</sup>.

Por su parte, HUGO RICHARD decía: “**los contratos parasociales, denominándose así esos contratos por encontrarse fuera del ordenamiento social, al surgir de acuerdos al margen del contrato social, pero que viven a la sombra de la sociedad, y presuponen su existencia; constituyen un particular fenómeno de la práctica societaria, dirigidos a la integración y a veces a la superación del ordenamiento legal o estatutario de las relaciones sociales, con vínculos individuales asumidos por los socios entre sí, o frente a la sociedad, o frente a terceros, que no tienen como fuente la ley o el estatuto, sino que derivan de acuerdos distintamente concluidos y de ahí extraños a la regulación social (si bien accesorios a ella) de las relaciones internas de la sociedad**”<sup>2</sup>.

En los términos de SÁNCHEZ RUIZ, son aquellos: “**convenios celebrados entre todos o una parte de los socios de una sociedad, o entre estos y terceros,**

<sup>1</sup> PAZ -ARES, Cándido (2008). EL ENFORCEMENT DE LOS PACTOS PARASOCIALES. F. DE M. CÓRDOVA (COMP.), DERECHO DE SOCIEDADES, Lima: Grijley, Pág. 14.

<sup>2</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO y MUIÑO, ORLANDO MANUEL. “DERECHO SOCIETARIO – SOCIEDADES COMERCIALES – CIVIL Y COOPERATIVA” Editorial Astrea. Buenos Aires. 2000. Pág. 488/489.

**dirigidos a modificar, concretar o exceptuar, con un alcance interno, las reglas jurídicas derivadas de los estatutos o del régimen legal aplicable [...] Buscan influir en las relaciones sociales y en la marcha de la sociedad a la que se refieren”<sup>3</sup>.**

Con estas definiciones y referencias doctrinarias queda claro lo que se anticipó en un principio, **la practica ha demostrado que las sociedades no solo funcionan y se regulan por medio de sus órganos estatuarios, sino que muchas veces suelen acudir a la celebración de pactos parasociales entre los socios para la obtención de sus objetivos.** Ahora cabe hacerse la siguiente pregunta:

## **II. ¿Qué objetivos se pactan en los Acuerdos Parasocietarios?**

Los propósitos u objetivos de los accionistas o socios al recurrir a estos acuerdos son realmente amplios y variados. En efecto, **la utilización de este mecanismo se puede dar para<sup>4</sup>:**

- a) Conferir derechos a los accionistas,** que podrían no ser ejecutables a la luz de los estatutos sociales;
- b) Regular ciertas relaciones especiales entre los socios** que no están conectados con la administración de la compañía;
- c) Proteger los derechos conferidos** por los estatutos a la minoría;
- d) Que la compañía reconozca ciertos derechos y obligaciones de los accionistas,** lo que de otra forma no se haría;
- e) Preservar la confidencialidad;** o,
- f) Negociar ciertos aspectos con anterioridad a la incorporación en la sociedad.**

---

<sup>3</sup> SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. “*ESTATUTOS SOCIALES Y PACTOS PARASOCIALES EN SOCIEDADES FAMILIARES*”, en SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA FAMILIAR, Civitas Thomson Reuters, 2010, p. 65.

<sup>4</sup> Algunos ejemplos citados en la obra de: CADMAN, John. “*SHAREHOLDERS’ AGREEMENTS*” 4.<sup>a</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2004, Pág. 2.



### III. La Clasificación

Existe un esfuerzo interesante de la doctrina para **categorizar estos objetivos en categorías**, y según la clasificación dada por PAZ-ARES<sup>5</sup> los **acuerdos parasociales** se clasifican en:

#### a) Pactos de relación

Se distinguen por su naturalidad frente a la sociedad, puesto que lo que prima en este **acuerdo es la voluntad de los socios de regular sus relaciones recíprocas de manera directa y sin mediación de la sociedad en donde estos son miembros**. Como ejemplo se puede citar a los acuerdos de adquisición preferente, los pactos de no agresión, cláusulas de cobertura de las pérdidas de unos socios por otros, derechos de venta conjunta, etc. **Lo característico de este pacto es que no tienen incidencia o repercusión jurídicamente apreciable sobre la esfera social**.

#### b) Los pactos de Atribución

A diferencia del anterior, **son concertados para obtener beneficios para la sociedad**, que consiste **en el compromiso por parte de los firmantes de las correspondientes obligaciones frente a ella**. Son ejemplos de este acuerdo los pactos que recogen obligaciones de financiación adicional de la sociedad por parte de los socios (préstamos, aportaciones suplementarias, reintegración de patrimonio social en caso de pérdidas, etc.). Aunque también pueden tratarse de obligaciones o compromisos que las partes de este acuerdo toman para con la sociedad como, por ejemplo, abstenerse de competir con la sociedad, otorgarle la exclusividad de la venta o intermediación en los productos de los socios, etc. Es difícil encontrar un ángulo malo en este tipo de pactos.

#### c) Pactos de Organización

Este tipo de acuerdos, probablemente, sea **uno de los más relevantes para el funcionamiento normal de la sociedad** y, por tanto, **uno de los más conflictivos jurídicamente**. El autor PAZ-ARES lo denomina así porque **expresan la voluntad**

---

<sup>5</sup> Extraída de la obra de: PAZ – ARES, Cándido (2008). EL ENFORCEMENT DE LOS PACTOS PARASOCIALES. F. DE M. CÓRDOVA (COMP.), DERECHO DE SOCIEDADES, Lima: Grijley Págs. 14-16.

**del socio de reglamentar la organización, el funcionamiento y, en definitiva, el sistema de toma de decisiones dentro de la sociedad.**

**El objetivo de este acuerdo parasocietario es el control simple y llano del capital de la sociedad a través de su concentración, transferencia o distribución.** El espectro de esta clase de pactos es muy amplio, y pueden ser: pactos interpretativos de las normas estatutarias, pactos sobre la composición del órgano de administración, pactos para el desarrollo o expansión de la compañía (plan de negocios, esquema de financiación o política de dividendos), pactos restrictivos de la competencia de los administradores, etc. La mayor parte de estos pactos se instrumentan mediante convenios y sindicatos de voto, cuya fenomenología ofrece una gama de variedades amplísima, que se verá posteriormente.

#### **IV. El sindicato de accionistas y su clasificación**

Según Tomás SAPENA: **“el sindicato de accionistas es la unión de varios de ellos comprometiéndose a actuar sus derechos del socio conforme a las directrices marcadas por la mayoría”<sup>6</sup>.**

Para MASCHERONI: **“se llama sindicato de acciones en general a todo convenio, pacto o asociación destinado a reglamentar fuera de la sociedad anónima el ejercicio de los derechos emergentes de la tenencia de acciones en dicha sociedad, y, en especial, el de voto, ya mediante el mandato condicionado a terceros o la obligación del accionista de ejercerlo en determinado sentido”<sup>7</sup>.**

**La importancia de este tema radica en recoger un hecho que surgió espontáneamente en la economía moderna, que se ha dado a través de la participación de grandes masas de ahorristas en los mercados accionarios, y que tienen como fin —en principio— defender ciertas inversiones, bajo el común denominador de tener o mantener la sociedad bajo cierto control entre los socios originarios o fundadores, por así decirlo. Es decir, cuando las sociedades comenzaron a expandirse, en ella ingresaron inversionistas que adquieren acciones a los efectos de participar en**

---

<sup>6</sup> SAPENA Tomás, *EL SINDICATO DE ACCIONISTAS EN NUESTRO DERECHO VIGENTE*” Revista de Derecho Notarial”, año VI, n° XIII-XIV, jul.-dic. 1956.

<sup>7</sup> MASCHERONI, Fernando H., *LA SINDICACIÓN DE ACCIONES*, Bs. As., Cangallo, 1968. Pág. 11.



los beneficios de la compañía, pero en puridad son ajenos o indistintos a los pormenores y circunstancias elementales del negocio de la sociedad.

**Los socios**, sin desnaturalizar las funciones o responsabilidades de los órganos de administración de la sociedad, **pueden formalizar contratos de administración en donde se resguarden los intereses de las mayorías, minorías inclusive, o grupos**. En estos **sindicatos** se fijan ciertas pautas de administración que no deberían de contrariar el estatuto social o la ley.

En estos **acuerdos parasocietarios los accionistas se comprometen con los concertantes a actuar de una determinada forma en relación a sus participaciones accionarias o a votar en las asambleas en la forma pactada, ya sea para lograr el control ejecutivo de la sociedad –sindicación con fines de mando– o evitar la dispersión de las acciones, sindicación de bloqueo**. Por ello, se dice que **los pactos de organización son los acuerdos parasociales más controvertidos**, pues se nota claramente que **este convenio extrasocietario busca influir deliberadamente en las asambleas**.

Entonces, habiendo conceptualizado y determinado la importancia y relevancia de estos convenios parasocietarios, cabe señalar que los mismos se pueden **clasificar en dos grandes tipos de acuerdos: 1) sindicatos de voto, gestión y administración y; 2) sindicato de bloqueo**.<sup>8</sup>

### **1. Sindicatos de voto, gestión y administración**

También **llamados de mando o gobierno**, combinan el poder de voto de los accionistas sindicados, agrupan los diferentes accionistas unidos por el pacto y les someten a una disciplina en el ejercicio del derecho de voto; más concretamente, son convenios que **tienen por objeto la emisión por los socios de su derecho de voto, para influir en la vida social de acuerdo con las directivas predeterminadas por el grupo sindicado**. Se divide al sindicato de voto en: **a) sindicato de mando y b) sindicato de defensa**.

---

<sup>8</sup> Clasificación extraída de la obra de: RICHARD, EFRAÍN HUGO y MUIÑO, ORLANDO MANUEL. “DERECHO SOCIETARIO – SOCIEDADES COMERCIALES – CIVIL Y COOPERATIVA” Editorial Astrea. Buenos Aires. 2000. Pág. 493/494.

a) **El sindicato de mando:** Está dado por la convención de accionistas que **tiene por objeto el control ejecutivo de las entidades, mediante el ejercicio del derecho de voto en un sentido preestablecido. Su objetivo será obtener y mantener las mayorías necesarias en las asambleas, y tendrá papel fundamental en el nombramiento de directores de su confianza, los que responderán al programa de desarrollo de la empresa que el mismo sindicato habrá trazado.**

b) **El sindicato de defensa:** Permite reunir una gran masa de accionistas dispersos, interesándolos en la marcha de la sociedad, brindándoles un conocimiento más amplio de la situación social, con una mejor información y organización, **a fin de unificar el ejercicio del voto en las asambleas societarias, de modo que, aunque no lleguen a ser una mayoría en ellas (mayoría que a veces suelen obtener), sin duda constituyen fuerzas de oposición que deberán obligatoriamente ser tenidas en cuenta por los administradores.**

## 2. Sindicatos de bloqueo

Se apoya sobre un convenio por el cual **los accionistas se comprometen a no transferir sus acciones o a sujetar la transferencia a ciertas condiciones**, como podría ser el cederlas preferentemente a los otros sindicatos; importan en última instancia una restricción o limitación a la libre transferibilidad de las acciones durante un cierto tiempo.

Cabe señalar que el sindicato de voto necesita del sindicato de bloqueo para obtener una verdadera efectividad del compromiso de voto, porque si los sindicatos pudieran desprenderse de sus acciones libremente, resultarían ilusorios en muchos casos los compromisos contraídos y el mando social perdería la estabilidad buscada.

Finalmente, **otra clasificación de los sindicatos tiene en cuenta el medio usado para lograr la sindicación, cuales son<sup>9</sup>:**

**1. Sindicatos con retención de títulos:** Donde **los accionistas conservan la posesión de los títulos accionarios.** Puede tener dos modalidades: a) el accionista se obliga a votar personalmente en un sentido preestablecido por el sindicato, y b) el accionista otorga poder a un síndico o presidente del sindicato, para que ejerza el

---

<sup>9</sup> Esta clasificación está en la obra de: CRISTIÁ (h) José M. "SINDICACIÓN DE ACCIONES". Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1975. Pág. 40.



derecho de voto en representación de los sindicatos, reteniendo los mandantes los títulos accionarios.

**2. Sindicatos con transmisión del título:** En el que los accionistas se desposeen de los títulos, entregándolos al mandatario; que, a su vez, también pueden asumir dos formas: a) entrega de las acciones en calidad de depósito y, b) entrega de la titularidad del dominio (ficta) para que el mandante actúe como si fuera socio.

## V. Características de los Acuerdos Parasocietarios

Se debe recordar nuevamente que los pactos parasociales son actos jurídicos atípicos, pero, a pesar de ello, la doctrina ha intentado dotarles de un cierto rigor científico jurídico estableciendo sus características o describiendo sus particularidades más elementales. Según Carlos Caamaño estos convenios tienen las siguientes características:<sup>10</sup>

**Plurilateral:** Lo que está dado lógicamente por la cantidad de partes signatarias del acuerdo, y condice con la definición dada por nuestro Código Civil Paraguayo<sup>11</sup> de lo que es una sociedad, pues obviamente, al estar constituida la sociedad por dos o más personas, con mayor razón los acuerdos parasocietarios deben seguir esta lógica ya que nacen en el seno de una sociedad.

**Accesorio:** Lo accesorio se refiere aquella situación en la que un contrato depende jurídicamente de otro. En el presente asunto la accesoriedad está dada por la validez del contrato de sociedad. Esto significa que en caso de no existir sociedad el convenio carece de sentido y, en consecuencia, no posee objeto, por lo que no sería jurídicamente posible y se estaría frente a un vicio de nulidad.

**Extrasocietario o Parasocial:** Es un convenio que claramente surge al margen del contrato de sociedad, aunque no siempre subordinado a este.

---

<sup>10</sup> CAAMAÑO, Carlos. "SINDICACIÓN DE ACCIONES". Revista Electrónica de Derecho Comercial. Recuperado de: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/caama01.pdf>

<sup>11</sup> Art. 959 Código Civil Paraguayo (C.C.P.): Por el contrato de sociedad dos o más persona, creando un sujeto de derecho, se obligan a realizar aportes para producir bienes o servicios, en forma organizada, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

**No es Recíproco:** Esto debido a que no hay un intercambio de prestaciones, pues cada una de las prestaciones son autónomas y están orientadas a cumplir un objetivo en común.

**De Organización:** Estos pactos buscan regular las relaciones entre sus firmantes para con la sociedad a la que pertenecen, entre ellos mismos o con terceros.

***Intuitu Personae:*** El significado de este tipo de obligación se funda en el cumplimiento contractual del pacto, que va a estar dado por la confianza que se tengan los socios firmantes al momento de expresar su voluntad, y es clara la responsabilidad que tienen estos ante el incumplimiento del mismo. En consecuencia, implica una obligación *intuitu personae*, que obviamente surge por el carácter de socio o accionista sindicado en el acuerdo parasocietario.

**Consensual:** Se perfecciona por el simple consentimiento de las partes.

**Atípico:** No se encuentra prevista su regulación en la legislación nacional paraguaya.

**Carácter Secreto:** El pacto, si bien es cierto debe de ser comunicado a la sociedad, no es menos cierto que las intenciones reales de lo acordado solo les conciernen a las partes que lo conforman.

**Informal:** La ley no requiere de formas preestablecidas para que el convenio se constituya como tal.

**Plazo de Duración:** Siempre están sujetos a un plazo exacto.

## VI. Su regulación en algunos ordenamientos jurídicos

Los acuerdos parasocietarios fueron introducidos en algunos ordenamientos legislativos de forma lenta y, hasta si se quiere, con una regulación robustecida por los aportes doctrinarios que se han hecho sobre el tema. Sin embargo, como se verá en las líneas siguientes, **las normas que han propiciado una regulación más técnica han sido aquellas que se ocupan de las sociedades como partícipes dentro del mercado de valores.** Por esta razón, existe una estrecha relación entre las directrices de buen gobierno corporativo, los principios de publicidad, información y transparencia, y los pactos extraestatutarios.



## A. Estados Unidos<sup>12</sup>

En la segunda década del siglo XX, los tribunales norteamericanos se inclinaban de forma generalizada por desconocer la validez de los pactos celebrados entre los socios de la compañía, esto, entre otras razones: por violar la prohibición de escindir la titularidad de la acción y el voto; por vulnerar el principio de la libre formación de la voluntad en la junta, y por la violación de las normas de derecho imperativo o de los estatutos; además, si el pacto se refería a la facultad de bloqueo de la junta de Administradores, se excluía su viabilidad por implicar una usurpación de las competencias de este órgano que aparejaba el quebrantamiento del orden público societario.

Hacia el año 1910 se inició un reconocimiento parcial de estos acuerdos, pero solo con efectos internos entre quienes los hubiesen suscrito. De la mano del *Model Business Corporation Act (MBCA)*, en los apartados 7.30 y siguientes se positiviza la figura y se incorporan textualmente los requisitos para otorgar validez al *voting trust* y al *voting agreement*. Sin embargo, el mayor logro se obtuvo con la versión revisada de la *MBCA* de 1991, en la que primero, de forma extensa, se incorpora en el apartado 7.32 b y c la oponibilidad del pacto a futuros adquirentes, bien sea porque el pacto conste en los estatutos o en los reglamentos y esté firmado por quienes son socios de la compañía, o bien porque el acuerdo esté contenido en un documento suscrito por todos los socios y haya sido puesto a disposición de la sociedad; en caso de que el adquirente no haya conocido del pacto, tendrá la libertad de resolver la compra.

Segundo, se establece que la existencia del pacto se encuentra subordinada a que la sociedad no adquiera la condición de cotizada (§ 7.32.d); tercero, se determina que el plazo de duración será máximo de 10 años, salvo que se pacte en sentido diverso (§ 7.32.b.3); cuarto, se fija que el acuerdo debe ser firmado por todos los accionistas, sin que ello obste a que con posterioridad pueda ser modificado por la mayoría (§ 7.32.b.2), y, por último, se establece la posibilidad de otorgar un apoderamiento

---

<sup>12</sup> El relato de los hechos fue extraído de la obra de: FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. "EL 'ENFORCEMENT' SOCIETARIO Y REGISTRAL DE LOS PACTOS PARASOCIALES: LA OponIBILIDAD DE LO PACTADO EN PROTOCOLO FAMILIAR PUBLICADO", *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 29, Arazandi, 2007, Pág. 141-142.

---

irrevocable para el ejercicio de los derechos de las partes frente a la sociedad (§ 7.22).

### **B. Alemania<sup>13</sup>**

La escasa doctrina y jurisprudencia existente se inclina por permitir la validez de los acuerdos de voto celebrados entre accionistas, o entre estos y terceros. Sin embargo, de acuerdo con el parágrafo 136.2 de la Ley sobre Sociedades Anónimas (AKTG), todo contrato mediante el cual un accionista determine el sentido de su voto siguiendo las instrucciones de la sociedad, la Dirección, el Consejo de Vigilancia de la compañía o las de una empresa dependiente, o bien se comprometa a favorecer las propuestas presentadas por la Dirección o el Consejo de Vigilancia de la sociedad, se tendrá como nulo.

En términos similares, el parágrafo 405.3 de la AKTG sanciona con una infracción administrativa a los accionistas o a los representantes que, otorgando o prometiendo ventajas especiales, utilicen acciones de otros para ejercer los derechos en la junta General o en la junta especial.

De la interpretación de estos preceptos se desprende la posibilidad de celebrar este tipo de pactos, siempre que, en voces de la doctrina, no se transgreda la ley, los estatutos, las buenas costumbres o el deber de fidelidad de los accionistas, sin que se ate su licitud a la observancia de deberes de información o publicidad. Pese a ello, con la promulgación de la “Ley para el control y la transparencia en el ámbito empresarial referida especialmente a las sociedades cotizadas” (KonTraGe) se establece que las comunicaciones que se realicen con anterioridad a la celebración de la Junta General, además de la información relativa a la comunicación de la convocatoria, el orden del día, y las eventuales peticiones o propuestas, deberán contener la referencia sobre la posibilidad del ejercicio del derecho al voto por apoderado, o a través de una “asociación de accionistas”.

---

<sup>13</sup> Ob. cit. (12) Pág. 143-144



### C. España<sup>14</sup>

En el caso español, la materia se ha desarrollado de forma concomitante a la regulación de las sociedades en el mercado de valores. El Real decreto 2590/1998, del 7 de diciembre, sobre modificaciones del régimen jurídico del mercado de valores, incidió sobre los artículos 2 y 8 del Real Decreto 377 de 1991, respecto de la comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas y de adquisiciones de acciones propias por ellas. En el artículo 2 del primer estatuto se otorgó a los acuerdos o convenios de voto entre accionistas el mismo estatus que el de una adquisición de acciones, por lo que su concertación, modificación o supresión debía ser notificada a la sociedad. Además, era necesario dejar constancia de la identificación de las personas, fueran naturales o jurídicas, que hubieran participado en la celebración del acuerdo, el monto de su participación y demás elementos esenciales del negocio.

Por otro lado, el real decreto 1197/1991, del 26 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, estableció en el artículo 2 que, para efectos del cómputo de participaciones significativas, se tendría en cuenta la titularidad de los derechos y acciones, así como los derechos de voto que se disfrutaran por concepto del usufructo o prenda de las acciones, o que se ostentaran por virtud de cualquier otro tipo de vínculo de naturaleza contractual.

En el año 2002 se aprobó, por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, que en el Título II del Libro III, sobre las sociedades cotizadas, regula los pactos parasociales sujetos a publicidad. En este modelo se acoge un concepto restringido de acuerdo, que incluye únicamente las dos modalidades arquetípicas del pacto parasocial: el acuerdo de voto y el de bloqueo. Además de la previsión de los pactos que se proyecten sobre el ejercicio del derecho al voto, no solo de las Juntas Generales de las sociedades cotizadas, sino también sobre las sociedades que ejerciten el poder de dirección sobre una sociedad cotizada, se impone un deber de información. Se limita la duración expresa del pacto a tres años máximo y, en caso de guardar silencio, se da vía a cualquier accionista para denunciar el pacto con un preaviso de seis meses,

---

<sup>14</sup> Sobre el desarrollo legislativo en España: MAMBRILLA RIVERA, Vicente. "LOS PACTOS PARASOCIALES Y LA TRANSPARENCIA DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS: ANÁLISIS DE SU TRATAMIENTO EN LA LEY 26/2003", Revista de Derecho de Sociedades, n.º 22, Arazandi, 2004, Pág. 237 y ss.

y para concluirlo, en términos similares a los recogidos en la ley italiana. Por último, se resta eficacia al pacto cuando no se hayan surtido los requisitos de comunicación y depósito previstos en la Propuesta.

Actualmente, bajo el régimen general de las sociedades de capital, el Real decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, en los artículos 530 y siguientes establece, en materia de sociedades anónimas cotizadas, qué pactos parasociales serán objeto de publicidad, cómo deberá realizarse esta, quiénes son los legitimados para hacerlo, y las consecuencias de su incumplimiento.

## VII. Validez de los Acuerdos Parasocietarios

En la actualidad, **la validez de los pactos parasociales ya no es tema de discusión a nivel internacional**, en tanto ya se ha superado legislativa y jurisprudencialmente —siempre en el ámbito del derecho comparado— la postura que les negaba toda eficacia y los sancionaba con la nulidad absoluta. Desde la perspectiva que concibe a estos acuerdos como un contrato, **la cuestión sobre los límites que determinan su alcance y condicionan su validez se presenta aún controvertida.**

En ese tenor, **se debe tener en cuenta que si el acuerdo parasocial no viola alguna normativa de orden público o moral dentro del sistema positivo paraguayo tampoco podría considerarse nulo.** En efecto, el Código Civil Paraguay confiere validez a todos los actos jurídicos válidos que tienen por objeto el nacimiento, modificación, transformación o extinción de derechos<sup>15</sup>, pero únicamente se sancionan de nulidad los actos que se encuentran en los supuestos jurídicos previstos en la normativa<sup>16</sup>; uno de ellos es la ilicitud de su objeto<sup>17</sup>. Por lo que, **si el acuerdo parasocietario no transgrede normativa alguna o no se**

<sup>15</sup> **Art. 296 C.C.P.:** Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos. Las omisiones que revistieren los mismos caracteres están sujetas a las reglas del presente título.

<sup>16</sup> **Art. 355 C.C.P.:** Las únicas nulidades que los jueces pueden declarar son las que expresa o implícitamente se establece en este Código.

<sup>17</sup> **Art. 299 C.C.P.:** No podrá ser objeto de los actos jurídicos: a) aquello que no esté dentro del comercio; b) lo comprendido en una prohibición de la ley; y c) los hechos imposibles, ilícitos, contrarios a la moral y a las buenas costumbres, o que perjudiquen los derechos de terceros. La inobservancia de estas reglas causa la nulidad del acto y de igual modo, las cláusulas accesorias que, bajo la apariencia de condiciones, contravenga lo dispuesto por este artículo.



**propone un objeto contrario al estatuto social, carece de sustento sostener la nulidad del acuerdo** solo porque éste no sea típico o porque esta manera de acordar determinaciones sobre la organización de la sociedad no se encuentre regulada. En ese sentido, dentro de nuestra normativa, para que el **acuerdo parasocietario** se encuentre celebrado –a pesar de que no se regula este tipo de contratos– solo sería preciso que no viole o vulnere normativa legal o estatutaria alguna; si supera tal examen no se tendría que negarle su validez jurídica.

Con relación a la **validez del acuerdo parasocietario**, a fin de verificar si hay o no una restricción al poder estatutario de una sociedad, que puede derivar de la celebración de un **pacto parasocial**, algunos autores<sup>18</sup> proponen:

- i. Examinar el propósito del pacto y de qué forma restringe el poder estatutario;
- ii. Verificar si todos los socios hacen parte del acuerdo, y de esta forma corroborar si la ejecución del mismo podría perjudicar los intereses de aquellos socios que no son parte de aquel;
- iii. Determinar si la aplicación del pacto vulnera los derechos de terceros, como ser los acreedores de la sociedad y,
- iv. Establecer si el acuerdo perjudica el interés público o la política pública.

De manera que se trata, en últimas, de corroborar si el acuerdo beneficia a todos los socios de forma equitativa, si este es o no ilegal o fraudulento, o si es nocivo para la moral o el orden público.

### VIII. ¿Cómo hacer cumplir los acuerdos parasocietarios?

**La eficacia obligatoria de los acuerdos parasocietarios está circunscrita a los sujetos que los han celebrado, por lo que se excluye a los terceros**, esto es, a todos aquellos que no han sido parte en el contrato, y, con especial énfasis, a los demás socios, a la sociedad, y a los adquirentes sucesivos de las acciones o participaciones.

---

<sup>18</sup> CHEUNG, Rita. “SHAREHOLDERS'S AGREEMENTS: SHAREHOLDER'S CONTRACTUAL FREEDOM IN COMPANY LAW”, *The Journal of Business Law*, n.º 6, Sweet & Maxwell, 2012, 27.

Sin embargo, la doctrina tradicional se ha esmerado por construir una barrera inquebrantable entre el contrato de sociedad y los **pactos parasociales**, al considerar que el querer de las partes al vincularse por un **acuerdo extrasocietario** implica de suyo una renuncia expresa a la posibilidad de oponer lo pactado frente a terceros y frente a la sociedad, es decir, que el cauce que dirigirá la relación que emana del pacto jamás podrá ser el societario en sentido estricto.

Como se puede deducir de la estructura de los pactos, la eficacia obligacional e *inter partes* puede desmotivar su uso, ante la imposibilidad con la que —en principio— cuentan las partes de hacerlos efectivos en la esfera societaria. No obstante, lo reseñado seguidamente son algunos de los mecanismos que pueden ser utilizados para procurar maximizar el grado de cumplimiento de estos acuerdos<sup>19</sup>.

### 1. Mecanismos *inter partes*

Como pacto válidamente celebrado **es ley para las partes y el ordenamiento jurídico no es ajeno a su protección**, algunos de los remedios son los están expresamente previstos en la legislación paraguaya en general para todo convenio.

#### a) Acción de cumplimiento de contrato

Claramente el **acuerdo parasocietario** es una convención de partes que debe estar regida por el principio contractual del *pacta sunt servanda* en los términos del **art. 715 del Código Civil Paraguayo**, que prescribe lo siguiente: “**Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.**”

En efecto, la ejecución específica de la prestación debida, cuyo alcance estará determinado por el objeto de la prestación (dar, hacer, no hacer), y por la posibilidad física y jurídica de realizarla, son fundamento para promover esta acción y por medio de ella lograr el cumplimiento forzoso del **pacto parasocial**.

---

<sup>19</sup> Extraído y adoptado a nuestra legislación de la obra de: PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido. *El enforcement de los pactos parasociales*, 1, disponible en: [<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03candido.pdf>]



Ahora, si bien en los pactos de relación o a favor de la sociedad este tipo de medida parece no oponerse a su estructura y naturaleza, sin embargo, otra es la situación cuando se está en presencia de un **pacto organizativo**, pues, como se ha dicho en esta monografía, la mayoría de las veces **estos se refieren a un acuerdo sobre la emisión del voto que incide en la toma de una decisión corporativa**.

No son pocos los tratadistas que **niegan toda posibilidad de contemplar este remedio, por cercenar la libertad decisoria de los socios y el proceso de la formación de voluntad en la toma de decisiones**, y por eliminar los medios de defensa con los que cuentan la sociedad y los otros socios, así como por ampliar los efectos de la cosa juzgada. Para tal caso, se podría considerar la siguiente acción.

#### **b) Acción de indemnización de daños y perjuicios**

Dentro del régimen de responsabilidad contractual, quien ha incumplido lo pactado y ha ocasionado perjuicios a su contraparte está llamado a resarcirlos. Como se debe suponer, no basta el mero incumplimiento, sino que es necesario demostrar la existencia de la obligación, su incumplimiento, la producción del daño, y el nexo de causalidad entre aquel y este.

Este principio está claramente reglado en el **art. 421 del C.C.P.**: “**El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación[...]**”. En materia obligacional el acreedor, en este caso las partes reclamantes del **acuerdo parasocietario**, podrán exigir al deudor –parte incumplidora del pacto parasocial– lo siguiente, según el **art. 420 del C.C.**: “El acreedor, como consecuencia de la obligación, queda facultado: [...] **c) para obtener las indemnizaciones pertinentes.**”

En materia de **pactos parasociales**, como bien lo afirma Feliu Rey<sup>20</sup>, resulta realmente una inconveniencia acudir a esta medida (la indemnización de daños) que surge ante la imposibilidad jurídica o fáctica de satisfacer en términos reales el interés de los socios que han suscrito el acuerdo. Por tanto, conseguir una compensación de tipo económico ante la deslealtad de la parte que ha suscrito el acuerdo resulta de difícil y escabrosa aplicación para el juzgador.

---

<sup>20</sup> FELIU REY, Jorge. LOS PACTOS PARASOCIALES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL NO COTIZADAS, Marcial Pons, 2012. Pág. 335.

---

Esto es así, ya que en el **acuerdo parasocietario**, más allá del contenido objetivo del contrato, resulta más relevante para las partes la finalidad que se persigue con el negocio jurídico. Es decir, el objetivo del pacto radica en su cumplimiento para con la sociedad o las partes implicadas, a lo que se suma el hecho de que muchas veces el incumplimiento de los convenios arribados difícilmente pueda ser cuantificado económicamente.

Adicionalmente, en lo que al daño se refiere, se deben considerar de manera especial las dificultades que se presentan a la hora de probar y cuantificar este elemento, pues, en supuestos tan frecuentes como los sindicatos de voto, resulta difícil acreditar el daño que se ha producido por el nombramiento de un administrador que ha sido producto del incumplimiento de un **pacto parasocial**.

## 2. En relación con la sociedad

La **inoponibilidad real** que caracteriza a los **pactos parasociales implica que las prestaciones contenidas en estos no podrán hacerse valer frente a los miembros y órganos de la persona jurídica social o frente a terceros**, y que la defensa en pro de su cumplimiento no podrá realizarse con las herramientas de las que dispone el derecho societario para hacer efectiva la estructura organizativa de la sociedad.

No obstante, en el supuesto de los **pactos de atribución**, como ha quedado demostrado en líneas anteriores, al tratarse de un negocio a favor de un tercero, es factible que la sociedad reclame de quien corresponda la prestación contenida en el **acuerdo parasocial**, haya o no participado ella directamente en su celebración. Una vez que el pacto ha sido acordado y la sociedad adquiere la condición de beneficiaria, se podría considerar que la sociedad está habilitada para hacer exigible la atribución de la que es titular (contrato en favor de terceros).

Ahora, en relación con los **pactos de relación**, la naturaleza de estos permite concluir que, al no incidir en el ámbito social y limitarse a surtir efectos en el ámbito privado, no es posible sujetarlas a las medidas sociales de protección.

En lo relativo a los **pactos de organización** las respuestas son menos categóricas. Al no existir coincidencia material entre la sociedad y los socios, cuando la totalidad de ellos no ha suscrito el pacto, se debe afirmar que la sociedad es un tercero respecto del cual cobra total vigencia el principio de relatividad de los contratos.



Sin embargo, tratándose de **acuerdos parasociales** que han sido adoptados por la totalidad de los socios, la doctrina y la jurisprudencia internacional se han decantado por una **posición permisiva que admite hacer uso de la acción de impugnación de los acuerdos sociales para amparar, si es posible, el cumplimiento del pacto extraestatutario** que ha sido violado.

### Conclusión

En efecto, queda claro que en la práctica societaria **las sociedades no solo van desarrollando sus objetivos sociales por medio de los órganos y mecanismos legalmente instituidos**. En realidad, **van surgiendo nuevas y modernas formas que van adoptando los socios o accionistas con el fin de organizar de manera más dinámica y eficiente la sociedad**.

Se puede entonces decir con claridad que los **acuerdos parasocietarios son contratos celebrados entre socios de una sociedad que sirven para regular las relaciones internas y externas en la sociedad a la cual pertenecen** y, por tanto, **son mecanismos válidos para la organización societaria**. Ahora bien, **el conocimiento nominal y generalizado de los pactos parasociales contrasta con el escaso tratamiento normativo de sus elementos esenciales**, por lo menos en nuestro país, respecto de su contenido y de los efectos relativos a su eficacia, cumplimiento y exigibilidad.

Es más, de los **pactos extrasocietarios** también se puede observar **dos consecuencias**: **1- Positiva**: pues bien utilizados, pueden ayudar a dar solución a problemas que no contempla ley, siempre y cuando no vayan en contra del interés social y, **2- Negativa**: mal utilizados pueden generar una diversidad de abusos, así como también pueden ser celebrados para evadir lo establecido por la ley o para mantener situaciones que vayan en contra del interés social y se guíen únicamente por el interés personal de un reducido grupo de accionistas o terceros.

Finalmente, se cree que el legislador no debe tratar de prever alguna forma de regulación para los **pactos parasociales**, pues al surgir del fuero privado de las partes, estas se obligan en la manera que crean más conveniente a sus intereses, lo cual resulta eminentemente cambiante, y que muy difícilmente pueda ser contenida en una norma estricta y rigurosa. Pero sí se debería ir analizando la posibilidad de que el derecho positivo paraguayo pueda regular las prohibiciones legales en cuanto

atañe a los **acuerdos parasocietarios** y, por sobre todo, legislar la forma en que van a ir adquiriendo eficacia jurídica en la sociedad o frente a terceros ajenos a la misma.

### **Bibliografía**

CAAMAÑO, Carlos. “SINDICACIÓN DE ACCIONES”. Revista Electrónica de Derecho Comercial. Recuperado de: <http://www.derechocomercial.com/Doctrina/caama01.pdf>

CADMAN, John. “SHAREHOLDERS' AGREEMENTS” 4.<sup>a</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2004.

CRISTIÁ (h) José M. “SINDICACIÓN DE ACCIONES”. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1975

CHEUNG, Rita. “SHAREHOLDERS'S AGREEMENTS: SHAREHOLDER'S CONTRACTUAL FREEDOM IN COMPANY LAW”, The Journal of Business Law, n.º 6, Sweet & Maxwell, 2012

FELIU REY, Jorge. LOS PACTOS PARASOCIALES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL NO COTIZADAS, Marcial Pons, 2012.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. “EL 'ENFORCEMENT' SOCIETARIO Y REGISTRAL DE LOS PACTOS PARASOCIALES: LA Oponibilidad de lo pactado en protocolo familiar publicado”, Revista de Derecho de Sociedades, n.º 29, Arazandi, 2007

MAMBRILLA RIVERA, Vicente. “LOS PACTOS PARASOCIALES Y LA TRANSPARENCIA DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS: ANÁLISIS DE SU TRATAMIENTO EN LA LEY 26/2003”, Revista de Derecho de Sociedades, n.º 22, Arazandi, 2004

MASCHERONI, Fernando H., LA SINDICACIÓN DE ACCIONES, Bs. As., Cangallo, 1968.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido. El enforcement de los pactos parasociales, 1, disponible en: [<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1052/documento/03candido.pdf>]

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido. “La validez de los pactos parasociales”, en La Ley (en línea), n.º 7714, 2011



PAZ-ARES, Cándido (2008). EL ENFORCEMENT DE LOS PACTOS PARASOCIALES. F. DE M. CÓRDOVA (COMP.), DERECHO DE SOCIEDADES, Lima: Grijley

RICHARD HUGO, Efraín y MUIÑO, Orlando Manuel. “DERECHO SOCIETARIO – Sociedades comerciales – civil y cooperativa” Editorial Astrea. Buenos Aires. 2000.

SAPENA Tomás, EL SINDICATO DE ACCIONISTAS EN NUESTRO DERECHO VIGENTE” Revista de Derecho Notarial”, año VI, n° XIII-XIV, jul.dic. 1956

SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. “ESTATUTOS SOCIALES Y PACTOS PARASOCIALES EN SOCIEDADES FAMILIARES”, en Sánchez Ruiz, Mercedes. *Régimen jurídico de la empresa familiar*, Civitas Thomson Reuters, 2010.



## LA RESPONSABILIDAD POR RUINA EN LOS CONTRATOS DE OBRA

Juan Carlos Corina Orué\*

*“Un edificio tiene dos vidas. La que imagina su creador y la vida que tiene. Y no siempre son iguales” Rem Koolhaas*

### Resumen

El presente artículo analiza, en sus diversas aristas, la responsabilidad que tienen los constructores de obras de larga duración, de responder por la ruina, en caso que la misma se produzca en el periodo legal protegido por el artículo 860 del Código Civil Paraguayo. El análisis mentado se realiza observando cómo los tribunales y la doctrina vienen abordando esta cuestión, atendiendo a la evolución que ha venido teniendo el concepto, desde su concepción original (literal) a los más nuevos lineamientos.

### Abstract

*This article analyzes, in its various aspects, the responsibility that builders of long-term works have to respond for the ruin, in the event that it occurs during the legal period protected by the article 860 of the Paraguayan Civil Code. The cited analysis is carried out by observing how the courts and the doctrine have been addressing this issue, taking into account the evolution that the concept has been having, from its original (literal) conception to the newest guidelines.*

---

\*Máster en Derecho Privado (Facultad de Derecho, U.N.R., Rosario, Argentina), Profesor por concurso público de méritos y aptitudes en la cátedra de Contratos (Fac. de Derecho, U.N.A.), Profesor de Posgrado en diversas universidades.



**Palabras clave:** *responsabilidad civil, contrato de obra, ruina*

## 1. Introducción

El contrato de obra como acuerdo de voluntades en el cual una de las partes se compromete a entregar un resultado determinado, consistente en la obra, cuenta con una protección bastante fuerte para el que la encarga, sobre todo después de recibida la obra. Dicha protección tiene como fin, no solamente proteger al contratante de la obra, sino asegurar la estabilidad de las construcciones, lo cual en última medida garantiza la seguridad pública<sup>1</sup>.

La protección engloba una serie de aristas harto interesantes, y de indudable interés práctico, por lo que en el presente trabajo se encararán, entre otros temas: qué se entiende por ruina, cuáles son sus tipos, quién tiene la carga de acreditarla, etc.

## 2. La responsabilidad después de entregada la obra

### 2.1. Disposición legal

La situación se encuentra normada por el art. 860 del Código Civil, el cual reseña:

“Tratándose de edificios u obras inmuebles destinados a larga duración, el constructor es responsable por su ruina total o parcial o peligro evidente de ruina, si esta procede de vicios de construcción, de vicios de suelo o de mala calidad de los materiales, cualquiera fuere quien los haya suministrado. Para que sea aplicable la responsabilidad, la ruina deberá producirse dentro de los diez años de recibida la obra. La responsabilidad que este artículo impone no será dispensable contractualmente y se extenderá indistintamente al director de la obra y al proyectista, según las circunstancias, sin perjuicio de las acciones de regreso que pudieren corresponder.”

La primera precisión que cabe realizar es que la ley se refiere a los inmuebles destinados a larga duración, como podría ser una casa, un edificio de departamentos, un *shopping center*, un dique, un puente, etc.<sup>2</sup>. Así, no aplica para las obras provisorias

---

<sup>1</sup> BORDA, Guillermo, 2006, *Manual de contratos*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, pp. 480 y ss.

<sup>2</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, 1993, *Teoría de los Contratos* (Vol. IV). Buenos Aires: Zavallía, p. 271.

o proyectadas para un corto plazo, como podrían ser los stands para una exposición, las decoraciones para un evento, etcétera.

Consecuentemente, no incluye los bienes muebles y tampoco a aquellos contratos que tienen por objeto la construcción de inmuebles no destinados a larga duración, como ser —por ejemplo— las barracas de madera hechas provisoriamente para el alojamiento de operarios<sup>3</sup>, o los pabellones construidos para una exposición<sup>4</sup>.

Ahora bien, respecto del requerimiento de que sean inmuebles, podrían presentarse casos dudosos, como ser el de los contenedores (*containers*) y las casas rodantes, puesto que, si bien en cierto momento podrán estar instalados en un inmueble, pueden ser trasladados, con lo que, estrictamente hablando, no caerían dentro del precepto de la norma, la cual habla de inmuebles.

Por su parte, respecto de la interrogante de qué se entiende por larga duración, se ha señalado que sería como mínimo el periodo de responsabilidad por ruina que garantiza la norma o el acuerdo. Por tanto, para que se considere como de larga duración, la obra debería ser de aquellas proyectadas para durar como mínimo más de diez años (para el caso de la garantía legal), pudiendo ser mayor (para el caso que las partes acordaren un plazo superior).

### 3. ¿Qué es la ruina?

La Real Academia Española define a la misma como "...caer o destruirse algo[...]" 5. Restos de uno o más edificios arruinados" (Diccionario de la lengua española. Real Academia Española, 2001).

Por tanto, la ruina como evento sería el caimiento o destrucción de algo, y como resultado del evento surgirán los restos de los edificios arruinados. Así "... 'arruinar' significa 'causar ruina', esto es, la "acción de caer o destruirse una cosa", "el derrumbamiento", y, en sentido figurado, también quiere decir 'destruir o causar grave daño'" 5.

---

<sup>3</sup> Comúnmente denominados como "obradores".

<sup>4</sup> SOZZO, Gonzalo. En R. D. Lorenzetti, 2005, *Código Civil Comentado. Contratos. Parte Especial*. (Vol. I). Santa Fé, Argentina. Rubinzal Culzoni, p. 779.

<sup>5</sup> ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, 2007, *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Madrid, España. Reus S.A., p. 245.



#### 4. Tipos de ruina

En un primer momento, cuando se hablaba de ruina, se aludía meramente al derrumbamiento de la obra, abrupto y real, y correspondiente por tanto a su definición literal.

Empero luego se incorporó dentro del concepto a la amenaza de ruina, y a los defectos que menoscaban la funcionalidad de la obra y la hacen impropia para el uso que fue ideado o concebido.

Así se ha destacado que la ruina incluye "...situaciones muy variadas y que representan distinto grado de peligrosidad para el inmueble y sus moradores [...] que comprende: a) la amenaza de ruina, es decir la posibilidad concreta y previsible que se produzca un derrumbe; b) el grave daño al inmueble o degradación que pone en peligro su estabilidad; c) el derrumbe del edificio; d) las filtraciones importantes o humedad generalizada; las rajaduras de muros que excedan las simples fisuras, los hundimientos de pisos; e) la destrucción de un tinglado por la acción de agentes naturales que se ha hecho posible por la insuficiencia de sus anclajes en tierra; f) la ruina parcial"<sup>6</sup>.

Sobre la cuestión, la doctrina española ha dicho que: "Este concepto, como todo lo relativo a la denominada responsabilidad civil de la construcción, ha sufrido en los últimos decenios como consecuencia del aumento de la actividad constructiva, unos evidentes cambios"<sup>7</sup>.

Y, en consonancia, la jurisprudencia española ha destacado que: "siendo una de las denominadas especialidades de la responsabilidad civil profesional que primero comenzó su evolución, evolución que se inició en la década de los cincuenta redefiniéndose jurisprudencialmente los conceptos en que se fundamenta la institución de la mentada responsabilidad, evolución que se inició por el concepto de ruina al cual el Tribunal Supremo pronto aplicó el concepto técnico, extendiéndolo a los defectos constructivos, de suerte que la ruina a la que se refiere el artículo 1591,

---

<sup>6</sup> "F. DE G., B. Y OTRO C. C., N.E. S/DAÑOS Y PERJUICIOS"; CCiv. y Com. de Azul, Sala I, 20/5/2014; NICOLAU, Noemi., & HERNÁNDEZ, Carlos, 2016, *Contratos, en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Argentina. La ley, p. 7621.

<sup>7</sup> ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, 2007, *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Madrid, España. Reus S.A., Pág. 245.

según la actual interpretación Jurisprudencial, no está circunscrita al estricto, literal, y limitado de pérdida, destrucción o derrumbamiento total o parcial de la obra” (SAP Guipúzcoa, del 28 de marzo 2000 (JUR 2000, 218890) <sup>8</sup>.

#### 4.1. Ruina potencial

Como se ha señalado, una de los tipos de ruina concebidos tiene que ver con la amenaza o posibilidad que esta exista. Así, el art. 860 del C.C. no solo protege contra la ruina física concreta, sino también cuando exista la posibilidad de una, lo que se ha dado en llamar ruina potencial<sup>9</sup>.

Sobre el punto la jurisprudencia nacional citando jurisprudencia comparada ha expuesto que “... la amenaza de ruina es suficiente para que nazca la responsabilidad del constructor, siempre que tal amenaza aparezca como un peligro que no deje dudas respecto a que la ruina se producirá...” <sup>10</sup>.

Aquí nos parece oportuno volver a remitirnos al art. 860 del C.C., el cual exige que exista un peligro evidente de ruina, por lo que entendemos que, si el material probatorio revela la posibilidad de ruina, se activa el concepto de ruina potencial.

De igual manera la jurisprudencia española ha reseñado que “no se limita la aplicación del precepto al supuesto de ruina real, que exige un derrumbamiento actual y efectivo, sino que se extiende su ámbito al caso de amenaza o peligro de ruina, manifestado exteriormente por signos visibles, como son modificaciones o alteraciones en los elementos esenciales para la estabilidad del edificio, que denotan por sí una situación de peligro” STS 20.12.2004 (RJ 2004, 8133)<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Sobre lo mismo se ha dicho que “la STS, Sala 1ª, 2.4.2003 (Ar. 3001) se refiere a la evolución en la doctrina jurisprudencial del concepto de ruina “extendido y ampliado a aquellos defectos que por exceder de las imperfecciones corrientes configuran una violación del contrato (...) al hacerse la edificación inútil para el fin que le es propio” (García, Garajes mal proyectados. Comentario a la STS, 1ª, 2.10.2003, 2004); ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, 2007, *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Madrid, España. Reus S.A., p. 245.

<sup>9</sup> GARCÍA, Oliver, 2003, *Responsabilidad en el contrato de obra. Comentario a la STS*, 1ª, 31.10.2002. Indret.

<sup>10</sup> Ac. y Sent. No 49 del 10/9/2018, Tribunal de Apelaciones Civil y Comercial, 6ª Sala.

<sup>11</sup> ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, 2007, *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Madrid, España. Reus S.A.



Así, se ha destacado que: “Un ejemplo de ruina potencial lo encontramos en la SAP Girona, 29 de marzo 2005 (JUR 2005/124894): agrietamiento longitudinal en edificio con posterior rotura de la pared que realiza las funciones de barandilla del terrado y desplazamiento de dicha barandilla”<sup>12</sup> (Ortega Doménech, 2007, págs. 254,255).

Por su parte, en la jurisprudencia argentina se ha reseñado que: “. . . el concepto de ruina debe entenderse con amplitud de criterio, sin limitarlo a la destrucción parcial o total de la obra o de su inminencia, siendo suficiente que exista un peligro inmediato, que no deje lugar a dudas de que habrá de producirse o que se destruirá lentamente, tornándose inidónea para la finalidad que motivó su construcción”<sup>13</sup> (Sozzo, 2005).

En pocas palabras, para que exista ruina no es necesario que se produzca un derrumbe, desmoronamiento o destrucción de la cosa; bastará el peligro evidente de que ello ocurra (art. 860 del C.C.)<sup>14</sup>.

Así las cosas, creemos que a la hora de estimar si existe o no un supuesto de ruina potencial, será fundamental la opinión de los peritos, puesto que éstos, como conocedores de la *lex artis*, son quienes podrán determinar con mayor propiedad sobre la existencia de un peligro de ruina.

#### 4.2. Ruina física

Se refiere al derrumbamiento, la caída o destrucción de una construcción, la cual se podría dar –por ejemplo– por un error en el cálculo respecto a la cimentación, por la carga inadecuada de una losa de hormigón, la errónea colocación de los techos, etc.

Aquí cabe reseñar que el art. 860 del C.C. contempla no solamente la ruina física total (afecta a la totalidad del edificio), sino también la parcial (afecta solamente a

---

<sup>12</sup> ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, 2007, *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Madrid, España. Reus S.A., pp. 254, 255.

<sup>13</sup> CNCiv., sala A, 9-12-97, E.D. del 18-11-98; SOZZO, Gonzalo. En R. D. Lorenzetti, 2005, *Código Civil Comentado. Contratos. Parte Especial*. (Vol. I). Santa Fé, Argentina. Rubinzal Culzoni, p. 811.

<sup>14</sup> BORDA, Guillermo, 2006, *Manual de contratos*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, p. 481.

una de sus partes)<sup>15</sup>. Por ejemplo, un supuesto de ruina física apareció en el caso en el cual entendió el Tribunal Supremo Español el 20 de diciembre del 2004. La cuestión consistía en que: “Acieroid, S.A. construyó una nave en el kilómetro 3,7 de la carretera de Ibiza a San Antonio (Illes Balears). El 8.10.1992 se desplomó la cubierta de la nave como consecuencia de las lluvias torrenciales, incidiendo en el desplome la proyección deficiente del sistema de evacuación de aguas”<sup>16</sup>.

La jurisprudencia comparada resalta como otros supuestos comprendidos dentro del concepto de ruina física: “. . .la existencia de grietas y fisuras en una vivienda: **SAP Girona, 9 de diciembre de 1998** (AC 1998/8705); grietas en el techo de los pisos, humedales en los sótanos, desperfectos en el revestimiento de la fachada: **STS. 16.11.1996** (RJ 1996/8262)”<sup>17</sup> (Ortega Doménech, 2007).

### 4.3. Ruina Funcional

De entrada, cabe advertir que han existido diferencias sobre la admisión o no del concepto de ruina funcional, y, sin perjuicio de orientarnos a tal o cual postura, se dará cuenta de su concepto y diferentes matices.

En efecto, según la concepción doctrinaria, la ruina funcional no requiere que haya habido de hecho un derrumbamiento, ni que haya una amenaza de él, sino simplemente que el vicio constructivo produzca que la obra no cumpla la función para la cual fue ideada o pensada. Es así que la ruina funcional abarca a los “desperfectos que vengán a hacer inútil la cosa para la finalidad que le es propia”<sup>18</sup>.

En este orden de cosas, reiteradamente se viene insistiendo en que caerán bajo la esfera del concepto de ruina funcional, todos aquellos defectos constructivos que

---

<sup>15</sup> GÁZQUEZ SERRANO, Laura, 2011, *La responsabilidad por ruina en la jurisprudencia española actual*. (e. DC1567, Ed.) Buenos Aires, Argentina. El Dial.

<sup>16</sup> MILÀ RAFEL, Rosa. 2006. *Diez sentencias del Tribunal Supremo sobre responsabilidad por ruina*. Barcelona, España. (2004-2005). Obtenido de Indret. [www.indret.com](http://www.indret.com).

<sup>17</sup> ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, 2007, *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Madrid, España. Reus S.A., p. 248.

<sup>18</sup> GARCÍA, Oliver, 2003, Responsabilidad en el contrato de obra. Comentario a la STS, 1ª, 31.10.2002. Obtenido de Indret. [www.indret.com](http://www.indret.com).



excedan a los defectos normales o corrientes, puesto que allí se afectará “al normal uso y habitabilidad del edificio...”<sup>19</sup>.

Sobre el concepto de ruina funcional, la jurisprudencia nacional, a través de la Sexta Sala Civil y Comercial, ha reseñado que la misma se produce “...cuando los vicios son de tal envergadura que obstan al aprovechamiento de la construcción dificultando la posibilidad de su habitación, comprometa la conservación o solidez de la cosa”<sup>20</sup> (sic.).

De igual manera, la Tercera Sala Civil y Comercial ha referido que :”La doctrina y jurisprudencia extranjera dominante, en los países con textos legales idénticos o más restringidos en su regulación de la responsabilidad por ruina, preocupada por no permitir la fácil liberación del constructor y en defensa de los comitentes de obras, procedió a extender el concepto de ruina, propugnando la asimilación del concepto de ruina a determinadas situaciones que pudieran exceder su marco conceptual, tales como la denominada ‘ruina funcional’, entendida como la inutilidad de la obra construida para su destino”<sup>21</sup>.

Por su parte la jurisprudencia española ha señalado que: “la denominada ‘ruina funcional’ tiene lugar en aquellos casos en que los defectos constructivos afectan a la idoneidad de la cosa para su fin y en la que entra en juego el concepto o factor práctico de la utilidad (...), y dentro de este tipo de vicio ruinógeno se comprenden aquellos defectos de construcción que por exceder de las imperfecciones corrientes producen una violación del contrato, o una inhabilidad del objeto, es decir, aquellos defectos que tienen una gravedad obstativa para el normal disfrute de la cosa con arreglo a su destino” (FJ 4º)”<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> GÁZQUEZ SERRANO, Laura, 2011, *La responsabilidad por ruina en la jurisprudencia española actual*. (e. DC1567, Ed.) Buenos Aires, Argentina. El Dial.

<sup>20</sup> Ac. y Sent. No 49 del 10/9/2018, Tribunal de Apelaciones Civil y Comercial, 6ª Sala.

<sup>21</sup> Ac. y Sent. No 61 del 29/8/2012, Tribunal de Apelaciones Civil y Comercial, 3ª Sala.

<sup>22</sup> STS, Sala 1ª, 28.5.2001 (Ar. 3437); GARCÍA, Oliver, 2003, *Responsabilidad en el contrato de obra. Comentario a la STS, 1ª, 31.10.2002*. Obtenido de Indret. www.indret.com

“Se aprecia la ruina funcional cuando los defectos tienen una envergadura o gravedad que exceden de las imperfecciones corrientes haciendo inútil o impropia la cosa para su finalidad”<sup>23</sup>.

En esta misma línea la jurisprudencia argentina ha reseñado que no es necesaria “...la caída actual o inminente de la obra para que la ruina se configure, siendo suficiente con que los deterioros impidan el aprovechamiento...”<sup>24</sup>.

Ahora bien, en cuanto a los casos en los cuales se puede tener por existente la ruina funcional, la jurisprudencia española condensa numerosos supuestos. Así se ha determinado que habrá ruina funcional cuando afecte elementos esenciales de la obra, como ser:

—el tejado de una vivienda. Un defecto funcional claro es el desprendimiento de parte del mismo, como son sus aleros, suponiendo un peligro para las personas que circulan por sus proximidades: **SAP Toledo, 16 de junio 1998** (AC 1998, 5912);

—la aparición de humedades y filtraciones en el aparcamiento a través de sus muros de contención y en una defectuosa construcción de la rampa de acceso al mismo: **SAP Barcelona, 25 de enero 2001** (AC 2001, 519);

—defectuosa colocación del sistema de climatización de un edificio. Totalmente inadecuadas las disposiciones de los aparatos exteriores, al igual que en el interior de las viviendas, donde al estar situados demasiado altos, se produce sensación de frío en invierno a nivel de tierra y demasiado calor en el altillo, afectando gravemente a la funcionalidad del conjunto del edificio y de cada una de sus partes: **SAP Barcelona, 16 de abril 2003** (JUR 2003, 254144);

—las tuberías de conducción de agua de la zona de aseo, gimnasio y piscina comunes. No fueron instaladas con las precauciones adecuadas a los materiales y a la precariedad de su protección: **STS. 30.01.1997** (RJ 1997/845);

---

<sup>23</sup> STS, Sala 1ª, 05.06.2007; GÁZQUEZ SERRANO, Laura, 2011, *La responsabilidad por ruina en la jurisprudencia española actual*. (e. DC1567, Ed.) Buenos Aires, Argentina. El Dial.

<sup>24</sup> “CONSORCIO DE COPROPIETARIOS AVDA. LIBERTADOR GRAL. SAN MARTIN 4496/98 C. EDIFICADORA LIBERTADOR”; CNCiv., Sala F, 29/4/1991; LA LEY, 1992-B, 25.



—los conductos de las chimeneas de los hogares instalados en los pisos. Se construyeron insuficientes para la evacuación de los humos de tales chimeneas: STS. 30.01.1997 (RJ 1997/845).

—defectos de aislamiento exterior acústico y térmico del inmueble: incidencia en la habitabilidad del edificio: STS, 15.11.2005 (RJ 2005/7631).<sup>25</sup> (Ortega Doménech, 2007, págs. 251, 252).

Como ya se ha reseñado antes, lo importante a la hora de ver si existe o no ruina funcional será el determinar si los vicios encontrados afectaron o no la función para la cual fue concebida la obra, su finalidad.

Sobre el punto, la jurisprudencia española ha reseñado que existen defectos que afectan a la funcionalidad de la obra cuando se constata:

“—ausencia del debido aislamiento: STS. 03.03.1983 (RJ 1983/1417);

—defectos en la cubierta del edificio: STS. 16.02.1985 (RJ 1985/558)

—defectos de impermeabilización en cubierta produciendo filtraciones de agua y molestias a los propietarios del edificio: STS. 15.10.1990 (RJ 1990/7867) y 10.11.1994 (RJ 1994, 8443);

—humedades en techos y paredes: STS. 20.10.1982 (RJ 1982/5565) y 25.06.1999 (RJ 1999/4560). Incluso la STS. 24.01.2002 señala que las humedades son defectos que convierten el uso de las viviendas en gravemente irritante o molesto, calificándose de anomalía constructiva grave, o que dan lugar a un deterioro progresivo del edificio: STS. 20.10.1982 (RJ 1982/5565)

—grietas y filtraciones de agua por utilización de mortero inadecuado: STS. 16.06.1984 (RJ 1984/3245), por ausencia del debido aislamiento: STS. 03.03.1983 (RJ 1983/1417), o por mala impermeabilización: STS. 15.10.1990 (RJ 1990/7867)

—integración del suelo con baldosas de diferente color y con tamaños de áridos o granos distintos, produciendo un resultado final estéticamente muy negativo: 22.06.2001 (RJ 2001, 5074) ...);

---

<sup>25</sup> ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, 2007, *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Madrid, España. Reus S.A., pp. 251, 252.

—deficiencias en los conductos de ventilación, por falta de estanqueidad, tanto en el garaje como en los aseos, así como falta de chimeneas de ventilación en los cuartos de basuras: STS 16.11.2001 (RJ 2001, 9459).

—vibraciones y ruidos: STS. 10.03.1993 (RJ 1993/1829);<sup>26</sup>

Cabe hacer hincapié en que el concepto de ruina funcional no podría ser utilizado para intentar la reparación de defectos corrientes y ordinarios de la construcción, es decir, imperfecciones normales que puedan derivar de la construcción.

Así, se ha destacado que los defectos enmarcados dentro del concepto de ruina funcional son "...los que afectan al disfrute, normal utilización y habitabilidad de una vivienda, pero no los meramente estéticos: STS. 18.11.2003 (RJ 2003/6229)".<sup>27</sup>

Acorde con ello, "con carácter general, el TS ha considerado que no son ruina los defectos de pintura (en este período, SSTS 27.9.2005, Ar. 8887; 15.11.2005, Ar. 7631)"<sup>28</sup>.

Por su parte, en un caso del año 1980 donde se estudiaba la existencia o no de ruina, la jurisprudencia nacional rechazó que la existencia de rajaduras y humedad constituyan ruina<sup>29</sup>. Empero cabe puntualizar que el caso es de antigua data, pues tiene

---

<sup>26</sup> ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, 2007, *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Madrid, España. Reus S.A., pp. 252, 253.

<sup>27</sup> ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, 2007, *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Madrid, España. Reus S.A., p. 252.

<sup>28</sup> MILÀ RAFEL, Rosa. 2006. *Diez sentencias del Tribunal Supremo sobre responsabilidad por ruina*. Barcelona, España., Obtenido de Indret. [www.indret.com](http://www.indret.com).

<sup>29</sup> En este tenor se expresó "En el caso de autos, el actor ha ofrecido como únicas pruebas el informe de la Ande —fs. 39 y el informe de la Municipalidad— fs. 46. Por el primero se comprueba que la conexión de energía eléctrica no había sido aprobada porque faltaba cambiar la columna de soporte y la llave termomagnética: por el segundo informe —el de la Municipalidad— se expresa que "en la mencionada edificación, se notan ciertos desperfectos, como ser rajaduras y manchas de humedad en las paredes; las rajaduras se notan especialmente en los costados y sobre las aberturas, debe ser por falta de colocación de dinteles y las manchas de humedad obedecen a filtraciones de agua ocasionadas por fallas del techo". Como puede verse, el informe habla de "ciertos desperfectos", rajaduras y manchas de humedad; no habla de fallas graves e importantes que puedan ocasionar la ruina parcial o total del edificio, como exige la ley..." Tribunal de apelación en lo civil y comercial de asunción, sala 3. Vázquez, Delfina c. Osorio, Pascual (Ac. y Sent. Núm. 89) publicado en: LLP 1981, 103 cita online: [py/jur/78/1980](http://py/jur/78/1980).



más de treinta y nueve años, tiempo en el cual el concepto de ruina funcional se ha ampliado y consolidado en el derecho.

Esto ha quedado de resalto en cierta jurisprudencia argentina, que reseñó “Puede destacarse que la doctrina ha elaborado dos conceptos acerca de lo que debe entenderse por ruina total o parcial; uno restringido y otro más amplio. Spota, quien sostiene el primer criterio, dice que para que exista ruina de la obra es necesaria la caída actual o inminente de la obra por falta de estabilidad (ob. cit.; Salvat, Contratos, t. 2). En cambio, existe otra corriente que cobra cada día más importancia en la jurisprudencia, [...] que sostiene que no es necesario que las fallas comprometan la estabilidad del edificio, bastando que los deterioros impidan el aprovechamiento, como es el hundimiento de los pisos o las rajaduras aparecidas en los tabiques divisorios”<sup>30</sup>.

Por su parte, en otro caso, en el cual se solicitó daños y perjuicios por los defectos presentados en la construcción, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia estimó que la humedad de las paredes y el hundimiento de los pisos no podrían ser considerados como ruina. Ahora bien, es preciso hacer hincapié que en dicho caso la Corte omitió por completo hacer referencia al concepto de ruina funcional, limitándose a determinar si existía o no derrumbe<sup>31</sup>.

También es ilustrativo el tratamiento que en la jurisprudencia comparada ha tenido el tema, en materia de proyección de garajes, donde se ha dicho que las condensaciones, defectos estéticos o de escasa relevancia funcional no configuran una ruina, destacándose que: “Un claro ejemplo lo constituye la STS, sala 1ª, 13.10.1998 (Ar 8253), donde el TS advierte que, aunque la distribución del parking en el sótano del

---

<sup>30</sup> CNCiv., sala H, 19-12-96, L.L. 1997-C-250.

<sup>31</sup> En este sentido la Sala Civil, integrada a la sazón por miembros de Tribunales de Apelación reseñó que “La demanda se ha instaurado como daños y perjuicios derivados de daños que no son de ruina o estados ruinosos sino de supuesto defecto de la construcción, que pudieron haber nacido por el deterioro natural, pero no por el hecho de la construcción en sí. Por ejemplo, la humedad de las paredes no constituye hecho ruinoso, ni el hundimiento de piso, que pudieron ocasionarse por algunas filtraciones de agua. Estos hechos no implican “estado de ruina o peligro de ruina”, pero sí tendría que ver eventualmente con vicio redhibitorio que no fue alegado como acción...” Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Sala Civil Y Com. Ac. y Sent. N° 608, Publicado en: La Ley Online; Cita Online: PY/JUR/438/2015.

inmueble implica cierta incomodidad para estacionar los vehículos, no se infringe por ello el art. 1591 1º Cc, puesto que las dificultades de la obra no son impeditivas de la utilización de la misma para su fin... De forma semejante resuelve la **SAP Cáceres, Sección 1ª, 4.5.1999** (Ar 7701), que entiende que el acceso al garaje, pese a estar ejecutado con incumplimiento de la normativa urbanística y presentar determinados defectos funcionales, que dificultan la entrada en su interior de vehículos, no lo hacen inútil para la finalidad que le es propia, por lo que no cabe hablar de ruina, ni siquiera en su concepción más amplia” (García, 2004)<sup>32</sup>.

Por último, cabe señalar que la noción de ruina se encuentra en constante evolución, y prueba de ello es el novedoso concepto que cierta doctrina viene destacando, el cual se denomina “envejecimiento prematuro”, el cual alude a que una casa nueva rápidamente puede adquirir el estado de una casa antigua. Así se ha expuesto que: “También se incluye en este artículo lo que la doctrina ha denominado 'envejecimiento prematuro', entendiéndose por tal el deterioro que sufre la obra que, estando destinada a larga duración, a pocos años de construida se deteriora, no en sus partes estructurales (lo que encuadraría en el caso de amenaza de ruina), sino en su construcción general (revoques, instalaciones eléctricas, capas aisladoras, etcétera), de tal modo que, no habiendo alcanzado el tiempo promedio de duración, su estado es de una cosa de una antigüedad notoriamente mayor (Nicolau)” (Sozzo, 2005, pág. 780)<sup>33</sup>.

Ha sido justamente el tratamiento amplio que la doctrina y la jurisprudencia han dado al concepto de ruina lo que ha llevado a que en el flamante Código Civil y Comercial argentino no mencione el término “ruina” en el contenido del artículo, haciendo alusión al mismo sólo en el título<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> GARCÍA, Oliver, 2003, Responsabilidad en el contrato de obra. Comentario a la STS, 1ª, 31.10.2002. Obtenido de Indret.

<sup>33</sup> SOZZO, Gonzalo. En R. D. Lorenzetti, 2005, *Código Civil Comentado. Contratos. Parte Especial*. (Vol. I). Santa Fé, Argentina. Rubinzal Culzoni, p. 780.

<sup>34</sup> Así el art. 1273 establece “**Obra en ruina o impropia para su destino**. El constructor de una obra realizada en inmueble destinada por su naturaleza a tener larga duración responde al comitente y al adquirente de la obra por los daños que comprometen su solidez y por los que la hacen impropia para su destino. El constructor sólo se libera si prueba la incidencia de una causa



Por nuestra parte consideramos que la concepción laxa de la ruina es aconsejable por varios motivos. Primero que todo, posibilita que el accionante se despreocupe respecto de los tiempos de prescripción, que le podrían afectar bajo el encuadre de los vicios oculto y, por otro lado, da practicidad al concepto, acompañando los diversos desarrollos que en la doctrina y jurisprudencia comparada se han hecho al respecto, practicidad que se acentúa en los casos en los cuales los contratantes son consumidores, quienes generalmente se encuentran con la sorpresa (post celebración del contrato) de que la obra no sirve para el fin querido.

## 5. Causas de la ruina

El artículo 860 del C.C. refiere que la ruina puede proceder de vicios en la construcción, del suelo, o de la mala calidad de los materiales. Ahora bien, a esto la doctrina ha añadido un supuesto más, los vicios de los planos.

### 5.1. Vicio de la construcción

Bajo el supuesto de los vicios de la construcción en realidad se podrían encasillar todos los otros, puesto que, en última medida, cualquiera de las causas de ruina constituye un vicio de la construcción.

Empero, comúnmente se identifica a los vicios de la construcción como aquellos que surgen por una deficiente ejecución de la obra, del modo como se la llevó a cabo en la realidad concreta, los cuales podrían ser –por ejemplo- las filtraciones, grietas, humedades, la mala ejecución de los cimientos, etc. Por lo tanto, no se trata de su concepción abstracta o planeamiento. Así, por ejemplo “...es lo que acontece cuando no se llena adecuadamente una columna de hormigón, lo que produce la caída del edificio”<sup>35</sup>.

### 5.2. Vicio del suelo

Como primer punto, es necesario aclarar que en realidad el vicio no es del suelo, sino que lo que podría ocurrir es que la construcción no sea realizada conforme con las condiciones del suelo; es decir, al expresar que los vicios son del suelo, en

---

ajena. No es causa ajena el vicio del suelo, aunque el terreno pertenezca al comitente o a un tercero, ni el vicio de los materiales, aunque no sean provistos por el contratista”.

<sup>35</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, 1993, *Teoría de los Contratos* (Vol. IV). Buenos Aires: Zavallía, p. 275.

realidad se está invirtiendo el enfoque, ya que el defecto concreto se produce por realizar una construcción no adecuada al tipo de suelo en donde se asentará la obra.

Es por ello que lo que el artículo contempla es la ruina por la construcción defectuosa respecto del tipo de suelo –por ejemplo– en los casos de obras realizadas con una cimentación insuficiente, lo cual provoca que la obra se derrumbe<sup>36</sup>.

### **5.3. Mala calidad de los materiales**

El contratista responderá por la mala calidad de los materiales, tanto si los provee él, como si los hubiere proveído el contratante. En el primer caso, por haber proveído productos defectuosos y, en el segundo caso, bajo el principio de que el contratista tenía la obligación de observar si los mismos eran aptos para ser utilizados en la obra proyectada.

### **5.4. Vicio del plano**

Como se ha dicho, la doctrina ha agregado este supuesto, bajo el cual el contratista responde por la ruina derivada de la ejecución de planos defectuosos o erróneos.

Aquí, como en todos los otros supuestos, lo que se dará es un vicio de la construcción realmente, puesto que, por las reglas del arte, el contratista debió haber rechazado la ejecución de planos que eran erróneos o inadecuados<sup>37</sup>.

## **6. Plazo de garantía**

El art. 860 del C.C. establece que el plazo de garantía respecto de la ruina es de diez años desde que haya sido entregada la obra. Una cuestión que podría generar controversias es que el artículo menciona la “entrega” de la obra como punto de partida del plazo, lo cual podría dar pie a decir que no es necesaria la aprobación por parte de la contratante.

Entendemos que una mejor redacción hubiera sido que la norma establezca que el plazo iniciaba desde la recepción de la obra, puesto que ello implica que el

---

<sup>36</sup> AYALA, Emilio. 2017. *Código Civil de la República del Paraguay. Comentado*. Asunción, Paraguay. La ley, p. 159; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, 1993, *Teoría de los Contratos* (Vol. IV). Buenos Aires: Zavalía, p. 275 y ss.

<sup>37</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, 1993, *Teoría de los Contratos* (Vol. IV). Buenos Aires: Zavalía, p. 275.



contratante la aceptó. Es que los conceptos de entrega de la obra, recepción y aceptación engloban consecuencias jurídicas diferenciadas, todo lo cual debe ser tomado en cuenta a la hora de estimar si el plazo inició o no.

En efecto, la entrega de la obra, por parte del contratista, al contratante, no precisamente implicará la aceptación de este último, mientras que la recepción sin reservas de la obra, sí implicará que la misma se ha aprobado y entregado conforme a lo pactado.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, y a pesar de la duda que podría surgir, la doctrina y jurisprudencia comparada se inclinan por considerar que el plazo comienza desde la recepción de la obra, propiamente<sup>38</sup>.

Otra interrogante que ha surgido tiene que ver con si el plazo inicia desde la recepción provisoria o desde la definitiva; la tesis mayoritaria es se inclina por la segunda posición, considerando que recién allí el contrato ha cumplido sus efectos plenos<sup>39</sup>.

Esta es justamente la posición que ha asumido el flamante Código Civil y Comercial de la Argentina, a través del art. 1275, el cual “dispone que “para que sea aplicable la responsabilidad prevista en los artículos 1273 y 1274, el daño debe producirse dentro de los diez años de aceptada la obra”<sup>40</sup>. Tal tesitura nos parece adecuada, puesto que pone fin a las discusiones sobre el punto de partida del cómputo, otorgando certidumbre jurídica.

---

<sup>38</sup> En este sentido se ha reseñado que no solamente la jurisprudencia ha acogido el criterio de que el dies a quo comienza con la recepción y aprobación, sino que ello se traducido a lo dispuesto en España en el art. 17.1 de la Ley de Ordenación de la Edificación española (Gázquez Serrano, 2011). LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, 1993, *Teoría de los Contratos* (Vol. IV). Buenos Aires: Zavallía, p. 276.

<sup>39</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, 1993, *Teoría de los Contratos* (Vol. IV). Buenos Aires: Zavallía, p.276; AYALA, Emilio. 2017. *Código Civil de la República del Paraguay. Comentado*. Asunción, Paraguay. La ley,p.159; LÓPEZ MESA, Marcelo. 2014. *La responsabilidad civil por ruina de edificaciones*. DC1D8D. (E. dial, Ed.) Buenos Aires, Argentina: El Dial.

<sup>40</sup> NICOLAU, Noemi., & HERNÁNDEZ, Carlos. 2016. *Contratos, en el Código Civil y Comercial de la Nación*. . Buenos Aires, Argentina. La Ley, p. 725.

## 7. Diferencia con los vicios ocultos

La ruina funcional es muy distinta del saneamiento debido por los vicios ocultos. En efecto, ambas figuras tienen diferencias sustanciales en cuanto a tiempos de ejercicio de la acción y caracterización de las mismas<sup>41</sup>.

Sobre el punto, la jurisprudencia nacional ha reseñado que: “Lo que diferencia a la ruina del defecto oculto no está en el carácter actual del vicio, sino en la potencialidad presente o futura de tornar la obra inepta para su destino”<sup>42</sup>.

En este sentido, la responsabilidad por los vicios ocultos no requerirá que el vicio sea grave, o ruinógeno, sino que abarcará a cualquier tipo de desperfecto, sea del carácter que fuere, y sin importar si la obra fuere realizada en un mueble o inmueble, por lo que su campo de acción es mayor<sup>43</sup>.

Ahora bien, no es una cuestión menor recordar que la acción para reclamar los vicios ocultos es de tres meses (art. 668 del C.C.), a diferencia del plazo de diez años para reclamar los daños derivados de la ruina.

Es por esta diferencia que el concepto amplio de ruina funcional, adquiere gran relevancia en la determinación de los derechos y deberes de las partes, puesto que a través de éste se disipa, en cierto modo, la preocupación respecto del efímero plazo que se otorga a los vicios ocultos.

En este sentido, Ortega, comentando la jurisprudencia española, reseña que “No estaremos ante vicios o defectos ruinógenos cuando se trate de simples deficiencias o imperfecciones que no exceden de lo corriente y que son, más bien, vicios procedentes del incumplimiento del contrato de obra, como pudiera ser la mala ejecución de lo contratado que no desemboca en ruina real ni funcional: **SSTS. 01.12.1984** (RJ 1984/6021) ...”<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> NICOLAU, Noemi., & HERNÁNDEZ, Carlos. 2016. *Contratos, en el Código Civil y Comercial de la Nación*. . Buenos Aires, Argentina. La Ley, *Íbidem*.

<sup>42</sup>Ac. y Sent. No 49 del 10/9/2018, Tribunal de Apelaciones Civil y Comercial, 6ª Sala.

<sup>43</sup> NICOLAU, Noemi., & HERNÁNDEZ, Carlos. 2016. *Contratos, en el Código Civil y Comercial de la Nación*. . Buenos Aires, Argentina. La Ley, pp. 725 y ss.

<sup>44</sup> ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, 2007, *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Madrid, España. Reus S.A., p. 314.



## 8. La prueba de la ruina

Como una cuestión eminentemente práctica surge la de determinar cómo se acreditará la existencia de la ruina; en tal sentido, se debe señalar que actuarán dos aspectos, el fáctico y el jurídico.

Fáctico, en el sentido de que se deberá acreditar la existencia del vicio de la construcción, y jurídico, en cuanto a la calificación de dicha base fáctica dentro del tipo normativo.<sup>45</sup>

### 8.1. Carga de la prueba

Cabrá a la parte actora demostrar que la ruina se ha producido dentro del plazo decenal y probar su existencia concreta, para ello puede ampararse en cualquier medio probatorio (prueba pericial, de testigos, de absolución, etc.).

Ahora bien, lo común es que la demostración de la existencia de la ruina se produzca a través de los informes periciales, lo cual ha ocurrido –por ejemplo– en los casos Zayas<sup>46</sup> e Imcopar<sup>47</sup>, donde para concluir sobre la existencia o no de ruina se hizo alusión de manera literal al informe pericial.

---

<sup>45</sup> ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, 2007, *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Madrid, España. Reus S.A., p. 314; GÁZQUEZ SERRANO, Laura, 2011, *La responsabilidad por ruina en la jurisprudencia española actual*. (e. DC1567, Ed.) Buenos Aires, Argentina. El Dial.

<sup>46</sup> En dicho caso el Tribunal afirmó que "...las conclusiones del Arq. Duarte y el Ing. Torres son pacíficas y complementarias. Incluso la Ing. Huerta informó de los defectos que adolece el piso de baldosón del estacionamiento..." Ac. y Sent. No 61 del 29/8/2012, Tribunal de Apelaciones Civil y Comercial, 3ª Sala.

<sup>47</sup> En el caso en cuestión el Tribunal reseñó "Los vicios de dirección son imputables al arquitecto -hoy demandado- que trajo como consecuencia la flagrante **ruina funcional de la construcción**, tal y como se justifica en el caso examinado, en el informe pericial realizado por el Ing. Curt Ernesto Tippach del cual claramente surge "...*Punto 14. Determine el Perito a su ciencia y experiencia, si que parte de cada una de las nueve (9) unidades (...) tienen peligro de ruina total o parcial. La parte de cada una de las nueve (9) unidades de vivienda que **presentan peligro de ruina total o parcial** es el área de cochera de cada unidad. Las cabriadas de las cocheras (...) carecen de debido soporte o apoyo en los pilares. Se observa a simple vista que en las uniones de las vigas con la pared existen rajaduras y desplazamiento de piezas estructurales en la mayoría de las cocheras. Se observa un cierto desplazamiento de las vigas de madera o cabriadas. Las paredes presentan rajaduras. Parte de los tejuelones del techo se han*

Igual importancia se ha dado a tal probanza en la jurisprudencia comparada, donde en cierto caso, en el cual se estudiaba la existencia o no de ruina funcional respecto de la construcción de unos garajes, se afirmó que: “Tal y como detallan los informes periciales obrantes, “las condiciones mínimas de maniobrabilidad por el interior del edificio no llegan a respetarse (...); la circulación por el interior del garaje-aparcamiento privado ofrece serias dificultades en lo que se refiere a los giros para tomar las rampas a nivel inferior al de la calle así como la pronunciada pendiente de alguna de las rampas (...); las rampas superan la pendiente del 20%, condición que vienen indicada que no se superará en el proyecto (...)”<sup>48</sup>.

Ahora bien, un tema a tener muy en cuenta es que, si bien la carga de la prueba respecto a la existencia de la ruina cae en cabeza de quien acciona, será la demandada quien tenga que probar que dicha ruina no responde a su actuar o que existe un factor que la exonera de responsabilidad, como podría ser la culpa de la víctima, el caso fortuito, la existencia de responsabilidad de un tercero por el cual no debe responder, etcétera<sup>49</sup>.

Así también cabe decir que, si bien el actor deberá probar la existencia de la ruina, no tendrá la carga de probar quién ocasionó la misma, y en dicho caso se estima que la responsabilidad es objetiva<sup>50</sup>.

---

*separado de su apoyo en los tirantes. Al respecto de esta pericia, informo que dos unidades de las nueve unidades de vivienda construidas, han sido reparadas y modificadas por sus compradores antes de la realización de esta pericia, aclarando que los puntos y consideraciones de esta han sido reparados en estas dos unidades, según lo referido por profesionales de los compradores.”* Es claro que en el caso de autos los dúplex en cuestión sí se **arruinaron, por lo menos parcialmente, por vicios o defectos de construcción material** por no haber construido el contratista de acuerdo con las reglas del arte y por no hacerlo así, causar la **ruina**, por lo menos parcial, de la obra...” Ac. y Sent. No 49 del 10/9/2018, Tribunal de Apelaciones Civil y Comercial, 6ª Sala.

<sup>48</sup> GARCÍA, Oliver, 2003, *Responsabilidad en el contrato de obra. Comentario a la STS, 1ª, 31.10.2002*. Obtenido de [www.indret.com](http://www.indret.com).

<sup>49</sup> BORDA, Guillermo, 2006, *Manual de contratos*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, p. 482; ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, 2007, *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Madrid, España. Reus S.A., p. 257.

<sup>50</sup> SOZZO, Gonzalo. En R. D. Lorenzetti, 2005, *Código Civil Comentado. Contratos. Parte Especial*. (Vol. I). Santa Fé, Argentina. Rubinzal Culzoni, p. 784.



Sobre el punto la jurisprudencia española ha expuesto que: “Al demandante le basta por tanto con probar el hecho acaecido, y es la contraparte quien, para quedar exonerada, ha de demostrar que se está en presencia de un caso fortuito, o que su tarea se adecuó a la “*lex artis*”, o bien el mal uso de la obra por parte del actor en cuyo caso este factor puede ser moderador de su propia responsabilidad si concurre con la ruina del edificio: SSAP. Baleares, 3 de marzo 1997 (AC 1997/528) ...”<sup>51</sup>.

### 9. Prohibición de las cláusulas que limiten la responsabilidad

El art. 860 del C.C. prohíbe excluir la responsabilidad por medio de una cláusula contractual<sup>52</sup>. Con ello se reconoce una excepción al principio de libertad de contratación<sup>53</sup>. En términos simples “no se admite la cláusula contractual por la cual se pretenda la renuncia anticipada por parte del dueño de la obra a accionar por ruina”<sup>54</sup>.

La solución adoptada por el precepto legal ha sido aplaudida por la doctrina, ya que, si se hubiere permitido que una cláusula libere a los obligados, iría en contra de la seguridad pública y la estabilidad de las construcciones<sup>55</sup>. Así, el empresario que construya un edificio, un puente, un dique, una fábrica, no podrá liberarse por contrato de su obligación de responder ante una eventual ruina.

El precepto legal es útil, sobre todo atendiendo a que, en la contratación actual, donde abundan contratos de adhesión y las cláusulas estándar (no negociadas), podrían colarse dispensas contractuales, a las cuales se pone coto con la normativa.

<sup>51</sup> ORTEGA DOMÉNECH, Jorge, 2007, *El contrato de obra en la jurisprudencia*. Madrid, España. Reus S.A., p. 285.

<sup>52</sup> En su parte pertinente el art. 860 del C.C. reseña “...La responsabilidad que este artículo impone, no será dispensable contractualmente...”

<sup>53</sup> NICOLAU, Noemi, & HERNÁNDEZ, Carlos. 2016. *Contratos, en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Argentina. La Ley, p. 726; SOZZO, Gonzalo. En R. D. Lorenzetti, 2005, *Código Civil Comentado. Contratos. Parte Especial*. (Vol. I). Santa Fé, Argentina. Rubinzal Culzoni, p. 787 y ss.

<sup>54</sup> SOZZO, Gonzalo. En R. D. Lorenzetti, 2005, *Código Civil Comentado. Contratos. Parte Especial*. (Vol. I). Santa Fé, Argentina. Rubinzal Culzoni, p. 788.

<sup>55</sup> BORDA, Guillermo, 2006, *Manual de contratos*. Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot, p. 481; NICOLAU, Noemi., & HERNÁNDEZ, Carlos. 2016. *Contratos, en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Argentina. La Ley, p. 726.

Así, se defiende a los sujetos que podrían resultar más débiles, sobre todo en la contratación de consumo y los adherentes a contratos predispuestos<sup>56</sup>.

En sentido contrario, nada impide que la responsabilidad por ruina sea agravada, y las partes pueden acordar que el plazo de garantía sea de quince o veinte años, en vez de diez, puesto que lo que se prohíbe es dispensar o aminorar, no agravar<sup>57</sup>.

Por último, también se ha planteado la duda sobre si la dispensa contractual podría darse al tiempo de recepción de la obra, es decir, si el contratista podría incluir –al tiempo de recibir la obra– una cláusula en virtud de la cual la contratante le libera de responsabilidad por ruina. Creemos que ello no es posible, puesto que con tal proceder se desvirtuaría la prohibición legal, la cual, como se ha dicho, es de estricto orden público<sup>58</sup>.

## 10. Conclusión

El crecimiento de los negocios inmobiliarios en el Paraguay ha sido exponencial en los últimos años. Con solo pasear por las calles de Asunción se advierte la cantidad inmensa de edificios nuevos o en construcción, y de obras de infraestructura, las grúas son un ornamento frecuente de nuestros cielos hoy día.

Es por esto que el concepto de ruina adquiere hoy gran relevancia, pues a mayor cantidad de construcciones, mayor posibilidad de que se presenten casos de responsabilidad por las mismas.

En este contexto, entendemos que resulta vital tener en claro cómo se viene considerando el concepto, desde la doctrina y jurisprudencia, puesto que el detenido estudio por parte del profesional permitirá una acción sólida y mayores posibilidades de éxito.

Por otro lado, si bien podría existir cierto recelo por parte de los contratistas o promotores respecto de una ampliación o acentuación de la responsabilidad por ruina,

---

<sup>56</sup> NICOLAU, Noemi., & HERNÁNDEZ, Carlos. 2016. *Contratos, en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Argentina. La ley, p. 726.

<sup>57</sup> LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, 1993, *Teoría de los Contratos* (Vol. IV). Buenos Aires: Zavalía, p. 288.

<sup>58</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo. 2014. *La responsabilidad civil por ruina de edificaciones*. DC1D8D. (E. dial, Ed.) Buenos Aires, Argentina: El Dial.



estimamos que en última medida esto podría resultar positivo para ellos, puesto que, al tomar conciencia sobre las exigencias, se elevará la vara respecto de la calidad de las construcciones, y como bien lo dijera Henry Royce “La calidad se recuerda mucho tiempo después de haber olvidado el precio”.

## Bibliografía

AYALA, E. e. (2017). Código Civil de la República del Paraguay. Comentado. Asunción: La Ley.

BORDA, G. (2006). Manual de contratos. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Diccionario de la lengua española. Real Academia Española. (2001). Buenos Aires: Espasa Calpe.

GARCÍA, O. (1 de Febrero de 2003). Responsabilidad en el contrato de obra. Comentario a la STS, 1ª, 31.10.2002. Obtenido de Indret.

GARCÍA, O. (Enero de 2004). Garajes mal proyectados. Comentario a la STS, 1ª, 2.10.2003. Indret. Barcelona, España. Obtenido de [www.indret.com](http://www.indret.com)

GÁZQUEZ SERRANO, L. (08 de Abril de 2011). La responsabilidad por ruina en la jurisprudencia española actual. (e. DC1567, Ed.) Buenos Aires: El Dial.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J. (1993). Teoría de los Contratos (Vol. IV). Buenos Aires: Zavalia.

LÓPEZ MESA, M. (2014). La responsabilidad civil por ruina de edificaciones. El Dial DC1D8D. (E. dial, Ed.) Buenos Aires, Argentina: El dial.

MILÀ RAFEL, R. (Abril de 2006). Diez sentencias del Tribunal Supremo sobre responsabilidad por ruina. (2004 - 2005). Barcelona.

NICOLAU, N., & HERNÁNDEZ, C. A. (2016). Contratos, en el Código Civil y Comercial de la Nación. . Buenos Aires: La ley.

ORTEGA DOMÉNECH, J. (2007). El contrato de obra en la jurisprudencia. Madrid: Reus S.A.

SOZZO, G. (2005). En R. D. Lorenzetti, Código Civil Comentado. Contratos. Parte Especial. (Vol. I). Santa Fé: Rubinzal Culzoni.



## LA ACEPTACIÓN DE LA FACTURA CAMBIARIA POR LAS PERSONAS JURÍDICAS. SU DIFERENCIA CON LA FACTURA CONFORMADA

Alfredo D. Argüello Bóveda<sup>1</sup>

### Resumen

Luego de más tres décadas de incertidumbre sobre la naturaleza de la factura conformada —creada como título ejecutivo por el inciso f) del Art. 448 del Código Procesal Civil— y ante el anhelo de una regulación legal más precisa y detallada de este instrumento —principalmente por la falta de unificación de criterios doctrinarios y jurisprudenciales sobre el mismo—, finalmente, por Ley N° 6542/20, se creó en Paraguay la Factura Cambiaria.

Sin embargo, la ley sancionada regulaba un instrumento que, *a priori*, tenía una denominación distinta de la ya arraigada, por lo que surgía la incertidumbre sobre la identidad —o no— entre una y otra.

Inmediatamente, por las redes sociales y demás medios digitales, las personas especializadas en la materia empezaron a publicar las primeras impresiones sobre la nueva Ley, a partir de lo cual se pudieron ir avizorando las confusiones en las que incurría la doctrina especializada y, con más razón, quienes eran poco versados en

---

<sup>1</sup> Abogado, Notario y Escribano Público por la FDCA-UNA. Especialista en Didáctica Universitaria por la FF-UNA. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la FDCA-UNA. Docente de Actuación Notarial, Administrativa y Judicial del Plan Notariado Egresados de la FDCA-UNA. Auxiliar de la Enseñanza de Derecho Civil (Personas y Familia) y de Derecho Comercial I en la FDCA-UNA. Docente de Posgrado en Universidades Privadas e Institutos de Educación Superior a nivel nacional. Actualmente Escribano Público con Registro de la C.S.J.



la materia; se vio así la necesidad de realizar una investigación científico-jurídica sobre la cuestión, a fin de aclarar todas las dudas<sup>2</sup>.

No obstante, debido a la limitada extensión de este trabajo, se ha optado por esbozar tan solo algunas ideas de lo que, a nuestro criterio, es una de las innovaciones más importantes que la nueva ley trajo en la materia.

**Palabras Clave:** *Factura cambiaria, factura conformada, aceptación, conformidad, persona jurídica.*

### **Abstract**

*After more than three decades of uncertainty about the nature of the Formed Invoice – created as an Executive Title by section f) of Art. 448 of the Civil Procedure Code – and in the face of the desire for a more precise and detailed legal regulation of this instrument – mainly Due to the lack of unification of doctrinal and jurisprudential criteria on the same, finally, by Law No. 6542/20, the Exchange Invoice was created in Paraguay.*

*However, the Law created regulated an instrument that, a priori, had a different name than the one already established, so uncertainty arose about the identity -or not- between one and the other.*

*Immediately, through social networks and other digital media, those specialized in the matter began to publish their first impressions of the new Law, a moment from which it was possible to see the confusion that the specialized doctrine was incurring and, with even more reason, those little versed in the matter, so it was necessary to carry out a scientific-legal investigation on the issue, in order to clarify all doubts.*

*However, due to the limited length of this work, we have chosen to outline only some ideas of what, in our opinion, is one of the most important innovations in the matter that the new Law brought.*

---

<sup>2</sup> Esta investigación fue realizada por el autor en el marco de la elaboración de su Tesis de Maestría titulada “Implicancias de la Incorporación de la Factura Cambiaria al Derecho Comercial Paraguayo”, la cual fue defendida ante el Tribunal Examinador en fecha 8 de noviembre de 2022, con la máxima calificación.

**Keywords:** *Exchange invoice, conformed invoice, acceptance, conformity, legal entity.*

### **Factura Conformada y Factura Cambiaria. Conceptos y Diferencias.**

La promulgación de la Ley 6542/2020 generó en nuestro país una gran esperanza para los comerciantes, especialmente para los pequeños y medianos empresarios, ya que —finalmente— existía una ley que regulaba la posibilidad de transmitir las facturas a crédito por endoso, como títulos de crédito.

No obstante, la misma denominación generó una suerte de duda en los profesionales del derecho, ya que la factura cambiaria no es la factura conformada regulada en el Código Procesal Civil, y de la que se han ocupado por tanto tiempo la doctrina y jurisprudencia, nacional y extranjera —principalmente argentina.

Una de las primeras publicaciones periodísticas afirmó que “En esta entrega nos referiremos a la factura y a los aspectos más resaltantes de la novel Ley. La factura es un título de crédito que instrumenta la venta de un bien o la prestación de un servicio. Si la venta se realiza al contado se denomina **factura contado**. En el caso en que la venta se realice a crédito, la factura se denomina, conforme a la Ley, **factura cambiaria**. A su vez, la factura cambiaria, que es aceptada por el comprador, conforme al procedimiento establecido en la Ley, se denomina **factura conformada**.”<sup>3</sup>

Como se puede notar, se entendió que la factura cambiaria, al ser aceptada, se convertía en factura conformada, lo cual es incorrecto. Por ende, cabe realizar una breve reseña de ambas. La factura conformada fue la denominación que se le dio en la Argentina al título de crédito de emisión obligatoria para aquellas compraventas de mercaderías cuyo plazo de pago excediera de treinta días, y siempre que la deuda no se instrumente en letras de cambio, pagarés u otros documentos comerciales; la misma era susceptible de ser avalada, endosada y protestada, a los efectos ejercer la acción cambiaria, todo esto de conformidad al Decreto-Ley N° 6601/1963 que modificó al Código de Comercio y la incorporó a dicho cuerpo normativo. Más tarde, la

---

<sup>3</sup> Cotas Frontanilla, M. (19 de Junio de 2020) Factura conformada y la Ley N° 6542/2020. FOCO. Disponible en: <https://foco.lanacion.com.py/2020/06/19/factura-conformada-y-la-ley-n-65422020/>



factura conformada apareció como título ejecutivo en los códigos procesales de varias provincias, tales como Santa Fe, La Plata y de la misma Buenos Aires, quien promulgó su Código Procesal en 1968.

Por aquel entonces, el Dr. Juan Carlos Mendonça estaba en plena elaboración del Anteproyecto de Código Procesal Civil, tarea que se le había encomendado en el año 1964 por la Comisión Nacional de Codificación, ante la cual fue presentado el respectivo Anteproyecto en el año 1970, para su posterior elevación, ya como Proyecto, ante el Poder Ejecutivo, en el año 1973.

En la Exposición de Motivos se resaltó que: “el Proyecto aumenta, por otra parte, el número de los títulos ejecutivos”<sup>4</sup>, lo cual se puede apreciar en el Art. 480 del Proyecto que, sin duda alguna, fue una reproducción literal del Art. 521 del Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires de 1968, que ya regulaba a la factura conformada en el mismo inciso dedicado a la letra de cambio, el vale o pagaré y el cheque.

El Proyecto se convertiría más tarde en el Código Procesal Civil que, en su Art. 448 inc. f) regula a la factura conformada como título ejecutivo. Sin embargo, dicho instrumento nunca fue regulado por el derecho de fondo, como sí lo fue su similar argentino, por aquel Decreto-Ley de 1963 al que ya se ha aludido. Si bien el Banco Central del Paraguay trató de hacerlo por Resolución N° 1, Acta N° 38 del 1 de Julio de 2009, la cual aprobó el “Reglamento de Operaciones de *Factoring* para las Entidades del Sistema Financiero”, intentando convertir a la factura conformada en un título de crédito, estableciendo sus requisitos, la posibilidad de su transmisión por endoso, entre otras cuestiones, ello no fue posible, ya que las resoluciones administrativas —por más importante que sea el ente que las emita— no son susceptibles de crear títulos de crédito.

En el mismo sentido se ha expresado el Prof. Enrique Zacarías Michelagnoli, quien comentando aquella resolución reglamentaria llegó a decir: “No compartimos que la factura conformada pueda ser transmitida por endoso, porque nuestro Código Civil como tampoco ninguna ley especial legisló a la factura, como instrumento endosable, lo que necesariamente obliga —para que se opere su transmisión— el tener

---

<sup>4</sup> Comisión Nacional de Codificación (1973). *Proyecto de Código Procesal Civil y Exposición de Motivos*. Escuela Técnica Salesiana, Pág. 75.

que realizar una cesión de crédito, prevista en el art. 524 y siguientes del Código Civil.”<sup>5</sup>.

Incluso los reconocidos abogados de bancos, Abgs. Manuel Riera Domínguez y Manuel Riera Escudero, en su comentario al Art. 448 del Código Procesal Civil han señalado que: “nuestro Código Civil no legisló a la factura como instrumento endosable, lo que obliga –para su transmisión– necesariamente realizar una cesión de crédito (art. 524, Código Civil). Es así como, para nosotros, la disposición del Banco Central que admite el endoso de las facturas conformadas es inconstitucional, por aplicación del art. 137 de la Constitución Nacional. Aparentemente, el Banco Central pretende salvar este obstáculo creando un nuevo instrumento jurídico de crédito: factura conformada, por oposición a la factura comercial, como surge del numeral 1.6 de la resolución, según la cual ‘La emisión de la factura conformada no exime de la obligación de emitir la factura comercial, teniendo efectos esta última sólo en el ámbito tributario’. Solo el legislador puede crear títulos de crédito o títulos ejecutivos y disponer su transmisión por endoso.”<sup>6</sup>.

Por tanto, la factura conformada siempre fue tan solo un título ejecutivo cuya configuración requería la emisión de la factura comercial en la modalidad de venta a crédito, la que debía ser firmada por el deudor en conformidad, lo cual implicaba que había recibido las mercaderías o los servicios prestados, y que se obligaba a pagarlos a su vencimiento, aunque no podía endosarla a terceros, por no ser propiamente un título de crédito cambiario.

Por su parte, la factura cambiaria fue, desde un principio, distinta, ya que el Art. 12 de la Ley 6542/20 dispone que: “La factura cambiaria es el título de crédito emitido a la orden, a cargo del adquirente de un bien o servicio, quien está obligado a pagar al legítimo tenedor la suma de dinero consignada en el título, al vencimiento del mismo. La factura cambiaria se emite por el vendedor de bienes o prestador de servicios, cuando dicha venta o dichos servicios sean pagaderos a plazo determinado

---

<sup>5</sup> Zacarías Michelagnoli, E. (2015). *La Factura Conformada y el Contrato de Factoring en la Legislación Paraguaya. Necesidad de su Regulación Legal. En Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario. Temas Actuales del Derecho Bancario y Societario* (pp. 303-328). Intercontinental Editora. Pág. 318.

<sup>6</sup> Tellechea Solís, A. (2015). *Código Procesal Civil de la República del Paraguay*. (2° Edición). La Ley. Tomo III, p. 134



[...]”<sup>7</sup> y en su Art. 19 dispone que: “Una vez producida la aceptación, la factura cambiaria original podrá ser transmitida por endoso a la orden, con expresa identificación del endosatario, la aclaración de la firma, número de Cédula de Identidad Civil, si es persona física, o Registro Único del Contribuyente (RUC), si es persona jurídica. La cesión de una obligación contenida en una factura cambiaria, antes de producida la aceptación, solo tendrá los efectos de la cesión ordinaria de la relación causal subyacente a la emisión del título. Todos los que hayan endosado una factura cambiaria están solidariamente obligados con el deudor principal hacia el portador, salvo clausula en contrario insertada al momento de realizar el endoso [...]”<sup>8</sup>.

Por lo tanto, la factura cambiaria es un título de crédito desde su emisión misma, y puede ser transmitida por endoso después de su aceptación.

### **La Conformación de las Facturas por las Personas Jurídicas. Jurisprudencia.**

Como se pudo notar, la factura conformada no es, hasta el día de hoy, un título de crédito y, por ende, no puede ser endosada.

Sin embargo, ese no era el único problema de la factura conformada, ya que las interpretaciones sobre una parte de su operativa complicaban mucho su mayor virtud, la posibilidad de su ejecución ante la falta de pago, especialmente cuando el deudor era o es una persona jurídica.

En ese sentido, cuando la factura es emitida en modalidad de venta a crédito a favor de una persona jurídica, el vendedor de los productos y emisor envía los productos con la factura original, una copia del mismo talonario o tan solo la fotocopia de la misma y la nota de remisión, que usualmente son recibidos por el recepcionista o algún funcionario del depósito, quienes son los que controlan si todos los productos mencionados en la factura y en la nota de remisión habían sido efectivamente remitidos; luego firman y aclaran su firma o utilizan un sello de la empresa compradora o tomadora de los servicios, en su caso, en la fotocopia quedándose con la factura original, o bien en el original mismo, y entregan el documento firmado al vendedor o proveedor de los productos o servicios.

---

<sup>7</sup> Ley N° 6542, de Factoraje, Factura Cambiaria y Sistema Electrónico de Operaciones Garantizadas (2020).

<sup>8</sup> *Ídem*.

Ante la falta de pago se da un primer problema, el acreedor no siempre cuenta con el instrumento original, ya que este fue entregado al comprador-deudor, lo cual incumple con uno de los principios esenciales de los títulos de crédito, el principio de necesidad, que exige documentación original, uno de los motivos por el cual nunca se pudo haber entendido a la factura conformada como título de crédito.

No obstante, lo apuntado no es lo peor del caso, ya que por más de que se promueva la acción ejecutiva basada en las copias o fotocopias de las facturas a crédito, las mismas fueron recibidas y “conformadas” por simples funcionarios de recepción o depósito de la persona jurídica, por lo que usualmente estas oponían la excepción de inhabilidad de título fundada en la falta de legitimación pasiva, aduciendo que la factura no había sido conformada por la persona con uso de firma social —el presidente del directorio, el gerente, etc.— sino por simples funcionarios no autorizados al efecto, y que la obligación, en tales condiciones no podía ser reclamada ejecutivamente a la empresa.

Al respecto, la respetada camarista María Mercedes Buongermini en un voto en disidencia integrando la Segunda Sala ha sentado su criterio sobre el tema: “se trata de ejecutar instrumentos consistentes en facturas. Para que las mismas tengan ejecutividad, deben estar conformadas tal y como lo dispone el Art. 448 del C.P.C. Además, deben contener una suma líquida y exigible de dar sumas de dinero. En cuanto a su conformación, este requisito es indispensable pues equivale al reconocimiento de la deuda en otros instrumentos. Y como tal, debe emanar del propio ejecutado. En este caso los demandados —a quien se han remitido las facturas— son personas jurídicas, sociedades anónimas. La conformación de la factura, para ser válida, debe proceder del órgano social habilitado para obligarla. [...] Los instrumentos presentados a ejecución no han sido conformados por estos órganos [...] Las sociedades anónimas expresan su voluntad válidamente solo a través de sus órganos y solo a través de ellos puede obligarse.”<sup>9</sup>

En el mismo sentido se han expedido los miembros de la Quinta Sala, quien con un voto en unanimidad han dicho que: “En la factura de crédito presentada como conformada sólo existe el bastateo de una persona no identificada y tratándose de una persona jurídica, no está demostrado que dicha firma pertenezca al que representa

---

<sup>9</sup> T. Apel. CyC. Asunción, 2° Sala, AyS N° 7 del 19 de febrero de 2.001.



a la persona jurídica, pues no ha sido llamada a reconocimiento de firma [...] Para conformarse una factura de crédito debe hacerlo el representante de la persona jurídica o una persona autorizada debidamente inscripta en el Registro Público de Comercio.”<sup>10</sup>.

No se ha apartado de dicho entendimiento el Dr. Arnaldo Martínez Prieto, quien integrando la Segunda Sala emitió un voto en disidencia en el que señaló que: “en el caso de autos, la demandada es una persona jurídica, no física por lo que los actos que la obligan deben ser asumidos por las personas estatutariamente habilitadas para el efecto. En efecto, no es posible responsabilizar por esta vía a una persona jurídica por actos encarados por una persona física que no se halla formalmente habilitada para ello, ni aún mediante un apercibimiento eficaz y pleno. Ello no impide, por supuesto, que el pretendido acreedor implemente los canales ordinarios correspondientes que tiendan a demostrar la eventual relación de dependencia entre la deudora y la suscriptora y la participación de ésta en el hecho motivador de la obligación que benefició a su empleadora. Debemos, en consecuencia, disidir del criterio del colega preopinante —no en su conclusión a la que adherimos como se dijera—, pero sí en sus argumentos, pues si no se guardan las formas legales de identidad en cuanto a responsabilidad social se refiere, se estaría desvirtuando la esencia de este tipo de personas de calidad ideal. No estamos desconociendo la necesidad de la buena fe en relación negocial, sino la observancia de ciertos criterios jurídicos capitales que distinguen a instituciones tan trascendentes, como lo son las sociedades y su régimen de especial tratamiento. En autos aparece receptando y suscribiendo las facturas una persona no habilitada para el efecto. La prestadora de servicios y eventual acreedora debió advertir esta circunstancia y condicionar el servicio a una práctica regular ceñida a la ley y a los estatutos, si así no lo ha hecho no se puede aplicar en su favor las dificultades operativas que no ha podido o sabido salvar.”<sup>11</sup>.

Sin embargo, el Dr. Juan Carlos Paredes siempre ha tenido un criterio mucho más práctico, ya que desde sus primeras resoluciones como miembro de la Segunda Sala ha sentado un criterio mucho más práctico que se puede apreciar en esta jurisprudencia por unanimidad que al respecto señaló: “Las facturas de crédito, presentadas

---

<sup>10</sup> T. Apel. CyC. Asunción, 5° Sala, AyS N° 25 del 2 de marzo de 2005.

<sup>11</sup> T. Apel. CyC. Asunción, 2° Sala, AyS N° 33 del 2 de abril de 2008.

como base de la acción, señala que las mercaderías fueron remitidas a nombre de la firma demandada, en la misma dirección que aparece, en la solicitud de crédito, y en el poder presentado por la demandada. En los envíos de mercaderías realizados en cumplimiento de acuerdos entre empresas, es suficiente que los representantes estatutarios hayan suscrito el acuerdo o solicitud de línea de crédito, inicial, porque pretender que sea el Presidente del Directorio de la Sociedad Anónima, quien acuse recibo de cada envío de mercadería, constituye un despropósito que solo tendría por consecuencia, dificultar las relaciones comerciales propias del giro de la empresa, cuya agilidad es justamente lo que se buscaba al suscribirse el acuerdo inicial o solicitud de crédito.”<sup>12</sup>.

Luego, ya más cerca en el tiempo, la Tercera Sala experimentó un importante cambio de criterio sobre el punto, lo cual se puede apreciar en el siguiente voto de la Dra. María Mercedes Buongermini — a la cual se adhirió otro miembro, y con ello se logró la mayoría necesaria — que transcribimos a continuación: “la factura conformada no es un título de crédito en el sentido de la ortodoxia técnica -esto es, un documento obligacional transferible-, sino que constituye más bien la instrumentación posterior de la ejecución de un contrato bilateral -compraventa, suministro, servicios, etc.- A partir de la emisión de la factura se entiende que el contrato ha sido perfeccionado, y a partir de su conformación, que la obligación de entrega de la mercadería adquirida ha sido cumplida. Como se ve, no se trata de un documento por virtud del cual el remitido se obliga, ni tampoco uno en cuya virtud reconoce una obligación. No es un instrumento negocial, sino de simple constatación de un acto jurídico de cumplimiento: la entrega del bien enajenado o del servicio prestado. Así pues, no constituyendo un acto negocial sino un acto jurídico de tradición. Así pues, la conformación no requiere de las habituales exigencias de representación impuestas a quien ha de obligarse por otro, y de contenidas en el Art. 884 del Cód. Civ.”.

Ya con la vigencia de la Ley 6542/2020, la Tercera Sala volvió a reafirmar su último criterio, lo cual se puede apreciar en una jurisprudencia por unanimidad en la que el voto del Dr. Neri Villalba señaló lo siguiente: “Del examen de las instrumentales acompañadas con el escrito de demanda surge que la remitida contiene una firma que ha sido atribuida por el actor a un dependiente de la demandada, la [...]; la demandada ha argüido que la firma no pertenece a la persona física que conforme

---

<sup>12</sup> T. Apel. CyC. Asunción, 2° Sala, AyS N° 89 del 17 de julio de 2004.



con su representación orgánica legal tiene facultad para obligarle. Tal firma ha sido dada por reconocida de modo ficto, por A.I. N° 813 del 03 de setiembre de 2019 (fs. 53) cabe apuntar aquí, meramente *obiter*, que dicho reconocimiento no impide que la ejecutada, una persona jurídica, demuestre que la persona física firmante no le representa legalmente. Ello ha sido aducido y sostenido con las documentales acompañadas con el escrito de oposición de excepciones, consistentes en los estatutos de la entidad, que es una sociedad anónima, así como las actas de designación de sus autoridades (fs. 145/173). La suscribiente, Sra. [...], efectivamente, no figura allí como representante legal. Empero, hemos dicho ya que la conformación de la factura no era —hasta antes de la Ley N° 6542/2020— un negocio jurídico por virtud del cual un sujeto declara obligarse, sino un acto de conformidad con el cumplimiento de un contrato bilateral anteriormente concertado entre las partes, por lo que, al ser un acto de tradición, no precisa hacerse con un representante legal del recipiente, sino que basta que sea un mandatario, aun sin apoderamiento. La demandada, [...] S.A., no ha negado que la Sra. María Rodas sea su dependiente, por lo que el hecho de que no sea la persona física que forme parte o constituye su órgano de representación legal, sería aquí intrascendente a los efectos de la conformación de la factura.”

De esta manera se puede apreciar cómo, tratándose de personas jurídicas obligadas, la conformación de la factura era todo un dilema, habida cuenta que coexistían dos criterios, uno en contra y otro a favor en lo tocante a los requisitos para su cumplimiento, por lo que litigar con esta inseguridad jurídica era casi una lotería, ya que, dependiendo de la Sala o la integración de la misma, un caso podría tener resultado favorable o no.

### **La Aceptación de la Factura Cambiaria por Personas Jurídicas**

Cuestión totalmente distinta es la aceptación de la factura cambiaria que, teniendo en cuenta la problemática de la factura conformada, fue diseñada para evitar ese tipo de inconvenientes.

En efecto, el Art. 16 de la Ley 6542/2020 establece que: “El vendedor de bienes o prestador de servicios, llamado emisor, libra una factura cambiaria a cargo de un comprador o beneficiario del servicio, llamado deudor. La factura cambiaria que se emite incorpora un derecho de crédito sobre la totalidad o sobre la parte insoluta

de la compraventa o prestación de servicios. El emisor presentará la factura cambiaria original al deudor, quien la acepta para su pago. Esta aceptación del título de crédito deberá constar en la propia factura cambiaria, por medio de la palabra ACEPTO y la firma puesta por el deudor si es persona física. Si se trata de persona jurídica o una Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, la aceptación y firma deberá ser hecha por el principal, uno de sus órganos con autorización de uso de firma social o una persona formalmente instituida para actuar en representación del principal. Una vez aceptada, la factura cambiaria original deberá ser devuelta al emisor y el deudor se quedará con una copia. Aceptada la factura cambiaria, el emisor puede transmitirlo en la forma que señala esta Ley [...]”<sup>13</sup>.

Como se puede notar, la ley explica perfectamente la operativa, aclarando que el emisor debe presentar la factura cambiaria original al deudor, quien está obligado a aceptarla, salvo las causales justificadas de falta de aceptación.

Ahora bien, la aceptación debe constar en la misma factura cambiaria, no en un documento distinto, tales como copia, fotocopia o cualquier otro instrumento extraño, de tal manera se cumplen los principios de necesidad, literalidad y completividad de los títulos de crédito.

Respecto de las personas jurídicas, la ley prevé que la aceptación puede ser realizada por el principal, que sería el director único o el presidente del directorio de una sociedad anónima, el gerente general o gerente único de una sociedad de responsabilidad limitada; vale decir, uno de sus órganos con autorización de uso de firma social, que puede darse también en el caso de que exista un apoderado con poder especial de administración debidamente inscripto ante la Dirección General de los Registros Públicos, o con la institución de un factor, por instrumento público o privado debidamente inscripto ante el Registro Público de Comercio, de conformidad con la Ley del Comerciante; también se prevé la posibilidad de que efectúe la aceptación una persona formalmente instituida, que, a nuestro criterio, puede darse en dos situaciones: en el caso del dependiente debidamente autorizado por instrumento público o privado debidamente inscripto ante el Registro Público de Comercio, de conformidad con la Ley del Comerciante, y el de las personas autorizadas a

---

<sup>13</sup> Ley N° 6542, de Factoraje, Factura Cambiaria y Sistema Electrónico de Operaciones Garantizadas (2020).



aceptar facturas cambiarias en la solicitud inicial de crédito, la cual debe estar firmada por el director, gerente o persona con uso de firma social; en efecto, en dicha solicitud la empresa que peticiona al emisor de la factura –vendedor o proveedor– la compra de productos o prestación de servicios a crédito y en la que usualmente se pacta una línea de crédito, el comprador o tomador autoriza a ciertos funcionarios, ya sean recepcionistas, funcionarios del depósito o similares a aceptar las facturas cambiarias en nombre de la empresa.

En este último caso, el Art. 13 de la Ley 6542/20 establece que “...Cuando la recepción del documento o la aceptación haya sido hecha por el principal, uno de sus órganos con autorización de uso de firma social o una persona formalmente instituida para actuar en representación del principal, será suficiente el reconocimiento de la firma de quien recibió el documento o formuló la aceptación, según el caso [...]”<sup>14</sup>, de modo que no es necesario, como sucedía según cierta jurisprudencia con la factura conformada, que se cite al representante legal de la empresa deudora al acto procesal de reconocimiento de firma, sino que basta con que se cite al reconocimiento de firma a la persona que realmente firmó la factura aceptándola, con lo cual –y siempre que se trate de persona autorizada en los términos de la ley– la factura cambiaria adquiere fuerza ejecutiva.

Como fácilmente se puede apreciar, la factura cambiaria presenta innumerables ventajas respecto de su antecesora, y con una operativa clara soluciona uno de los graves problemas que hasta hoy aquejan a la factura conformada.

### **Conclusión**

La factura cambiaria es un instituto que ha venido para reemplazar a la factura conformada, y si bien no la ha derogado, ha sido construida con el fin de dar solución –o siquiera minimizar– los grandes problemas que evitaron la difusión y masificación de ésta en la práctica comercial.

Hemos podido apreciar cómo, con una minuciosa regulación de su operativa, la nueva ley da soluciones a la problemática que se genera con la conformidad de las facturas conformadas por personas no formalmente autorizadas al efecto.

---

<sup>14</sup> *Ídem.*

No obstante, debe señalarse que, si bien la Ley está vigente desde el año 2020, sigue a la espera de Reglamentación por la Administración Tributaria que, hasta la fecha, no lo ha hecho, por lo que este notable instrumento sigue esperando la voluntad política para ser puesto en marcha como una forma de contribuir, no con los operadores del derecho, sino de los comerciantes, principalmente los pequeños y medianos empresarios, a quienes realmente va dirigido y para quienes podría ser una solución a sus problemas de liquidez.

### **Bibliografía**

CODAS FRONTANILLA, M. (19 de junio de 2020) Factura conformada y la Ley N° 6542/2020. FOCO. Disponible en: <https://foco.lanacion.com.py/2020/06/19/factura-conformada-y-la-ley-n-65422020/>

COMISIÓN NACIONAL DE CODIFICACIÓN (1973). Proyecto de Código Procesal Civil y Exposición de Motivos. Escuela Técnica Salesiana, pág. 75.

TELLECHEA SOLÍS, A. (2015). Código Procesal Civil de la República del Paraguay. (2° Edición). La Ley. Tomo III, p. 134

T. Apel. CyC. Asunción, 2° Sala, AyS N° 7 del 19 de febrero de 2001.

T. Apel. CyC. Asunción, 2° Sala, AyS N° 89 del 17 de julio de 2004.

T. Apel. CyC. Asunción, 5° Sala, AyS N° 25 del 2 de marzo de 2005.

T. Apel. CyC. Asunción, 2° Sala, AyS N° 33 del 2 de abril de 2008.

ZACARÍAS MICHELIGNOLI, E. (2015). La Factura Conformada y el Contrato de *Factoring* en la Legislación Paraguaya. Necesidad de su Regulación Legal. En Instituto Paraguayo de Derecho Bancario y Societario. Temas Actuales del Derecho Bancario y Societario (pp. 303-328). Intercontinental Editora. Pág. 318.





**DERECHO PENAL Y  
DERECHO PROCESAL PENAL**



## EL ACTA DE IMPUTACIÓN. COMENTARIOS EN RELACIÓN A JURISPRUDENCIAS UNIFORMES

### *Consideraciones Constitucionales, legales y convencionales del mismo.*

José Agustín Fernández Rodríguez \*

#### Resumen

La imputación – su rango constitucional: la jerarquía constitucional que le otorga nuestra ley suprema a la imputación es de importancia trascendental. Evidentemente el constituyente a fin de evitar violaciones sistemáticas de derechos humanos relacionadas con detenciones ilegales, torturas, declaraciones bajo apremio muy propios de nuestra historia reciente y en un evidente aprendizaje de esos errores del pasado ubicaron dentro de las reglas procesales fundamentales el tema crucial de: “la imputación” que como se sabe es el inicio formal del proceso según nuestro actual sistema acusatorio. Existen tantos ejemplos de víctimas que habían soportado días, meses y años de prisión sin siquiera haber sido sumariados según nuestra ley procesal penal anterior. Hoy, la imputación, formalmente constituye una garantía

---

\* Obtuvo los títulos de Abogado (1986), Notario y Escribano Público (1989) y Doctor en Ciencias Jurídicas (2009) por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Defendió la Tesis Doctoral obteniendo la calificación Cum Laude. Es especialista en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Ntra. Sra. de la Asunción”. También es Egresado en Didáctica Universitaria y Diplomado en Derecho Penal.



que se estipula formalmente en la constitución y necesariamente debemos hacer un recorrido para que cada vez adquiera su materialización como tal.

### **Abstract**

*Imputation – its constitutional rank: The constitutional hierarchy that our supreme law grants to imputation is of transcendental importance. Evidently, the constituent, in order to avoid systematic violations of human rights related to illegal detentions, torture, statements under duress very typical of our recent history and in an evident learning from these past errors, placed within the fundamental procedural rules the crucial issue of: “the imputation” which, as is known, is the formal beginning of the process according to our current adversarial system. There are so many examples of victims who had endured days, months and years in prison without even being prosecuted under our previous criminal procedure law. Today, imputation formally constitutes a guarantee that is formally stipulated in the constitution and we must necessarily take a journey so that each time it acquires its materialization as such.*

**Palabras Clave:** *Imputación, ley procesal penal, garantía constitucional, derechos humanos*

## **1. La Imputación**

En sucesivos fallos he sostenido mi posición en relación con el acta de imputación, que constituye un tema en debate y siempre vigente a partir de la sanción del Código Procesal Penal (Ley N° 1286/1998) por el que pasamos de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio en el que el punto de partida de un proceso constituye justamente la imputación. Expongo 3 (tres) casos, de las decenas que son parte de la crónica diaria relacionada con dicha figura procesal, en los que subrayo la importancia de un correcto análisis del acta de imputación, que debe estar ajustada a los lineamientos normativos de carácter constitucional, legal y convencional conforme lo iré remarcando.

## 2. Caso N° 1: (N. A. D. y otros s/ producción de documentos no auténticos y otros. N° 7494/2022)

En esta causa se planteó un recurso de apelación general contra la resolución (A.I. No. 148 del 24 de febrero de 2023) que no hizo lugar al incidente innominado de control jurisdiccional del acta de imputación.

**El auto apelado se halla fundado en lo medular en los siguientes términos:**

*“(...) Es función del Juez Penal de Garantías verificar si la imputación que fuera formulada reúne los requisitos exigidos en el Art. 302 del C.P.P., este Juzgado Penal de Garantías observa que se ha individualizado correctamente a los imputados, así mismo efectuó la descripción sucinta del supuesto hecho acaecido y requirió el tiempo solicitado por la representante del Ministerio Público para la presentación del requerimiento conclusivo. Se observa además que la Fiscal interviniente ha detallado los elementos de convicción indiciarios con que cuenta y que le permiten sostener a prima facie la comisión de los supuestos hechos punibles...//... Cabe nuevamente señalar que para la imputación el Ministerio Público solo requiere sospecha de la comisión de un hecho punible, es decir, una posibilidad que se presenten los elementos configurativos de un tipo penal y en base a esto el Fiscal interviniente debe iniciar la investigación penal disponiendo la realización de diligencias necesarias y urgentes que puedan acreditar la existencia del hecho denunciado colectando no solo los elementos de cargo sino también los de descargo conforme lo establece el art. 54 del C.P.P para en el momento procesal oportuno formular el requerimiento conclusivo pertinente. En la presente causa, los principios que rigen al proceso penal no se han quebrantado, pues el Ministerio Público se encuentra facultado a ejercer la acción penal de conformidad a las disposiciones contenidas en los Art. 14, 15, 52, 53, 54 y concordantes del C.P.P., ante la sospecha de la comisión de un supuesto hecho punible, sin que eso implique desconocer los derechos procesales que asisten a toda persona sometida a proceso penal de conformidad al Art. 17 de la C.N. y concordantes del C.P.P. Siendo así este Juzgado Penal de Garantías no observa que se hayan vulnerado las formas y condiciones previstas en la Constitución Nacional, en el Derecho Internacional o en el Código Procesal Penal, tampoco se observa que se haya violentado las reglas concernientes a la intervención, asistencia y representación de los imputados o que impliquen la inobservancia o violación de derechos o garantías previstos en la Carta Magna, derecho internacional vigente y el Código Procesal, por lo que no se*



*ha vulnerado los presupuestos previstos en el art. 165 y 166 del C.P.P., por lo que corresponde NO HACER LUGAR al Incidente Innominado para el control jurisdiccional del Acta de Imputación, por su notoria improcedencia (...)*”-

Contra esta resolución se alzan los imputados y bajo patrocinio de Abogado, plantean sucintamente cuanto sigue: “(...) **Fundamentos del recurso.** En el acta de imputación solo se mencionan conjeturas pero no se destacan los hechos que sustentarían el supuesto actuar ilícito de dos abogados en un hecho punible...//... falta detallar cual habría sido la participación supuesta de los imputados abogados en el hecho investigado. ¿Qué acción u omisión han realizado los Abogados O? ¿Cómo, cuándo y dónde las realizaron? Se tiene que estas respuestas deberían figurar, luego de cuatro meses, en la investigación y se espera que sean respondidas por el ministerio público al momento de contestar el traslado (...).

Por su parte, la Agente Fiscal, contesta el emplazamiento de ley, expresando en resumidas cuentas que: “(...) no está demás señalar que el acta de imputación debe contener una teoría general del caso la cual se irá precisando con más detalles con las investigaciones que se despliegan una vez iniciado el proceso.- También surge de los elementos de convicción tenidos en cuenta para que el ministerio público construyera la teoría del caso plasmada en el acta de imputación...//... cabe señalar que el agravio versa sobre el contenido del acta de imputación que supuestamente se afirma no fue controlado por el juzgado penal de garantías; sin embargo, en forma sigilosa, con esta afirmación, la defensa pretende agravarse de una cuestión que ni siquiera ha sucedido aún en el plano real pues no se llevó a cabo la audiencia de imposición de medidas aún y lo que están realizando es una prognosis sobre un hecho no acontecido y por ende, por no haberse dado aún, no puede ser sustento como agravio por tal motivo.- (...)”. Finalmente, solicita que se confirme el auto apelado.

### **Consideraciones legales respecto al acta de imputación:**

Basado en el principio de congruencia procesal cabe destacar que el artículo 256<sup>1</sup> de la Constitución Nacional, que concuerda con el artículo 125<sup>2</sup> del Código Procesal Penal, contiene como premisa “el deber de fundar”, y se resalta que esta obligación,

---

<sup>1</sup> Constitución de la República, 1992, art. 256.

<sup>2</sup> Ley N° 1286/1998, Código Procesal Penal, art. 125.

no sólo está dispuesta para el órgano jurisdiccional, sino que también es una imposición para las partes del proceso, ya que dentro de este -proceso judicial- debe existir una comunicación lógica deductiva, por lo que cualquier presentación debe ser motivada, resaltando en este punto que, además, el órgano acusador tiene la obligación ser objetivo en sus presentaciones, en virtud del artículo 54 del Código Procesal Penal.

Siguiendo el pensamiento expuesto, tenemos que el artículo 302<sup>3</sup> del Código Procesal Penal, en cuanto al ACTA DE IMPUTACIÓN, dispone: “Cuando existan suficientes elementos de sospecha sobre la existencia del hecho y la participación del imputado, el agente fiscal interviniente formulará la imputación en un acta por la cual se informará al juez penal competente. En la que deberá: 1) identificar al imputado o individualizarlo correctamente si todavía no pudo ser identificado; 2) describir sucintamente el hecho o los hechos que se le imputan; y 3) indicar el tiempo que estima que necesitará para formular la acusación dentro del plazo máximo establecido para la etapa preparatoria”. Por lo que la imputación no puede encerrar otra reflexión que no sea la de que este requerimiento es un juicio de valor hipotético y preliminar de incriminación, que constituye una atribución exclusiva y excluyente del Ministerio Público, como una manifestación del ejercicio de la acción penal pública que corresponde a dicho órgano -de naturaleza primitiva, incipiente- y sujeta a perfeccionamiento de acuerdo con el cariz que tome la investigación fiscal. La misma se rige inicialmente por las disposiciones del artículo citado, pero ello debe ser visto en concordancia con las normas constitucionales, convencionales, procesales y legales, a los efectos de su revisión formal y sustancial.

Hasta ahora, en virtud a lo que establecen los artículos 302 y 303<sup>4</sup> del Código Procesal Penal, en los tribunales se ha efectuado un análisis fragmentario, segregado y parcial de lo que debe contener el acta de imputación, expresándose ideas como, por ejemplo: “la ley no plantea su revisión formal ni sustancial por el Juez Penal”; “esta actuación se limita solamente a informar al magistrado competente los numerales 1), 2) y 3) del artículo 302 del código procesal penal y así, que éste por ende, “tendrá” por iniciado el procedimiento, registrándolo y notificando a la víctima y al

---

<sup>3</sup> Ley N° 1286/1998, Código Procesal Penal, art. 302.

<sup>4</sup> Ley N° 1286/1998, Código Procesal Penal, art. 303.



imputado". Ideas estas alejadas del catálogo de garantías y derechos consagrados en nuestro sistema legal.

Cabe recordar que la imputación implica el procesamiento de un ciudadano y ello conlleva necesariamente a las limitaciones de sus libertades como consecuencia de la imposición de medidas cautelares, y es por ello que al someter a un ciudadano a un proceso el mismo debe necesariamente estar revestido de garantías y debe ajustarse a la Constitución y a las leyes de la república.

Así, el inicio del proceso a partir del acta de imputación debe, entonces, principiar por una interpretación sistemática, debiendo evidentemente tenerse en cuenta el orden de prelación constitucional que reza el artículo<sup>5</sup> 137 de la Constitución Nacional, aquél debe ceñirse a las normas constitucionales y convencionales concordantes, como sobresalientes en la escala y transversales a toda interpretación normativa.

Las garantías y derechos consagrados, que deben observadas según lo señalamos, son: **A) Artículo 16<sup>6</sup> de la Constitución Nacional** en lo concerniente a la inviolabilidad a la defensa y, el **artículo 17<sup>7</sup> de la Constitución Nacional** en lo relativo a la comunicación previa y detallada del acta de imputación; **B) Artículos 19 y 11<sup>8</sup> de la Constitución Nacional**, en lo referente a la calificación legal y a las medidas cautelares consecuentes en razón de que la imputación contiene una propuesta de calificación provisoria del Ministerio Público que necesariamente desembocará en la calificación jurisdiccional del juez la que puede traer aparejada la aplicación de una medida personal restrictiva de la libertad; **C) El artículo 9<sup>9</sup> del Código Procesal Penal** que enuncia el principio de igualdad de oportunidades procesales, garantizando a las partes del proceso el pleno e irrestricto ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución Nacional, derecho internacional vigente y las demás normas de carácter inferior; **D) Los artículos 54 y 55<sup>10</sup> del Código Procesal Penal**, en armonía con los preceptos constitucionales que regulan sobre la

---

<sup>5</sup> Constitución de la República, 1992, art. 137.

<sup>6</sup> Constitución de la República, 1992, art. 16.

<sup>7</sup> Constitución de la República, 1992, art. 17.

<sup>8</sup> Constitución de la República, 1992, arts. 19 y 11.

<sup>9</sup> Ley N° 1286/1998, Código Procesal Penal, art. 9.

<sup>10</sup> Ley N° 1286/1998, Código Procesal Penal, arts. 54 y 55.

objetividad que debe regir en el proceder del Ministerio Público, debiendo motivar sus requerimientos, dictámenes y resoluciones, con la expresa prohibición de basarlos en formularios o afirmaciones sin fundamento. Una vez considerados a cabalidad estos imperativos, puede formularse el acta de imputación conforme a las siguientes normas procesales: E) **El artículo 302 del Código Procesal Penal**, teniendo en cuenta que la descripción “sucinta” del hecho o los hechos imputados a la cual refiere el mismo, si bien es cierto podría ser breve por situarse esta actuación en el inicio de la etapa preparatoria del proceso penal; – F) **El artículo 279<sup>11</sup> del Código Procesal Penal** del que se infiere que la imputación debe expresar la teoría del caso y contemplar el análisis de punibilidad para que el justiciable pueda conocer con precisión cuáles son los hechos que se le imputan, es decir, este requerimiento fiscal en la brevedad debe estar fundado para el irrestricto cumplimiento de las garantías y derechos básicos de defensa del imputado; G) **El artículo 304<sup>12</sup> del Código Procesal Penal** que expresa que el acta de imputación no implica la aplicación de medida cautelares y que ello no podrá solicitar el fiscal si previamente no existe un acta de imputación fundada. Así se repite que la obligación de motivación de las resoluciones contemplada en **los artículos 256 de la Constitución Nacional y 125 del Código Procesal Penal** que no sólo es un deber de los magistrados, sino también de los auxiliares de justicia que forman parte del proceso.

Todo lo señalado debe ser entendido en el contexto del rol que debe desempeñar el juez penal dentro del proceso, y relacionado a ello el artículo 282<sup>13</sup> del Código Procesal Penal indica que, para custodiar las garantías de las partes, tanto del procesado como de la víctima, los magistrados deben ejercer el control efectivo del proceso, fundado en el principio de imparcialidad, respecto de las normas que forman parte del sistema acusatorio.

Siguiendo con este orden de ideas, se ha visto en varios casos que la convalidación de imputaciones defectuosas por parte del Juez Penal de garantías se ha hecho usual como práctica penal, sometiendo el *ius punendi* a la deficiencia de la labor del ministerio fiscal.

---

<sup>11</sup> Ley N° 1286/1998, Código Procesal Penal, art. 279.

<sup>12</sup> Ley N° 1286/1998, Código Procesal Penal, art. 304.

<sup>13</sup> Ley N° 1286/1998, Código Procesal Penal, art. 282.



Como respuesta a la deficiencia señalada, la Corte Suprema de Justicia dictó la **Acordada 1631 de 30 de marzo de 2022**, en la que se resalta que el **acta de imputación** es un acto procesal esencial por el que se pone a conocimiento del imputado el hecho punible que se le atribuye a fin de que pueda ejercer su derecho a la defensa, con lo que se tornan operativas las garantías previstas en los **artículos 16 y 17 incisos 5) y 7) de la Constitución Nacional**.

Con la expresión del objeto (análisis de la teoría del caso, determinación de los elementos objetivos y subjetivos del tipo) del proceso en un acta de imputación, también se permite el control de la prohibición de doble persecución penal, garantizada por el **artículo 17 inciso 4 de la Constitución Nacional** y se exponen consideraciones necesarias para que, junto con otros motivos expuestos por el Ministerio público, **el juez penal estime objetivamente el tiempo de duración de la etapa preparatoria**. Las deficiencias en las actas de imputación formuladas y señaladas por el Ministerio Público - dificultan así el ejercicio del derecho a la defensa y la realización de las demás garantías constitucionales que el acta de imputación debe permitir.

### **Análisis del caso:**

Genéricamente se sostiene que el acta de imputación presentado por el Ministerio Público en el que se imputa a los Abogados C O A y J L O A por la supuesta comisión de los hechos punibles de PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS NO AUTÉNTICOS y PRODUCCIÓN MEDIATA DE DOCUMENTOS PÚBLICOS DE CONTENIDO FALSO reúne mínimamente los requisitos establecidos en la normativa constitucional, procesal y en la Acordada N° 1631 del 30 de marzo de 2022, dictada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia para su admisión.

De una lectura minuciosa del auto apelado notamos que el mismo es producto de un exhaustivo análisis de todos los requisitos establecidos en el artículo 302 del Código Procesal Penal. Del escrito recursivo se denota que los recurrentes no cuestionan el análisis realizado por el *A quo* al rechazar el incidente deducido, sino que más bien nuevamente se refieren y cuestionan directamente el contenido del acta de imputación. Al respecto consideramos oportuno mencionar que tanto el acta de imputación como la resolución en crisis señalan de manera concreta la existencia de suficientes elementos de sospecha y la posible participación de los imputados en los hechos punibles atribuidos. En el mismo tenor es importante mencionar que el

Ministerio Público está facultado a ejercer la acción penal pública en estricta observancia y respeto de las disposiciones contenidas en su ley orgánica, en las normas procesales y constitucionales. Además cabe recordar que hasta tanto no exista sentencia definitiva firme y ejecutoriada se presume el estado constitucional de inocencia de todo individuo, respetándose incluso los derechos y garantías consagrados en el artículo 17 de la Constitución Nacional.

El acta de imputación presentada por la agente fiscal interviniente reúne los requisitos ya señalados precedentemente, en consecuencia, el juzgado correctamente imprimió el trámite previsto en el artículo 303 del código procesal penal, disponiendo el inicio del procedimiento, ordenando los registros correspondientes, así como la notificación a la presunta víctima y a los presuntos imputados, y señalando fecha para la formulación del requerimiento conclusivo correspondiente.

La presente causa se encuentra en plena etapa investigativa, situación que habilita al fiscal interviniente a iniciar la investigación penal y a disponer la realización de las diligencias que acrediten o desacrediten la existencia del hecho denunciado y la participación o no de los imputados, a coleccionar no solo los elementos de cargo sino también los de descargo para que en el momento procesal oportuno se formule la acusación o el requerimiento conclusivo pertinente. -

Con base en estas manifestaciones y del estudio de la resolución en crisis no se observa transgresión alguna de los derechos o de las garantías de los imputados contemplados en nuestras leyes procesales ni constitucionales, se cumple mínimamente con las disposiciones contenidas en la Acordada N° 1631 del 30 de marzo de 2022 dictada por la excelentísima CSJ; mucho menos se han vulnerado los presupuestos previstos en el artículo 165 y 166 del código procesal penal, por lo que corresponde confirmar el auto apelado por estar ajustado a las normativas que regulan la cuestión en debate. Por tanto, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Segunda Sala, de la Capital; - **Resuelve: 3) Confirmar el A.I. No. 148 del 24 de febrero de 2023**, por los fundamentos expuestos en el exordio de la presente resolución. -

**ADENDA:** Es conducente señalar que lo recurrido en alzada constituye el análisis de un incidente de nulidad contra el acta de imputación, y al respecto debo indicar que una postura casi unánime de los Tribunales de la República consiste en desestimar esta vía procesal que tiene el propósito de volver al inicio del proceso y nulificar el ORIGEN de todo que es el acta de imputación. Es tendencia no seguir esta línea



extrema y procurar el saneamiento o rectificación, previas CORRECCIONES o RECTIFICACIONES DE LAS OMISIONES, como lo señalaremos con base en una política diseñada por la Corte Suprema de Justicia.

### **Caso N° 2 (JDA s/ estafa. N° 1601/2022)**

En este caso dejé sentado mi opinión y postura con relación a la figura jurídica analizada. Puntualmente se planteó una reposición contra la providencia que admitió la imputación con el agregado de la apelación en subsidio. Así, la causa fue remitida a Alzada, ocasión en la que fue objeto de consideración y por ende resumo los argumentos para validar el acta de imputación.

#### **Análisis del caso:**

En el caso en estudio observo que la defensa técnica plantea incidente de nulidad del Acta de Imputación N° 04 del 08 de marzo de 2023. Dicho incidente fue resuelto por el *A quo*, quien mediante el auto apelado resolvió no hacer lugar al mismo.

Así las cosas, analizando el acta de imputación incidentado se observa que la misma mínimamente cumple con los lineamientos constitucionales, procesales y con las disposiciones contenidas en la Acordada N° 1631 del 30 de marzo de 2022.-

El acta de imputación en análisis - presentado por la Agente Fiscal M A S, titular de la unidad 2 de la fiscalía barrial 3 - contiene la individualización del imputado, el relato breve de los hechos y el tiempo que estima necesario para formular la acusación u otro requerimiento conclusivo, cumpliendo así lo requerido en el artículo 302 del código procesal penal reconociéndose su brevedad y falta de elementos que no lo descalifica.

Cabe destacar que el acta de imputación en estudio, establece una teoría del caso incipiente que mínimamente responde a las interrogantes de ¿Qué fue lo que pasó?; ¿Quién lo hizo?; ¿Cómo pasó?; ¿Cuándo pasó?; ¿Dónde pasó?; y ¿Por qué pasó?, cumpliendo así mínimamente con los requisitos establecidos en la Acordada N° 1631 del 30 de marzo de 2022.

Es evidente que el *A quo* asume la postura de que el acta de imputación cumple con todos los requisitos formales para su admisión, pues así lo plasmó con sus fundamentos al momento de rechazar el incidente planteado por la defensa del procesado. Es notorio que en la resolución en crisis no se justifican las pretensiones del

recurrente, pues el agravio señalado que ataca el acta en análisis carece de sustento en razón de que la representante del Ministerio Público ejerció la acción penal pública conforme lo dispuesto en el artículo 268 de la Constitución Nacional y a las disposiciones contenidas en los artículos 52, 53 y 54 del Código Procesal Penal, cumpliendo así con lo establecido en el art. 302 del Código Procesal Penal demostrándose sobradamente que los hechos y la formalidad se halla cumplida, existiendo elementos de sospechas suficientes que atribuirían la participación del procesado en el hecho punible denunciado.

El recurrente pretende la nulidad de la imputación que constituye una atribución exclusiva y excluyente del Ministerio Público y es una facultad propia e inherente a sus atribuciones y facultades legales y constitucionales. Este puede contener defectos, errores e inexactitudes, pero ello no puede afectar el núcleo del mismo hasta nulificarlo. Además la vía impugnatoria debe estar orientada a su saneamiento o rectificación si fuere el caso, pero, todo ello con control judicial, conforme a lo establecido en las normas procesales.

En el caso constato que no se ha inobservado ninguna norma que vulnere el debido proceso y que los agravios expuestos por la defensa no se pueden considerar como fundamento válido para no admitir la imputación fiscal, pues esta cumple básicamente los presupuestos legales exigidos.

Entonces, puedo convenir que, en el acta de imputación presentada en la presente causa, concurren razones que permiten afirmar que la presentación de la Agente Fiscal cumple mínimamente con los requisitos legales que debe reunir. Es así que considero que el agravio del recurrente no posee entidad suficiente para modificar la resolución recurrida, por lo que corresponde **CONFIRMARLA**. ES MI OPINIÓN.

### **Caso N° 3. Causa N° 2021-0931: “C. M. G. S. s/ apropiación”**

En este caso se resolvió conceder la apelación en subsidio ante el pedido de trámite de oposición de la defensa, rechazado por el Juez de Garantías, según lo establecido en la Acordada N° 1631/2022 y el artículo 314 del Código Procesal Penal.

La resolución de referencia en lo medular señala la posición del apelante en cuanto a que: ...el **REQUERIMIENTO**, carece de los elementales requisitos de la **teoría del caso** y ni siquiera posee la individualización completa de la imputada [...] por lo que la presentación del agente fiscal no contiene ni siquiera los requisitos básicos



legales que debe cumplir el acta de imputación, conforme lo dispone el artículo 302 del Código Procesal Penal. . .

Conforme con el artículo 3 de la Acordada No. 1631 de 30 de marzo de 2022, corresponde **otorgar el trámite de oposición del artículo 314 del código procesal penal, por el plazo de 03 (tres) días, – para agotar el trámite acusatorio -por ser el Acta de Imputación No. 47 de 28 de diciembre de 2021, deficiente, conforme los presupuestos establecidos en el artículo 302 del Código Procesal Penal”.**

La resolución transcribe el artículo 4 de la Acordada a los efectos pertinentes y señala al final que: “. . .En este caso tanto la fundamentación de la imputación como la medida, carecen de un razonamiento acabado y sólo se limitan a solicitar medidas, sin expresar concretamente como se puede ver vulnerado el peligro de fuga u obstrucción. . .”. Por todo [ . . . ] corresponde **REVOCAR el A.I. No. 160 de fecha 04 de marzo de 2022** y otorgarle el trámite previsto en el 314 del Código Procesal Penal, por el plazo de 03 (tres) días.

### 3. Modos de impugnación

Para adentrarnos al tema considero oportuno que liminarmente debemos realizar un breve comentario respecto a la impugnación del acta de imputación. Así, desde la vigencia del Código Procesal Penal tradicionalmente existen dos formas. En consecuencia, tenemos que:

– El primer medio es la reposición con apelación en subsidio contra la providencia que tiene por recibida o admitida el acta de imputación formulada por el Ministerio Público. En este sentido, y de manera a explicar brevemente el proceso, sabemos que para que el acta de imputación sea admitida debe mínimamente cumplir con los requisitos legales establecidos en el artículo 302 del Código Procesal Penal y con las disposiciones establecidas en la Acordada N° 1631 del 30 de marzo de 2022 dictada por la Corte Suprema de Justicia. Una vez verificado por el Juzgado Penal de Garantías que el acta cumple con dichas exigencias, se lo admite generalmente y dispone que dicha providencia sea puesta a conocimiento de todas las partes para que formulen los recursos impugnatorios permitidos en nuestro código de procedimientos penales, específicamente el recurso de reposición con apelación en subsidio, que es la vía recursiva idónea para apelar. En caso de que el *A quo* haga lugar a la reposición planteada, entonces ya los autos no se remiten al Tribunal de Apelaciones para su

estudio. En caso de que el Juzgado deniegue la reposición, los autos son elevados a segunda instancia para su análisis y posterior decisión.

– El segundo medio para impugnar es la apelación general contra el auto interlocutorio dictado por el Juzgado Penal de Garantías que no hace lugar al incidente de nulidad del acta de imputación, lo que generalmente es planteado por la defensa del imputado o por el mismo imputado bajo patrocinio de abogado. En este punto es importante señalar que éste es otro medio para impugnar el acta de imputación admitida por el *A quo*. Se dicta la resolución que no hace lugar al incidente de nulidad del acta de imputación, se notifica a las partes y se plantea el recurso de apelación general contra esta resolución; se eleva así la causa al Tribunal de Apelaciones para su análisis y decisión.

– Se han dado también casos en que se plantea reposición con apelación en subsidio contra la providencia que admite el acta de imputación, y como segunda opción plantean incidente de nulidad del acta de imputación. En tales casos el Tribunal de Apelaciones decide el primer planteamiento, y la solución del segundo sigue la suerte del primero en atención a que no se pueden juzgar de dos maneras distintas las consideraciones planteadas sobre la misma cuestión.

#### 4. Definiciones

“Imputar un hecho significa recriminarlo con todas sus circunstancias y elementos, tanto materiales como normativos, físicos o psíquicos”, nos dice Julio Maier y señala que para que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente de ejercitar la defensa, ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción acudiendo al nombre de la infracción, sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento –que se supone real- con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y le proporcionen su materialidad concreta; el lenguaje se debe utilizar como descriptivo de un acontecimiento concreto, ya ocurrido, ubicable en el tiempo y en el espacio, y no para mentar categorías conceptuales. De otro modo, quien es oído no podrá ensayar una



defensa eficiente, pues no podrá negar ni afirmar elementos concretos, sino a lo sumo, le será posible afirmar o negar calidades o calificativos; tanto es así, que ni una confesión sería teóricamente posible, si por ella se entiende la afirmación de todos los elementos fácticos de un comportamiento punible, pues la afirmación incondicionada de una imputación que no repose sobre la descripción de un comportamiento concreto se asimilaría a un allanamiento y no a una confesión. Siguiendo una doctrina nacional, debemos partir de unas breves ideas respecto al tema, así, **Kronawetter Zarza<sup>14</sup> refiere: ¿Y qué es la imputación?** El órgano acusador se puede encontrar frente a una conjetura que acredite la existencia de una sospecha razonable acerca de un hecho punible con la correspondiente individualización del imputado, en cuyo caso debe presentar acta de imputación con una enunciación sucinta del hecho punible y el plazo que considere oportuno para culminar el trabajo de investigación preliminar, a cuyo término efectuará un nuevo requerimiento. En lo relativo a **la imputación y la calificación**: se instaló una polémica relacionada sobre la necesidad de que el acta de imputación incorpore una calificación jurídica del o de los hechos sindicados. Un sector del ámbito forense señala que la calificación no es necesaria, ya que la determinación del hecho punible es una exigencia prevista en el artículo 347 del Código Procesal Penal, es decir, al culminar la Etapa Preparatoria. Se profundiza esta postura señalando que la exigencia de una calificación jurídica del o de los hechos descritos en el acta de imputación, provocaría - desde la perspectiva de la defensa técnica- en una fácil estrategia de impugnar la eventual acusación del Ministerio Público, precisamente por alguna falencia derivada de la discordancia entre el hecho descrito con los presupuestos de una o varias conductas punibles incorporados en el acta de imputación, aspecto fundamental para declarar la hipotética nulidad del acto conclusivo por la inobservancia del art. 17.7 de la C.N.

**En ese orden, Llanes Ocampos<sup>15</sup> en sus lineamientos ya había instalado la idea respecto a que si** ¿Es necesario que en el acta de imputación se califique el hecho? El artículo 301 no lo exige expresamente, pero como se trata de un razonamiento (subsunción) cuyo contenido presenta un doble aspecto: fáctico y jurídico, es

---

<sup>14</sup> KRONAWETTER, Alfredo – Año: 2019 – Manual de Derecho Procesal Penal - Editorial LEX IURIS, pp. 257/258.

<sup>15</sup> LLANES, Carolina – Lineamientos sobre el Código Procesal Penal – 2DA. Edición Asunción – Paraguay, Año: 2002, Editora Litocolor SRL, pp. 358/359.

conveniente que la imputación vaya acompañada en forma provisional, aunque sea de una calificación genérica, sino no es posible precisarla en ese momento. Conocer la causa de la imputación constituye un derecho constitucional del procesado, a partir de la cual podrá articular la estrategia de defensa adecuada para sus intereses. Si no sabe qué hecho punible se le atribuye, ¿cómo podrá defenderse efectivamente? Es conveniente calificar provisionalmente en este estadio a los efectos de contar con una teoría jurídica que encuadre al hecho investigado, y pueda erigirse en guía para la recolección de elementos probatorios que habrán de sustentarla en juicio. Conforme vaya avanzando la investigación y surjan nuevos elementos relacionados al hecho mismo o a otros involucrados, es factible la ampliación de la imputación; cuidando, en cada caso, la determinación exacta del plazo requerido para concluir con la investigación, de manera que se pueda realizar el cómputo correctamente. Se denota claramente, de estas dos posiciones, que la imputación tiene un rango constitucional que impone una observación primaria a partir de lo que nuestra ley fundamental determina.

### **5. La Imputación en el debate de la Constitución:**

No es ocioso mencionar brevemente lo que en la discusión<sup>16</sup> de nuestra Constitución, reseña el diario de sesiones. Así se extrae con relación a los derechos procesales consagrados en el art. 17, algunos aspectos centrales y particularmente respecto al inc. 7) lo siguiente: [...] CIUDADANO CONVENCIONAL JULIO CESAR VASCONSELLOS: En primer lugar, la comunicación previa y detallada de la acusación. Normalmente cuando un procesado comparece a declarar, por ejemplo en la indagatoria, primero se le indaga. Él no sabe nada, el juez no le comunicará porque está preso ni porque está declarando. Ya cuando que el individuo declaró todo sin saber de qué se le estaba acusando. Entonces es necesario plasmar en una norma constitucional la obligación ineludible que debe tener un juez de comunicarle al compareciente o al que está pidiendo intervención por primera vez por qué está procesado, cuál es la acusación que pesa sobre él. Es un derecho fundamental que hace al debido proceso. Más adelante, disponer las copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa. Primero tiene que enterarse de qué lo están

---

<sup>16</sup> PLANO DE EGEEA, José – Primera Edición, Año: 1992 - La Constitución de la República del Paraguay - Editorial LD., pp. 40, 41, 42 y 43.



acusando. Tienen que hablar sobre la posibilidad o factibilidad de la defensa, inclusive, tienen que hablar de sus honorarios. Otra situación: uno va a la secretaria y le pide una copia simple, una fotocopia simple de los antecedentes y dice solamente si el juez ordena, traiga poder. ¿Qué se está haciendo de este modo? Se está obstaculizando la defensa. Se está creando un problema para que este señor que está en la cárcel pueda ser defendido y muchas veces se pierde dos o tres días en este trámite. Y si lo ponemos en una norma constitucional esto ya no a poder ocurrir [...]

CIUDADANO CONVENCIONAL JUAN ERNESTO VILLAMAYOR: Es fundamental que el juez tenga que explicar antes de dar iniciación a un proceso, el motivo por el cual tiene presa a una persona. Es fundamental que se le dé una copia detallada de la acusación, para saber de qué debe defenderse una persona, si queremos preservar el principio de la inocencia. Yo no creo que estos dos agregados sean meros detalles de circunstancia; creo que hacen a cuestiones de fondo y creo que hacen realmente a una garantía fundamental [...]. De este somero resumen quedó establecido que, de los derechos procesales, en el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 7) la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación. Queda claro que las constituciones juegan un papel preponderante en la consagración de derechos fundamentales y de garantías procesales. Lo antedicho, alcanza ribetes importantes y marcan un rumbo en la historia de una sociedad. En tal sentido, temas como éste que son aprendizajes de errores del pasado, son tan trascendentes por lo que se señalan argumentos que expresan que las constituciones<sup>17</sup>, más que cualquier otro material legal, son idóneas de registrar las continuidades y discontinuidades de una comunidad desde un punto de vista histórico. Se basan en acontecimientos pasados en función del futuro por lo que pueden considerarse en sí mismas una herramienta de la memoria. El valor conmemorativo de los preámbulos, una memoria constitucional más amplia. Las constituciones se transforman de hecho en efectivos lugares de la memoria, capaces de cimentar la legitimidad política a través de los relatos nacionales que determinan un espacio discursivo. La constitución evoluciona a la vez en un objeto ejemplar de memoria y un parámetro de legitimidad memorable para delimitar que recordar. El pensamiento de que la elaboración del pasado

---

<sup>17</sup> MASTROMARINO, Anna – Año: 2023 – Memoria y Políticas Públicas – Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, Santiago, Asunción, pp. 2, 3, 4, 21, 23, 24, 25, 27.

llevada a cabo mediante el uso de una legislación sobre la memoria por parte del Estado puede representar un factor constitutivo relevante, por medio del cual un país puede llegar a integrar la historia —aunque sea dolorosa y divisoria— en su propia biografía colectiva. La verdad se vuelve fundamental para la democracia y la mentira es dañina; no es casualidad que las exigencias de verdad se hayan vuelto más apremiantes tras grandes traumas sociales y que estas exigencias muestren su carácter espinoso cuando estos traumas son el resultado de la actividad criminal del Estado.

## 6. La Imputación y la Convención Americana de DD. HH:

En los fallos se hace referencia expresa a las normas constitucionales que guardan una íntima relación con el acta de imputación, y no es ocioso repetirlos. En profundidad, además, es de citar que existen obras que analizan el aspecto convencional del instituto e incluso la mención expresa de causas ante la CIDH, como la posición<sup>18</sup> asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de la causa “FERMÍN RAMÍREZ VS GUATEMALA” cuya sentencia fue dictada el 20 de junio de 2005: En el caso, la Corte Interamericana acertadamente manifestó que: “...la descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el **imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan.** La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia” implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación...”. Respecto a la conexión de este principio con el de “*iura novit curia*”, señaló que: “...Esta facultad, consecuente con el principio *iura novit curia*, debe ser entendida e interpretada en armonía con el principio de congruencia y el derecho de defensa. La necesaria

---

<sup>18</sup> GONZÁLEZ, Juan y ORTEGA, César - Año: 2018 - Primera Edición - Nulidad de la Imputación, análisis normativo y jurisprudencial - LEX IURIS, pp. 139, 140, 141.



congruencia entre la acusación y la eventual sentencia justifica la suspensión del debate y el nuevo interrogatorio del acusado, cuando se pretende cambiar la base fáctica de la acusación. Si esto ocurre irregularmente, se lesiona el derecho a la defensa, en la medida en que el imputado no ha podido ejercerlo sobre todos los hechos que serán materia de la sentencia” (párrafo 74). Indudablemente este fallo constituye un formidable precedente para el fortalecimiento del derecho a la defensa y es un camino o un estándar que los tribunales deben observar y aplicar en nuestro derecho interno, y - lógicamente - respecto del cual las partes pueden invocar y reclamar su efectivo cumplimiento. Ahonda el tema respecto al principio “*iura novit curia*”, al decir que sólo resulta legítimo en la medida en que se observe **el principio de congruencia entre imputación y sentencia**, y las exigencias derivadas del derecho de la defensa establecidas en los artículos 8.2.b y 8.2.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referente a las Garantías Judiciales que reza: “... Toda persona inculpada de delito tiene derecho a... b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa). Va de suyo que esta visión convencional es obligatoria con base en el art. 137 de nuestra ley fundamental.

### **7. No debe escapar del análisis la resolución<sup>19</sup> dictada en el “RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN L M R P POR S/ HECHOS PUNIBLES C/ LAS RELACIONES JURÍDICAS, C/ EL PATRIMONIO, C/ LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y C/ LA FE PÚBLICA”**

Por el que la Sala Penal de la CSJ mediante el A.I. N° 1759 del 07/09/2005, resolvió anular el acta de imputación presentado y en consecuencia declarar igualmente nulas todas las disposiciones judiciales, diligencias y actividades fiscales en las que se basó el acta de imputación por considerar que los hechos punibles atribuidos a la imputada no se hallaban individualizados, precisados o especificados en la referido acta. Se señala enfáticamente que “... en el acta en mención, no se especificaron el o los hechos punibles presuntamente cometidos por la imputada, simplemente se limitaron a citar, de modo general, títulos y capítulos de los códigos penales vigente y derogado. Los agentes fiscales que presentaron la imputación no sabían, ni saben,

---

<sup>19</sup> A.I. N° 1759 del 7 de setiembre de 2005, Sala Penal, CSJ.

cuáles son los artículos que califican y castigan los hechos presuntamente cometidos, en el supuesto de su punibilidad...”. El interlocutorio refiere categóricamente los defectos insanables cometidos en la causa, todos relacionados con el acta de imputación que afectan derechos procesales y constitucionales básicos. Se las explicita largamente, pues los defectos son tan notorios y las irregularidades violatorias del derecho a la defensa tan evidentes, que motivaron el dictado de la resolución de nulidad de la Sala Penal. Cabe acotar que esta solución traumática dictada por la Corte produjo inicialmente un gran impacto, por la solución procesal determinada. Sin embargo, esta decisión que cercena y mutila la atribución legal y constitucional de imputación que tiene el Ministerio Público en el sistema acusatorio no tuvo resoluciones paralelas y de la misma índole. Considero que la medida fue tan extrema y atendiendo a la reciente vigencia del Código Penal dentro del sistema penal; casi no hubo réplicas ni resoluciones en el mismo sentido y por ende este fallo no sirvió como elemento catalizador. Si bien es cierto, académicamente, el auto interlocutorio referido siempre fue objeto de análisis y discusión, pero en definitiva fue un fallo que, por lo antedicho, no marcó una línea jurisprudencial de la Corte.

#### **8. La Acordada<sup>20</sup> 1631/2022 de control del Acta de Imputación Fiscal**

A raíz de la no existencia del enderezamiento del problema, la CSJ adoptó una medida orientadora, en vista a las distorsiones observadas en el proceso penal, y esencialmente ante las voces de los operadores de justicia que señalaban constantemente que las actas de imputaciones formuladas por el Ministerio Público no cumplían con las formalidades exigidas en la ley, dificultándose así el real y efectivo ejercicio del derecho a la defensa y la realización de las demás garantías constitucionales. En atención a esos fundados y constantes reclamos y quejas, **la Corte Suprema de Justicia, para el fortalecimiento del control jurisdiccional del acta de imputación fiscal, dictó la Acordada N° 1631 del 30 de marzo de 2022** mediante el cual se implementa y aprueba la utilización de la “Guía de Control Jurisdiccional del Acta de Imputación”, que tiene por finalidad señalar cuestiones relevantes que deben ser consideradas al examinar los motivos, méritos y razones para que el órgano jurisdiccional tome conocimiento del acta de imputación. Según la Acordada, la referida acta debe contener: 1) Datos administrativos necesarios para ubicar fácilmente a la

---

<sup>20</sup> Acordada CSJ, N° 1631/2022.



investigación realizada dentro de la organización interna del Ministerio Público, que debe contener el número de entrada, la carátula, la fecha de recepción, la hora de recepción, la fecha de imputación, la hora de imputación, la unidad fiscal de recepción y el o los agente/s encargado/s; 2) Los actos iniciales, es decir, la forma en que se tomó conocimiento del hecho de la presunta comisión del hecho (denuncia, que-rella); 3) La identificación del o de los imputado/s; 4) Los hechos atribuidos que motivan el inicio formal del proceso. Esta es una de las secciones más importantes del acta de imputación, pues la misma debe contener elementos de la descripción de hechos en el marco del proceso penal, atribuciones de acciones o de omisiones, la descripción de las demás circunstancias relevantes, condiciones de tiempo (hora, fecha, entre otros detalles), de modo, condiciones de lugar. La forma y estilo de describir los hechos en el marco del proceso penal deben describirse de forma objetiva, evitando utilizar adjetivos o expresiones que denoten juicios de valor sobre el autor. Debe cumplir también pautas y requisitos mínimos de la descripción de hechos de la imputación, en otras palabras, no se debe realizar una descripción incompleta de los hechos. En el punto 5) de la referida Acordada se aborda la calificación jurídica inicial de las conductas; 6) Los elementos de sospecha; 7) la solicitud del plazo de investigación y 8) la fundamentación de la solicitud.

Indudablemente el propósito, el núcleo y la idea central de este esfuerzo constituye un buen inicio del proceso penal, e igualmente agotar el control jurisdiccional que deben realizar los jueces por otra vía acusatoria que se adecua al sistema. Entonces, lo que se propone realizar es la oposición fundada al inicio de una investigación, cuando el acto procesal, en este caso, el acta de imputación carece de los elementos fundamentales y básicos. ¿Qué pasó?, ¿Por qué? ¿Dónde?, ¿Cómo?, ¿Cuándo?, ¿Quién?, ¿Hay algún testigo?, ¿Qué tiempo necesita para realizar la investigación y corroborar esa historia? Son preguntas necesarias que deben ser respondidas al proponerse una imputación. Es evidente que lo lógico es simplificar todo esto porque lo que ha pasado a lo largo de estos veintidós años de funcionamiento del sistema penal es que no se ha cumplido con estos requisitos mínimos. Nuestro sistema que es acusatorio, oral y público, y se rige por el principio de inmediación, continuidad, pero, sin embargo, la lógica de los operadores sigue siendo escrita, pesada, inquisitiva y se utilizan, por ejemplo, las medidas cautelares de manera absolutamente irregular. El hecho de formular una imputación no necesariamente requiere la aplicación de alguna medida cautelar porque existen maneras de someter al procesado al

proceso y no necesariamente deben utilizarse la fuerza y la cárcel. Evidentemente todo está desvirtuado y es por ello que justamente se formuló la acordada con relación a medidas cautelares, por el abuso del uso de las mismas y todas esas distorsiones, y pretendiendo volver al cauce natural, a la fuente, a los orígenes de este modelo que tenemos vigente y que estamos obviamente obligados a aplicar de manera correcta para cumplir con las finalidades de las mismas. El propósito es llegar a la verdad por los caminos establecidos en la ley, y durante ese recorrido y desde el origen del proceso hay que respetar todas las garantías y al final lograr dictar la sentencia que corresponda, ya sea de condena o absolución. Entonces, ese camino debe ser regular, no tiene que ser dispendioso en cuanto a la aplicación del tiempo, no debe ser desproporcionado ni abusivo en cuanto a la aplicación de la fuerza. Tiene que ser efectivo en la búsqueda de la verdad y la aplicación de la libertad probatoria para llegar a la verdad por todos los medios, pero no a cualquier precio. Teniendo en cuenta varios factores, todo se debe construir en tiempo legal, porque de lo contrario todo lo que se hace hoy deslegitima la tarea del sistema de justicia.

Hoy el sistema de justicia cuenta con el expediente electrónico y hay muchos aspectos de orden técnico que no solamente son de orden procesal, que determinan, por ejemplo, que en el caso de que una imputación no llenare determinados campos establecidos en el expediente electrónico la presentación debe ser rechazada. Así, todo está previsto de manera formal y obviamente atendiendo también a lo sustancial. La Acordada que comentamos innegablemente no tiene el propósito de ponerle palos a la rueda de la investigación, al contrario, lo que se busca es, a través del trámite de oposición, otorgarle a la Fiscalía la oportunidad de presentar una imputación que sea útil para un regular inicio del proceso penal y que así, más adelante, el proceso no tropiece con chicanas o dificultades u obstáculos que conlleven a una nulidad. La idea es darle calidad a la iniciación del proceso y, por ende, posteriormente a todos los estadios donde se construye éste, para que esté sólidamente instalado y que no pueda derrumbarse en cualquier momento de su trámite.

En conclusión, esta propuesta implica un recorrido tomando como tema central la imputación, iniciando su análisis a partir de casos analizados por el Tribunal de Apelaciones, definiciones básicas, breves ideas y nociones de varios autores, lineamientos de la ministra de la CSJ, análisis de un fallo por parte de la CIDH que hace referencia expresa a las norma constitucionales que guardan relación con el tema



abordado y un breve comentario de la Acordada N° 1631 del 30 de marzo de 2022 dictada por la CSJ que implementa y aprueba la utilización de la Guía de Control Jurisdiccional del Acta de Imputación.



# **DERECHO DEL TRABAJO**



## PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: EL CAMINO RECORRIDO HACIA SU JUSTICIABILIDAD DIRECTA

*Protection of labor rights in the Inter-American Human Rights System: the path taken to their direct justiciability*

Noelia Virginia Martínez Cantero \*

### Resumen:

Este artículo describe la protección de los derechos laborales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mediante sus diversos instrumentos, así como la articulación de esa tutela a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, planteando algunas reflexiones al respecto. A modo introductorio, se realiza una conceptualización de los derechos laborales como derechos humanos, con la reseña de los principales antecedentes de su protección internacional y de instrumentos que forman parte del *corpus iuris* regional en la materia. Se revisa el panorama de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en diversos fallos sobre violaciones estatales de derechos humanos en las relaciones laborales, mediante un recorrido cronológico, en dos fases, de distintas sentencias emitidas por el Tribunal

---

\* Abogada por la Universidad Nacional de Asunción. Máster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia, Italia. Es también Notaria por la Universidad Católica de Asunción y Egresada de la Escuela Judicial del Paraguay. Actualmente se desempeña como Profesora Asistente de la Asignatura Derecho Procesal del Trabajo, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción y como Relatora de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.



Interamericano; una, la de los primeros pronunciamientos de la Corte relacionados con el derecho al trabajo y a la seguridad social, al que se brindó inicialmente una protección indirecta y conectada a derechos civiles y políticos; y otra, la fase actual, en la que la postura de la Corte se ha decantado por la justiciabilidad directa de los derechos laborales.

**Palabras clave:** *Corte Interamericana de Derechos Humanos, derechos laborales, tutela efectiva, justiciabilidad directa.*

### **Abstract**

*This article describes the protection of labor rights in the Inter-American Human Rights System, through its various instruments, as well as the articulation of this protection through the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, and raises some reflections in this regard. By way of introduction, a conceptualization of labour rights as human rights is carried out, with a review of the main antecedents of their international protection and of instruments that are part of the regional corpus iuris on the subject. The panorama of the jurisprudence of the Inter-American Court is reviewed, in various rulings on state violations of human rights in labor relations, through a chronological tour of various judgments issued by the Inter-American Court, in two phases; one, that of the first pronouncements of the Court related to the right to work and social security, which were initially provided with indirect protection and connected to civil and political rights; and another, the current phase, in which the Court's position has opted for the direct justiciability of labor rights.*

**Keywords:** *Inter-American Court of Human Rights, labor rights, effective protection, direct justiciability.*

## **1. Derechos laborales como objeto de protección del derecho internacional de los derechos humanos**

Los derechos laborales, como conjunto de garantías, facultades y prerrogativas de las que los trabajadores y las trabajadoras gozan en el marco de una relación de trabajo, como sujetos especialmente tutelados, debido a la vulnerabilidad en la que

se encuentran con respecto a los empleadores, son concebidos por el pensamiento jurídico actual como derechos humanos fundamentales, con los que guardan una íntima relación en cuanto a la finalidad que persiguen. Así, los derechos humanos surgen como limitación al poder del Estado y los derechos laborales emergen en aras de limitar o mitigar el abuso de la parte empleadora, al aprovechar la vulnerabilidad de los trabajadores y trabajadoras.

La concepción de los derechos laborales como derechos humanos fundamentales, que, como tales, se enraízan en la dignidad humana y conllevan una serie de obligaciones estatales para garantizar su goce y ejercicio, se introduce con el advenimiento del Estado Social, en el cual se reivindica la protección jurídica de los trabajadores y trabajadoras, al tratarse de sujetos especialmente vulnerables como parte económicamente débil de la relación de trabajo, merced al establecimiento de condiciones de trabajo dignas y equitativas; en efecto, tal situación asimétrica los coloca en un plano de notoria desigualdad que debe ser corregida, considerando que el derecho a un trabajo digno, además de posibilitar un ingreso económico para el sustento de la persona trabajadora, permite el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales, que hacen a su desarrollo y crecimiento personal. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que será referida también como Corte IDH, ha expresado que “el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo como ser humano”<sup>1</sup>.

Actualmente, un amplio conjunto de derechos laborales tanto de carácter individual como colectivo gozan de protección generalizada en los ordenamientos internos de los diversos países, quienes tienen la obligación de garantizar su pleno goce y ejercicio, y, en muchos casos, se entroncan en la cúspide normativa de dichos ordenamientos, mediante la constitucionalización de esos derechos; la protección también se otorga a través de un amplio conjunto de instrumentos internacionales de carácter regional y universal, de entre los cuales en este ensayo nos enfocaremos en los que conforman el plexo convencional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al que nos referiremos también como SIDH.

---

<sup>1</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de setiembre de 2003. Serie A, N° 18, párr. 158.



### 1.1. Derechos laborales específicos e inespecíficos

En el amplio elenco de derechos laborales tutelados a nivel constitucional e internacional, y que constituyen el “piso” o mínimo de garantías en el marco de las relaciones de trabajo, podemos distinguir los derechos específicamente derivados de la condición de trabajador o trabajadora, como por ejemplo, el derecho a condiciones dignas de trabajo, a la estabilidad laboral, a un salario justo, a la limitación de la duración de las jornadas, a las vacaciones y otros descansos periódicos, a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de los empleadores, a la seguridad e higiene en el trabajo, a constituir y afiliarse a sindicatos, a la huelga, a la negociación colectiva, entre muchos otros.

Además de los referidos derechos típicamente emergentes de la condición de persona trabajadora, ésta también es especialmente protegida en lo que hace a otros derechos humanos, cuyos titulares universales son todas las personas, y cuyo goce y ejercicio pleno en los contextos laborales merecen una tutela reforzada, puesto que la condición de subordinación creada en la relación de trabajo expone a los trabajadores y trabajadoras a una situación de especial vulnerabilidad en lo que atañe a su posible conculcación; se trata de derechos de los que toda persona es titular, y que se tienen ya dentro o fuera del establecimiento de trabajo; a partir de esta noción es que la doctrina ha pergeñado el concepto de “ciudadanía en la empresa”<sup>2</sup>; así, tenemos el derecho a la vida, a libertad de expresión, a la no discriminación, a la intimidad, por citar algunos.

Con lo dicho se hacen patente las notas de universalidad, interdependencia e indivisibilidad que informan a los derechos humanos, máxime en una situación como la laboral, que, como se señaló, genera subordinación y coloca a la persona trabajadora en una posición de desbalance, que podría propiciar la conculcación de sus derechos fundamentales, tanto en la esfera de los derechos laborales propios o específicos, como en la de los derechos inespecíficos que ejerce al interior de la empresa; la protección laboral tiende, pues, a ampliarse y actualizarse a partir de los cambios que se suscitan en el mundo, ante la globalización de las relaciones de trabajo.

---

<sup>2</sup> Para mayor abundamiento sobre este tema, ver en: LAYANA VENECIANO, E., *Derecho del trabajo y derechos fundamentales: Ciudadanía en la empresa*. Revista de Ciencias Sociales, (63), 2018, pp. 145-167.

## **1.2 Hitos de la constitucionalización e internacionalización de los derechos laborales**

En este abordaje resulta ineludible hacer mención de tres hitos normativos en la protección de los derechos laborales, que vieron la luz en la misma época y en un escenario mundial de miseria y explotación, que reclamaba la urgente protección de los derechos sociales y, entre ellos, especialmente, del derecho al trabajo. Tuvieron una influencia decisiva para el desarrollo legal, constitucional e internacional de lo que vendría a ser la tutela de los derechos laborales, en un proceso que cimentó el surgimiento de los sistemas universal y regionales de protección internacional de los derechos humanos, con posterioridad a la segunda guerra mundial, sistemas en los que, desde sus albores, se reafirmó el reconocimiento y protección de los derechos laborales.

### **1.2.1 Constitución de Querétaro de 1917**

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 es precursora de la constitucionalización social y, específicamente, de los derechos laborales en Latinoamérica y en el mundo.

En los albores del siglo XX, en el contexto de una extendida y acentuada precarización de las condiciones de trabajo, conflicto bélico mundial de por medio, ve la luz la centenaria Carta Magna mexicana, que marcó un hito en la protección de los derechos sociales y, concretamente, de los derechos laborales, al ser reconocidos jurídicamente por primera vez en una disposición interna de máxima jerarquía.

En sus célebres artículos 5º y 123 establece una profusa y detallada regulación altamente tuitiva de derechos laborales, entre ellos: justa retribución del trabajo, igual salario por igual trabajo, limitación de la jornada laboral, seguridad social, prohibición de trabajos insalubres y peligrosos para mujeres y niños, descanso semanal, protección de la maternidad, pago de horas extraordinarias, higiene y seguridad en el trabajo, libertad de asociación sindical, derecho de huelga y la protección contra la discriminación sindical.

Esta Constitución ha servido de inspiración a varios países latinoamericanos que, siguiendo sus lineamientos, han incluido la protección del derecho al trabajo en las Constituciones de la primera mitad del siglo XX. Sobre dicha cuestión el maestro CÉSAR ARESE expresa que: “El ejemplo mexicano fue seguido cercanamente por



varios países del área. La Constitución Política de la República de Chile del 18 de setiembre de 1925 se acopló al nacimiento del constitucionalismo laboral, incluyendo la protección del trabajo y la previsión social (artículo 15). Podría decirse que aparecía aquí el principio protectorio en su básica, pero esencial enunciación. El derecho del trabajo ingresaría luego en las Constituciones de Perú de 1933, Uruguay en 1934, Colombia y Venezuela en 1936, Bolivia en 1938, Nicaragua y El Salvador en 1939, Cuba en 1940, Guatemala y Ecuador en 1946 y Argentina en 1949<sup>3</sup>.

El mismo autor refiere que la Constitución de Querétaro ha influido inclusive en las disposiciones en materia de derechos laborales contenidas en el Tratado de Versalles, por el cual se estableció la Organización Internacional del Trabajo<sup>4</sup>.

### 1.2.2 Constitución de Weimar de 1919

El también centenario texto constitucional alemán representa otro hito normativo del Constitucionalismo Social y, para el tema que nos ocupa, de los derechos laborales y de la seguridad social, a nivel mundial.

En su normativa reconoció los derechos de los trabajadores al empleo, la previsión social, la libertad sindical, la protección de la maternidad y de las familias numerosas, el descanso dominical, la libertad de coalición, entre otros. En su artículo 118 se establece que no debe ser restringida la libertad de expresión por la condición de trabajador.

### 1.2.3 Creación de la OIT

El Tratado de Versalles de 1919, que puso fin a la Primera Guerra Mundial, es también el acta de nacimiento de la Organización Mundial del Trabajo, y con ella, de la protección internacional del derecho al trabajo; en este tratado se plasmó el principio fundamental de que el trabajo no debe ser considerado como una mercancía y la reivindicación de la justicia social como elemento para alcanzar la paz. En 1944, al final de la Segunda Guerra Mundial, se adopta la Declaración de Filadelfia, por la

---

<sup>3</sup> ARESE, C., *Los derechos humanos laborales en las Constituciones Latinoamericanas (El centenario de la Constitución de Querétaro)*, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Número 25, 2017, p. 186.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 187.

cual se amplía el campo de acción de la OIT y se reafirman los principios de su creación.

Sabido es que la OIT cumple un rol clave en la tutela de los derechos fundamentales en el trabajo, estableciendo un sistema tripartito y de diálogo social entre los gobiernos, los trabajadores y empleadores. Su conjunto normativo está constituido por los **Convenios**, tratados internacionales sujetos a ratificación de los Estados, y las **Recomendaciones**, que constituyen directrices no vinculantes; estos instrumentos conforman las Normas Internacionales del Trabajo de la organización.

Bajo su asesoramiento y asistencia técnica, y en consonancia con las masivas ratificaciones a nivel regional de los Convenios emanados de la organización, se inició en numerosos países latinoamericanos, durante la primera mitad del siglo XX, el movimiento de codificación del derecho laboral.

El profesor HUMBERTO VILLASMIL, experto de la OIT, explica que el proceso de masivas ratificaciones en bloque de los Convenios por parte de los países latinoamericanos, que precedió a la sanción de sus propios códigos o leyes generales del trabajo internas, implicó una “suerte de codificación de fuente internacional”.<sup>5</sup>

La importancia de los Convenios y demás normas emanadas de la OIT es valiosa y trascendente a nivel global, particularmente, para el objeto de este trabajo, que versa sobre la protección de los derechos laborales en la Corte IDH, dado que, como se tiene dicho, la normativa legal y constitucional de los países latinoamericanos en materia laboral reconocen como fuente fundamental a las normas internacionales del trabajo de la OIT, cuyos Convenios han sido mayoritariamente ratificados en la región. A ello se suma que, al ser el organismo universal especializado en la protección del derecho al trabajo, la Corte IDH ha recurrido en innumerables oportunidades a sus normas convencionales y recomendaciones, como fuentes jurídicas que conforman el *corpus iuris* internacional, para fundamentar en sus sentencias el sentido y alcance de varios derechos laborales, como, por ejemplo, la libertad sindical y el trabajo forzoso.

---

<sup>5</sup> VILLASMIL PRIETO, H., *Pasado y presente del derecho laboral latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo (segunda parte)*, Revista latinoamericana de Derecho Social, Universidad Autónoma de México, Número 22, 2016, p. 298.



#### **1.2.4. Las reformas constitucionales latinoamericanas de finales del siglo XX y la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a los ordenamientos internos**

En las últimas décadas del siglo pasado se dio una oleada de procesos de transición democrática en Latinoamérica, lo cual conllevó importantes reformas constitucionales en los países de la región; ello posibilitó la inclusión de un nutrido catálogo de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) y un amplio reconocimiento al máximo nivel normativo interno de los derechos laborales. Así, entre los Estados parte de la CADH que otorgan el reconocimiento constitucional a los derechos laborales se encuentran: Argentina, cuya Constitución protege el derecho al trabajo en sus diversas formas, así como su realización en condiciones dignas y equitativas, con la garantía de la estabilidad laboral (Art. 14 bis); Paraguay, que consagra el derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas (Art. 86); Bolivia, prevé también en su Carta Magna el derecho a un trabajo digno, con seguridad, higiene y salud ocupacional, sin discriminación y con una remuneración justa (Arts. 46 y 48); Uruguay, reconoce el derecho de toda persona a dedicarse a un trabajo lícito (Art. 36). El derecho al trabajo también se encuentra reconocido expresamente en las Constituciones de Brasil (Art. 6), Chile (Art. 19), Perú (Art. 2), Colombia (Art. 25), Ecuador (Art. 33), Costa Rica (Art. 56), México (Art. 123), Panamá (Art 64), entre otros.

En estas constituciones se han establecido cláusulas de incorporación de las normas internacionales sobre derechos humanos en general, comprensivas, entre otras, de los instrumentos regionales que reconocen los derechos humanos laborales. Estas cláusulas son denominadas “cláusulas puente”, porque integran los sistemas jurídicos nacionales con los supranacionales, a través de la recepción de las normas internacionales sobre derechos humanos como fuentes formales, y mediante modificaciones del principio de supremacía constitucional<sup>6</sup>.

La recepción constitucional de normas internacionales en el ámbito interno se da en forma expresa, atribuyéndose a ellas un rango supralegal, como por ejemplo acontece en Perú (Art. 5) y Paraguay (Art. 137), u otorgándoseles la misma jerarquía que

---

<sup>6</sup> AMAYA, J.A., *El debate sobre la última palabra. Reflexiones sobre los controles de constitucionalidad y convencionalidad*, LEX - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Vol. 16 Número 21, 2018, p. 100.

la propia Constitución, como es el caso de Argentina en relación con los tratados de derechos humanos (Art. 75, inciso 22), e inclusive ubicándolos en un rango prevalente a la Constitución o supraconstitucional, tal cual sucede con Bolivia (Art. 256). También se establecen disposiciones constitucionales que en forma implícita reciben el derecho internacional a través de cláusulas de protección de derechos y garantías no enunciados, lo que se observa, por ejemplo, en Paraguay (Art. 45) o Uruguay (Art. 72)<sup>7</sup>.

## **2. Instrumentos de protección internacional de los derechos laborales en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos**

A mitad del siglo XX, tras el fin del devastador segundo conflicto bélico mundial, y ante la gravedad y magnitud de los sucesos ocurridos, que evidenciaron el peligro que puede representar el abuso del poder para los derechos y la dignidad de las personas, la conciencia de la comunidad internacional acerca de la necesidad de la protección supraestatal de los derechos humanos fundamentales propició la creación de los conocidos sistemas de protección universal y regionales de derechos humanos existentes hoy día.

Entre ellos se encuentra el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos –al que en este trabajo se alude también por sus siglas, SIDH– que es el sistema de protección regional de derechos humanos en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), y tiene como base instrumentos internacionales de reconocimiento y protección con diversos efectos y alcances (Tratados, Convenciones, Declaraciones) adoptados por los Estados Americanos partes del mismo, los que al integrar el sistema asumen, a su vez, diversas obligaciones internacionales con miras a la protección y promoción de los derechos humanos en el ámbito interamericano.

---

<sup>7</sup> Para mayor abundamiento, ver en AYALA CORAO, C., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, en MÉNDEZ SILVA, R. (Coordinador), *Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002, pp. 37-90.



Los órganos del SIDH encargados de velar por el cumplimiento y observancia de dichos instrumentos internacionales son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

La Comisión Interamericana es un órgano que tiene funciones de tenor político y cuasi jurisdiccional, en tanto se encarga de la promoción del cumplimiento y de la protección de los derechos humanos en la región, mediante visitas *in loco* y la elaboración de informes sobre su situación en los respectivos países; asimismo, se encargan de la recepción de denuncias sobre violaciones de derechos humanos formuladas en forma individual, por particulares u organizaciones, respecto de las cuales le compete el análisis de cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos en la Convención.

La Corte IDH, por su parte, se constituye en un tribunal internacional de carácter regional, cuya función es interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), así como los demás instrumentos internacionales que conforman el SIDH; su función es jurisdiccional y la cumple a través de las sentencias que pronuncia en el juzgamiento de los casos contenciosos sometidos a su conocimiento por los Estados o la Comisión Interamericana, en los que determina si un Estado incurrió o no en responsabilidad internacional por violación de derechos protegidos en la Convención Americana u otros instrumentos de derechos humanos aplicables al SIDH. Asimismo, tiene la facultad de pronunciarse por vía de opiniones consultivas sobre la interpretación de la CADH y otros instrumentos, y puede otorgar medidas provisionales, además de supervisar el cumplimiento de sus sentencias.

Hechas las precedentes consideraciones, a continuación se reseña el cúmulo de instrumentos internacionales que forman parte del SIDH, desde la perspectiva de los derechos laborales reconocidos en los mismos.

### **2.1 Carta Internacional Americana de Garantías Sociales**

Fue aprobada en 1948, en la Novena Conferencia Internacional de Bogotá, y es conocida también como la **Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador**, pues regula en forma exhaustiva y específica los derechos laborales, lo que deja patente la especial relevancia que para los Estados Americanos tuvo, desde los tiempos fundacionales de la integración regional, el reconocimiento y la protección internacional de tales derechos, como derechos humanos fundamentales de la persona.

Por lo dicho, es un instrumento de gran trascendencia para los derechos humanos en general y, especialmente, para los derechos laborales, que tiene el mérito de haber sido precursor en la proclamación de derechos laborales en un instrumento internacional de carácter regional. Sobre el punto, se ha señalado que la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales “por su riqueza constituyó un auténtico código internacional del trabajo”<sup>8</sup> y que “a pesar de no mostrar la proyección más potente de otros instrumentos regionales, significa una plataforma de acción de notable consistencia”<sup>9</sup>.

La Carta consta de 39 artículos, en el primero de los cuales se establece que su objeto es “declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el mínimo de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables”.

Las siguientes disposiciones de la Carta regulan cuestiones fundamentales atinentes a la relación de trabajo, y a los derechos y obligaciones que para los trabajadores y trabajadoras emergen de la misma, así como para los empleadores y el Estado. Están incluidos, entre otros, el trabajo como función social y no como artículo de comercio, la igualdad de salario, el salario mínimo e inembargable, la irrenunciabilidad de derechos laborales, la estabilidad en el empleo, la igualdad de derechos para nacionales y extranjeros, la negociación colectiva, la duración máxima de la jornada laboral, descansos semanales remunerados, vacaciones, trabajo de menores y de mujeres, contrato de aprendizaje, contrato doméstico, trabajo a domicilio, empleados públicos, derecho de huelga, seguridad social, trabajo rural.

La Carta regula varias obligaciones de los Estados a fin de concretizar y hacer efectivos los derechos mencionados, proporcionando pautas para la creación de direcciones de inspección del trabajo, una jurisdicción especializada del fuero laboral e, igualmente, recomendando la utilización de vías de solución pacíficas de los conflictos derivados de las relaciones colectivas de trabajo.

---

<sup>8</sup> ARESE, C., *Los derechos humanos laborales en las Constituciones Latinoamericanas (El centenario de la Constitución de Querétaro)*, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Número 25, 2017, p. 188.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 189.



## **2.2 Carta de la OEA**

El acta de nacimiento de la Organización de Estados Americanos contiene una enunciación de derechos laborales, lo cual reafirma el consenso de los Estados miembros en otorgar un reconocimiento expreso a aquellos, asumiendo un compromiso con miras a su efectiva vigencia, ya desde la génesis de la organización. Fue modificada por cuatro Protocolos de Reformas, y cobra especial relevancia, para lo que aquí concierne, la actualización realizada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito el 27 de febrero de 1967, que agregó el capítulo VII sobre “desarrollo integral” a la Carta de la OEA.

En el Art. 45, incisos a), b) y c) de dicho capítulo se establecieron varios derechos laborales, a saber: el trabajo como derecho y deber social, en condiciones dignas y justas, con una adecuada retribución económica, la previsión y seguridad social, la libertad de asociación de trabajadores y empleadores para la defensa y promoción de sus intereses, la negociación colectiva y huelga, entre otros.

## **2.3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**

Se trata de un documento emblemático en el plexo de instrumentos americanos sobre derechos humanos, y de trascendencia universal, surgido en el auge de la positivización internacional de los derechos humanos. También fue adoptada por la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948, y precedió, por algunos meses, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que la reconoce como fuente.

Entre los derechos humanos contemplados en el primer capítulo, se reconocen expresamente los siguientes derechos laborales: Art. XIV, derecho al trabajo en condiciones dignas, a elegir libremente la vocación y a una remuneración justa; Art. XV, derecho al descanso y a poder emplear el tiempo libre en el mejoramiento espiritual, cultural y físico; Art. XVI, derecho a la seguridad social y derecho a la asociación sindical; Arts. XXI y XXII, derecho de reunión y de asociación.

## **2.4 Convención Americana sobre los Derechos Humanos**

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (por sus siglas, CADH), es un tratado regional adoptado en 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica, por lo

que se lo denomina también Pacto de San José de Costa Rica. Entró en vigor en 1978, luego de haber alcanzado la cantidad de ratificaciones pertinentes.

Este instrumento reafirma las garantías y principios que fueron consagrados por los emblemáticos instrumentos universales y regionales que le preceden, en los cuales se inspira. Así, consagra una visión de integralidad e interdependencia de los derechos humanos<sup>10</sup>, de gran trascendencia en el marco de la evolución de la protección de aquellos en el ámbito interamericano; dichas características esenciales que informan a los mismos, como ya se apuntó, fueron concebidas desde los orígenes de la protección internacional, mas la justiciabilidad de los derechos sociales ha experimentado óbices relacionados con la artificiosa dicotomía que se estableció entre ellos, y los derechos civiles y políticos, en una estructura de “generaciones” de derechos que provocó la relegación de los derechos sociales a un plano inferior, y concedió preponderancia y “carta de ciudadanía”, como derechos, únicamente a los derechos civiles y políticos. En contrapartida, los derechos sociales eran catalogados, según expresa el Prof. MEZZETTI, citando a GUASTINI, como meros “derechos de papel”<sup>11</sup>, en el entendimiento de que los derechos civiles y políticos son derechos de libertad, de carácter negativo, esto es, que implican un deber de abstención del Estado frente al individuo, mientras que los derechos sociales, son derechos de igualdad, que dependen de una prestación o actividad estatal, y se hallan condicionados por diversos factores y recursos. Así, se consideró que los derechos sociales carecen de la exigibilidad de la que gozan los derechos civiles y políticos.

Concretamente, en cuanto a los derechos humanos en materia laboral, conviene puntualizar que algunos de ellos implican principalmente un deber de abstención del Estado de obstaculizar su pleno ejercicio —lo que sería el caso de la libertad sindical y el derecho de huelga— aunque ello no excluye otras obligaciones estatales de prestación o positivas, a fin del garantizar goce de dichos derechos, como por ejemplo la creación y funcionamiento de una autoridad administrativa del trabajo

---

<sup>10</sup> Sobre el punto, en el Preámbulo de la CADH se expresa que “*sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos [...]*”.

<sup>11</sup> MEZZETTI, L., El legado de la Constitución de 1917: Los derechos sociales fundamentales en la Constitución italiana de 1948, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Número 26, 2016, pp. 379 ss.



que sea competente en el trámite de reconocimiento de sindicatos, o de órganos jurisdiccionales especializados en conocer y decidir sobre conflictos relacionados con la violación de la libertad sindical. Ello hace patente la interdependencia que existe entre todos los derechos humanos, que no son ni pueden ser tratados como compartimentos estancos.

Se aprecia en el articulado de la Convención un amplio y nutrido elenco de derechos civiles y políticos, en contraste con la escasa alusión a los derechos sociales, y concretamente a los derechos laborales, los cuales están comprendidos en su Art. 26. No obstante, entre los derechos civiles y políticos se hallan también incluidos algunos derechos categorizables como laborales. Así, en su Art. 6 establece la prohibición de la esclavitud o servidumbre y del trabajo forzoso, mientras que en el Art. 16 se plasma el derecho de asociación con fines laborales.

En su artículo 26, cuyo acápite reza “Desarrollo progresivo” se expresa que: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Los Estados signatarios asumen, en virtud de la CADH, obligaciones internacionales de carácter general, en cuanto se comprometen a respetar y garantizar todos los derechos y libertades que la Convención reconoce sin discriminación de ningún tipo (Art. 1.1). Por otro lado, deben adoptar las disposiciones de derecho interno que tornen compatibles sus ordenamientos domésticos con la Convención (Art. 2) y, asimismo, arbitrar recursos judiciales efectivos, para asegurar su tutela (Art. 25).

Las directrices de hermenéutica de las disposiciones de la Convención (Art. 29) permiten una protección amplia y extensiva de los derechos humanos fundamentales, al vedar la posibilidad de que por vía interpretativa pueda suprimirse el goce de derechos y libertades reconocidos en la misma, en las leyes de los Estados Partes o en otras Convenciones en las que éstos sean parte.

## **2.5 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Protocolo de San Salvador.**

Fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 y entró en vigor más de diez años después, al haber superado las ratificaciones necesarias para ello.

Surgió ante la necesidad de contar con un instrumento complementario a la Convención Americana en materia de derechos sociales, finalidad que se expresa acabadamente en su preámbulo, en el sentido de que el Protocolo surge para reafirmar, desarrollar, perfeccionar y proteger los derechos humanos de las personas, y consolidar el régimen democrático en el continente. Asimismo, en el exordio del Protocolo Adicional se ratifica y se alude aún con más especificidad a la integridad e interdependencia de los derechos humanos<sup>12</sup>.

Entre los derechos individuales del trabajo se consagra el derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y realizado en condiciones equitativas, que permita una vida digna (Art. 6); el derecho a seguir la vocación, a la estabilidad en el empleo y al ascenso o promoción profesional, a la limitación de las jornadas, así como a la higiene y seguridad en el trabajo (Art. 7).

Los derechos colectivos del trabajo también son objeto de reconocimiento en el Protocolo, que obliga a los Estados a garantizar el derecho de los trabajadores a formar sindicatos y a asociarse a los mismos para promover y proteger sus intereses, así como la correspectiva libertad de no ser parte de los mismos, y también el derecho de huelga (Art. 8).

La seguridad social se consagra como derecho de toda persona para su protección frente a las contingencias de la vejez o de la discapacidad, que limiten la posibilidad

---

<sup>12</sup> El Preámbulo del Protocolo de San Salvador expresa esta nota esencial de los derechos humanos de manera aún más clara que el exordio de la CADH. En el párrafo pertinente se manifiesta que el Protocolo considera “la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un **todo indisoluble** que encuentran su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros [...]”. Las negritas son nuestras.



de llevar una vida digna (Art. 9); debe incluir cobertura médica, y subsidio o jubilación por accidentes o enfermedades profesionales, así como la licencia pagada por maternidad.

El Art. 19 del Protocolo Adicional establece como “medios de protección” de los derechos reconocidos en él la obligación de los Estados de presentar informes a la Asamblea General de la OEA, según el trámite allí regulado, respecto de las medidas progresivas que se hayan adoptado. También se faculta a los organismos especializados del SIDH a presentar informes relativos al cumplimiento del Protocolo; el punto 6 del mencionado Art. 19 establece que la violación estatal del derecho a organizarse en sindicatos y afiliarse a los mismos, así como del derecho a la educación, puede dar lugar a la aplicación del sistema de peticiones individuales establecido en la CADH<sup>13</sup>.

## **2.6 Carta Social de las Américas**

Este documento fue adoptado por la Asamblea General de la OEA, en el año 2012, en Cochabamba, Bolivia, durante la XLII Asamblea, realizada en dicha ciudad. En su artículo 8 establece, como elementos para alcanzar el desarrollo económico con equidad, la promoción del trabajo decente, del diálogo social, y la reducción del desempleo y del trabajo informal, así como el respeto de los derechos laborales y la mejora de las condiciones de trabajo. Por otro lado, promueve el respeto por la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, para el progreso económico y social.

## **2.7 Otros instrumentos internacionales que reconocen derechos laborales**

Se trata de convenciones y otros instrumentos regionales y del sistema de protección universal de los derechos humanos, que en algunos casos no tienen por objeto principal el tratamiento específico de derechos laborales, pero se refieren a los mismos en relación con el grupo específico de personas que se encuentran en el ámbito de

---

<sup>13</sup> El Art. 19.6 del Protocolo de San Salvador expresa que: “En el caso de los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

su protección. Estos instrumentos son invocados en diversas sentencias de la Corte IDH, que también sustenta sus fallos en los mismos, al formar parte de lo que en la jurisprudencia interamericana se denomina *corpus iuris* internacional.

**2.7.1 Convención Internacional para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer: Convención de Belem do Pará.** Tiene por objeto la protección integral de las mujeres contra la violencia, acontecida tanto en el ámbito público como en el privado, y una de sus formas de manifestación, según el Art. 2 b) de dicha Convención, es el acoso sexual en el trabajo. Por su parte, en su Art. 4 reconoce el derecho de todas las mujeres al disfrute pleno de todos los derechos humanos sin discriminación, enumerando algunos de ellos, entre los cuales se menciona la libertad de asociación.

**2.7.2 Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.** Se trata de otro emblemático instrumento regional, cuyo objetivo obliga a los Estados signatarios a la adopción de medidas para prevenir y erradicar la discriminación de las personas con discapacidad. Entre ellas se cuentan medidas estatales que deben ser adoptadas por los Estados para lograr el acceso y la plena integración de dichas personas en el ámbito laboral.

**2.7.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** Este Pacto, en su Art. 6, consagra el derecho de toda persona a trabajar y ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido, estableciendo además obligaciones estatales expresas para garantizar este derecho, como la orientación y formación profesional. El Pacto ha sido interpretado por la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 2005.

**2.7.4 Convenios y Recomendaciones de la OIT.** La Corte IDH ha sustentado muchas de sus sentencias en las normas internacionales del trabajo emanadas de este organismo universal especializado, en orden a establecer el contenido y alcance de los derechos laborales, empleándolas como fuente jurídica internacional; a ello se suma que dichos Convenios han sido masivamente ratificados en los países que aceptan la competencia contenciosa del Tribunal Interamericano. Entre los principales Convenios de la OIT invocados en la jurisprudencia interamericana se encuentran los Convenios fundamentales sobre libertad sindical y negociación colectiva, la



abolición del trabajo forzoso, edad mínima, peores formas de trabajo infantil, igualdad de remuneración, trabajo decente y discriminación<sup>14</sup>.

### 3. Evolución de la Jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos laborales

Con el propósito de describir el panorama de la jurisprudencia interamericana relativa a los derechos laborales, se han escogido varias sentencias pronunciadas en casos que involucraron la violación de estos derechos. Las mismas están reseñadas en forma cronológica, desde los primeros pronunciamientos en los que cupo al Tribunal Interamericano tratar violaciones de derechos laborales, hasta los más recientes.

Hasta ahora, la Corte IDH se ha expedido sobre una cantidad no tan considerable de casos de violaciones concretas de derechos laborales; si se considera el inicio de su funcionamiento el tribunal interamericano, el primero de ellos fue objeto de tratamiento ya en una etapa tardía, pues data del año 2001. A propósito, Carballo Mena sostiene que la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los DESCAs, y específicamente sobre los derechos laborales, transita por tres etapas; la primera, que el autor denomina de “inexploración”, comprendida entre los años 1979-2001, la segunda, de “reconocimiento indirecto”, que sitúa entre 2001-2017, y la actual de “reconocimiento directo”, desde 2017 en adelante<sup>15</sup>.

De la revisión que se realizará a continuación se puede apreciar una favorable maduración de la postura de la Corte para visibilizar, delinear y proteger los derechos humanos laborales, partiendo de una inicial tutela indirecta de los mismos, anclada aún a los derechos civiles y políticos, hasta arribar a un nuevo paradigma jurídico en la materia de justiciabilidad directa de los derechos laborales, postura que ya venía sugerida en el decurso de los pronunciamientos, a través de votos particulares anteriores de jueces que integraron en distintas épocas la Corte IDH; tales antecedentes

---

<sup>14</sup> Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; Convenio N° 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; Convenio N° 29 sobre el trabajo forzoso; Convenio N° 105 sobre la abolición del trabajo forzoso; Convenio N° 138 sobre la edad mínima; Convenio N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil; Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneración y Convenio N° 111 sobre discriminación.

<sup>15</sup> CARBALLO MENA, C., *Derechos Laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2021, p. 138.

fueron marcando el derrotero hasta llegar al reconocimiento, por parte de la mayoría de los jueces que actualmente integran la Corte Interamericana, sobre de la justiciabilidad directa de los derechos sociales; ello acaeció mediante un fallo trascendental y emblemático que, además, versó sobre derechos laborales, el caso **Lagos del Campo vs. Perú**, al que siguieron otros en los que la Corte Interamericana fue robusteciendo sus argumentos en favor de la postura actual de justiciabilidad de estos derechos; los fallos propiciaron, sobre todo, el establecimiento de nuevos estándares de protección del derecho al trabajo y todas sus derivaciones.

De acuerdo con lo mencionado, se divide esta revisión de la jurisprudencia interamericana en dos etapas, la fase inicial, de reconocimiento indirecto de los derechos laborales, y la fase actual, inaugurada con el caso *Lagos del Campo vs. Perú*, que sienta un nuevo paradigma en materia de justiciabilidad directa de derechos laborales.

### **3.1 Fase inicial: protección indirecta o por conexidad de los derechos laborales, mediante vinculación con derechos civiles y políticos**

#### **3.1.1 Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá<sup>16</sup>**

La sentencia data del 2 de febrero de 2001, y el caso tuvo como telón de fondo el despido masivo de más de doscientos trabajadores estatales, varios de los cuales eran por entonces dirigentes sindicales; el despido se debió a ceses colectivos y abruptos de labores con supuestos fines insurreccionales, ante una marcha organizada por la Coordinadora de Sindicatos de Empresas Estatales de Panamá. A los trabajadores se les aplicó una ley retroactiva, dictada semanas después de los sucesos que motivaron el despido, en violación también de los derechos a la estabilidad laboral y la garantía del fuero sindical.

En este caso la Corte IDH hace un reconocimiento indirecto a los derechos laborales, pues concluye que se vulneró el derecho de asociación sindical, derecho colectivo del trabajo, que, según vimos, fue reconocido directa y expresamente en diversos instrumentos del Sistema Interamericano desde sus inicios; no obstante lo cual, la Corte subsume esta violación estatal del derecho sindical en disposiciones de la

---

<sup>16</sup> Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C, N° 72.



CADH inmersas en el catálogo de derechos civiles y políticos, concretamente en el Art. 16 de la CADH, que consagra la libertad de asociación.

La Corte CIDH refirió, en apoyo de su decisión, lo resuelto por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, así como sus Convenios N° 87 y N° 98, sobre Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación, y el relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, respectivamente.

Con todo, este caso es muy significativo en materia de protección de derechos laborales en el ámbito del SIDH, dado que es la primera sentencia en la que la Corte IDH se pronuncia como cuestión principal sobre un tema de índole laboral, reconociendo expresamente el hecho de la conculcación de la libertad sindical de las víctimas en el contexto laboral, y apuntala en los propios instrumentos del SIDH el concepto de este derecho colectivo, así como en las disposiciones emanadas del organismo especializado de protección universal del derecho al trabajo (OIT); tal circunstancia habría sido una oportunidad propicia para que la Corte IDH incuralara en las disposiciones específicas de los Arts. 26 CADH y 45 de la Carta de la OEA la vulneración denunciada; mas ello, como se tiene dicho, no ocurrió, puesto que si bien el fallo hizo referencia al Protocolo de San Salvador, no resolvió específicamente acerca de la responsabilidad del Estado con respecto de los derechos laborales consagrados en estas últimas disposiciones.

### 3.1.2 Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú<sup>17</sup>

Es el primer caso en el que la Corte IDH se expide acerca de la seguridad social, ante la conculcación de derechos previsionales, debida a la reducción arbitraria del monto de las pensiones jubilatorias de las cinco víctimas, quienes durante su periodo de actividad se desempeñaron como funcionarios públicos del Perú.

Los mismos percibían sus pensiones conforme con la legislación vigente en esa época; los montos de tales haberes fueron reducidos como consecuencia de un recálculo, hecho con base en parámetros diferentes y dispuestos en normativa posterior. Ante esta situación, las víctimas recurrieron a los tribunales internos, en todas las instancias, los que dictaron sendas resoluciones judiciales favorables a éstos, en el sentido de que les debía ser aplicada la ley vigente al momento en que se

---

<sup>17</sup> Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, N° 98.

acogieron al beneficio de sus respectivas pensiones, y debía abonárseles las diferencias correspondientes. Sin embargo, estos pronunciamientos judiciales fueron incumplidos por el Estado Peruano.

En cuanto a la conculcación del Art. 21 de la CADH, referente a la propiedad privada, la Corte interpretó, a la luz de la normativa constitucional peruana y en cotejo con lo dispuesto en el Art. 29 inciso b) de la CADH, que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos, que el beneficio de las pensiones es un derecho adquirido de las víctimas desde que se retiraron de sus cargos públicos y se acogieron a la jubilación, y que las mismas habían adquirido un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del régimen jubilatorio vigente en ese momento.

Ahora bien, en cuanto a las alegaciones de la Comisión Interamericana y de los intervinientes en relación a la vulneración del Art. 26 de la CADH, si bien la Corte afirmó su competencia para entender en casos de conculcación de esta disposición, ha obviado tratar el fondo de la violación del Art. 26, basándose, entre otros argumentos, en la falta de generalidad en la afectación de los derechos.

En un interesante voto razonado de uno de sus entonces miembros, el Juez Roux Rengifo, disiente con la postura mayoritaria de la Corte IDH; para este magistrado el sometimiento exclusivo al test del artículo 26 de la CADH, de las actuaciones estatales que afectan a la generalidad de la población, no tendría asidero en la Convención, pues a diferencia de la Comisión Interamericana la Corte IDH no puede realizar un trabajo de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, sino solamente actuar frente a casos de violación de los mismos, sin que para ello la CADH le imponga como requisito un número determinado de víctimas.

### **3.1.3 Caso Huilca Tecse vs. Perú<sup>18</sup>**

El presente caso guarda relación con el asesinato de la víctima, supuestamente cometido por un escuadrón vinculado al ejército del Estado demandado. El fallecido, Pedro Huilca Tecse, fue un líder sindical que al momento de su ejecución era el Secretario General de la Confederación General de Trabajadores del Perú.

---

<sup>18</sup> Corte IDH. Caso Huilca Tecse Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de marzo de 2005. Serie C, N° 121.



El Estado Peruano se allanó a la demanda y a través de la sentencia se determinó su responsabilidad internacional por la ejecución extrajudicial de la víctima, motivada por el hecho de que era un líder sindical crítico y opositor de las políticas del gobierno. Así, para la Corte IDH el Estado violó no sólo el Art. 4.1 de la CADH (derecho a la vida), sino el Art. 1.1 de la Convención, en cuanto a su obligación de respetar los derechos, tanto como el Art. 16 (libertad de asociación).

En cuanto atañe al derecho laboral colectivo involucrado, esto es, la libertad sindical, la Corte realizó una enjundiosa fundamentación de su conculcación, refiriendo que, en el caso no solo existió una afectación **individual** de este derecho, sino también en su dimensión **colectiva**, según lo expresado en el párrafo 69 que, en lo pertinente, dice: “La ejecución de un líder sindical, en un contexto como el del presente caso, no restringe solo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de determinado grupo a asociarse libremente, sin miedo o temor, de donde resulta que el derecho protegido por el Art. 16 tiene un alcance y un carácter especial [...]”<sup>19</sup>.

La sentencia se sustenta también en la invocación de lo expuesto con relación a la libertad de asociación sindical en otro precedente, la sentencia del ya referido caso **Baena Ricardo y otros**. Se traen a colación, además, el Protocolo de San Salvador y el Convenio N° 87 de la OIT relativo a la libertad sindical, ratificado por el Estado demandado. Se abona también el fallo con base en lo señalado por la Corte Europea de Derechos Humanos, con respecto de que el ejercicio efectivo de la libertad de asociación no implica una mera obligación estatal de no interferir en su ejercicio, sino también la adopción de medidas positivas, si el caso lo amerita.

En definitiva, es trascendente el aporte de esta sentencia en la determinación del alcance individual y colectivo del ejercicio de la libertad de asociación sindical, en la que se pone el acento en que su ejercicio debe ser libre de temor a la violencia.

### 3.1.4 Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú<sup>20</sup>

La cuestión sometida a la Corte IDH en este caso derivó de violaciones a derechos humanos de trabajadores de la Municipalidad de Lima, desvinculados

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, párr. 69.

<sup>20</sup> Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de febrero de 2006. Serie C N° 144.

injustificadamente, quienes, tras haber obtenido fallos favorables de amparo en el ámbito judicial interno, fueron afectados en sus derechos laborales amparados por resoluciones judiciales que ordenaron el reintegro a sus puestos de trabajo, ya que estos no fueron cumplidos.

En la decisión adoptada por la Corte se aprecia que ésta se mantiene no proclive a la justiciabilidad directa del Art. 26 de la CADH, pese a la alegación expresa de los intervinientes, de haberse vulnerado esta disposición convencional. Se decide omitir el pronunciamiento al respecto, con base en el argumento de que la afectación de los derechos laborales por el incumplimiento de las sentencias de reintegro es tenida en cuenta, en el caso, en el capítulo de reparaciones.

### 3.1.5 Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú<sup>21</sup>

Los hechos que motivaron este caso guardan relación con el despido injustificado de más de mil funcionarios del Congreso del Perú, tras la disolución del mismo resuelta en 1992 por el entonces Presidente del Perú, Alberto Fujimori.

Aun cuando la Corte acotó someramente que las violaciones de derechos humanos acaecidas tuvieron consecuencias perjudiciales en los derechos laborales de las presuntas víctimas, como acontece en cualquier cese de la relación de trabajo, con respecto al ejercicio y goce “otros derechos propios de una relación laboral” entendió, conteste con lo sostenido en el caso **Acevedo Jaramillo y otros**, que ello debe ser considerado en lo que hace a las reparaciones dispuestas en el caso.

De esta manera, la Corte se mantuvo en su postura de justiciabilidad indirecta o por conexidad de los derechos laborales involucrados en el caso, esquivando un posible pronunciamiento sobre la violación concreta y directa del Art. 26 de la CADH.

La Corte estableció la responsabilidad internacional del Estado Peruano por la violación de los Arts. 8 y 25 de la CADH, en relación con las obligaciones generales de los Arts. 1.1 y 2 de la misma, ante la situación de incertidumbre de las víctimas respecto de la vía de reclamo de los derechos conculcados, y por los obstáculos de orden práctico y normativo para el acceso efectivo a la justicia.

---

<sup>21</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.



Con todo, en el voto razonado de uno de sus entonces integrantes, el juez CAÑADO TRINDADE, se observa una interesante posición sobre el punto, que en retrospectiva puede considerarse como un avance en el largo trayecto que aún quedaba por recorrer a la jurisprudencia interamericana hasta llegar al reconocimiento expreso de la justiciabilidad directa de los DESCA y, concretamente, de los derechos laborales. El mencionado magistrado expresó en su voto razonado que: “[...] todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son pronta e inmediatamente exigibles y justiciables, una vez que la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos se afirman en los planos no sólo doctrinal sino también operativo, o sea, tanto en la doctrina como en la hermenéutica y la aplicación de los derechos humanos”<sup>22</sup>.

Por otro lado, es destacable también el otro voto razonado del caso, emitido por el conjuer GARCÍA RAMÍREZ, en el que se puntualizaron ciertos aspectos acerca del – en ese momento– recientemente debutado control de convencionalidad, cuya primera mención había sido realizada por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*<sup>23</sup>; en el voto se señaló que los jueces y tribunales internos de los Estados parte, además de la obligación de aplicar la propia normativa doméstica de sus respectivos ordenamientos jurídicos, se encuentran también sometidos a las disposiciones consagradas en la CADH y las interpretaciones que haya hecho la Corte IDH de dichas disposiciones<sup>24</sup>. Agregó que los órganos del Poder Judicial, además del control de constitucionalidad, están obligados a realizar el control de convencionalidad, inclusive en forma oficiosa, a los efectos de preservar la coherencia entre los compromisos internacionales asumidos por el Estado y los actos internos de éste.

---

<sup>22</sup> Voto razonado del juez Cañado Trindade, párr. 7.

<sup>23</sup> Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de setiembre de 2006. Serie C, N° 154.

<sup>24</sup> AMAYA, J.A., *El diálogo interjurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales*, en MEZZETTI, L. Y ARCARO CONCI, L. (Coordinadores), *Diálogo entre Cortes, a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, *Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal*, 2015, p. 75.

### 3.1.6 Caso Cantoral Huamaní y García Santacruz vs. Perú<sup>25</sup>

Se trata de otro caso en el que las víctimas fueron líderes sindicales asesinados como represalia estatal contra las protestas llevadas a cabo por la dirigencia de los trabajadores mineros. Es también interesante el aporte a la protección de la libertad sindical en este caso, tanto en la esfera individual como colectiva; la Corte se reafirma en que no solamente se transgredió el derecho de las víctimas, sino que el amedrentamiento y ejecución de las mismas irradió sus efectos negativos a los demás trabajadores sindicalizados, al instalar, con la amenaza así generada, el miedo al ejercicio de este derecho.

### 3.1.7 Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú<sup>26</sup>

Mediante este caso, la Corte Interamericana aborda nuevamente derechos previsionales, concretamente, el derecho de nivelación de pensiones jubilatorias de las víctimas, quienes eran cesantes y jubilados de la Contraloría General de la República del Perú y venían percibiendo la pensión respectiva con una nivelación según el monto percibido por los funcionarios activos que cumplían funciones análogas a las desempeñadas por los mismos al momento de su jubilación. Esta nivelación fue dejada sin efecto por una disposición normativa que trajo como consecuencia el recorte de una parte del monto de pensión percibido por aquellos, por lo que tuvieron que recurrir a los órganos jurisdiccionales pertinentes, quienes en definitiva se pronunciaron favorablemente a su pretensión. Sin embargo, estas resoluciones judiciales no fueron cumplidas por el Estado demandado.

Hay que decir que, si bien en este caso tampoco se determinó la violación directa de los derechos previsionales involucrados a la luz del Art. 26 de la CADH, mediante el fallo que nos ocupa la Corte dio pasos importantes camino a la idea de justiciabilidad directa de los mismos. En ese aspecto, un interesante argumento expuesto por la Corte se relaciona con la ubicación sistemática del Art. 26 en el cuerpo de la CADH. Así, indicó que se encuentra en el Capítulo III, titulado “Derechos Económicos,

---

<sup>25</sup> Corte IDH. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de julio de 2007. Serie C, N° 167.

<sup>26</sup> Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de julio de 2009. Serie C, N° 198.



Sociales y Culturales”, que se sitúa en la parte I de la Convención, titulada “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos”; de ello colige la Corte que las obligaciones generales de los Estados signatarios, emanadas de los Arts. 1.1 y 2 de la CADH, deben ser observadas también con relación a los DESCA.

A ello se suma la reafirmación esencial en cuanto a la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los DESCA, los que, subraya la Corte IDH, deben ser entendidos integralmente, sin jerarquías entre sí y exigibles en todos los casos ante las autoridades competentes.

### 3.1.8 Caso Canales Huapaya y otros vs. Perú<sup>27</sup>

La cuestión laboral implicada en este caso versa sobre el despido de trabajadores del Congreso de la República del Perú, cuyos extremos fácticos se encuentran en conexión con lo resuelto en el ya analizado asunto **Trabajadores Cesados del Congreso**, al cual se remite en gran parte el fallo emitido por la Corte IDH en el caso que ahora nos ocupa; finalmente la Corte IDH no se pronunció sobre la violación directa de derechos humanos laborales.

Cabe resaltar la impecable y amplia argumentación expuesta en el voto conjunto concurrente de los jueces CALDAS y FERRER MC-GREGOR, quienes expresan su discrepancia con respecto de la no inclusión, en el análisis del caso, de la violación del derecho al trabajo a la luz del Art. 26 de la Convención Americana.

Con respecto al Art. 26 de la CADH, refieren que, si bien no fue invocado ni por la Comisión ni por los intervinientes comunes, la Corte pudo haber analizado su eventual conculcación a la luz del principio *iura novit curiae*, ya aplicado en fallos anteriores del Tribunal Interamericano. En ese entendimiento, los jueces disidentes opinan que el caso bajo análisis fue una oportunidad para que la Corte esgrima argumentos que posibiliten la evolución de su jurisprudencia hacia la justiciabilidad directa de los DESCA, mediante una dilucidación y esclarecimiento de las obligaciones de los Estados miembros a la luz de la CADH, con miras hacia la consolidación del reconocimiento y la eficacia de aquellos.

---

<sup>27</sup> Corte IDH. Caso Canales Huapaya otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C N° 296.

Dicen los conjueces disidentes que las directrices interpretativas del Art. 29 de la Convención Americana, a la luz del principio *pro persona*, deben guiar la determinación de los derechos comprendidos en el Art. 26 de la Convención, y recuerdan además que la Corte ya venía sosteniendo, desde casos anteriores, la interdependencia de los derechos económicos, sociales y culturales, con respecto de los derechos civiles y políticos.

Sostienen en su voto, en resumidas cuentas, que el deber del intérprete es actualizar el sentido del instrumento normativo internacional, mediante una interpretación sistemática, evolutiva, teleológica y no restringir el alcance de los derechos, y que, ante las diversas interpretaciones posibles, debe prevalecer la más favorable al ejercicio de los derechos, tanto en sus aspectos sustantivos, como en los procesales (posibilidad de ser justiciables). En definitiva, entienden que el derecho al trabajo es directamente justiciable, a la luz de una interpretación evolutiva de los derechos consagrados en el Art. 26 de la CADH, y consideran también los desarrollos de las Constituciones y las prácticas judiciales internas de los países de la región, así como diversos instrumentos internacionales del SIDH y otras fuentes jurídicas internacionales que permiten determinar el alcance y contenido de los derechos laborales.

### 3.1.9 Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil <sup>28</sup>

En la sentencia pronunciada en este caso, la Corte IDH se ocupó por primera vez del trabajo esclavo, estableciendo la responsabilidad internacional del Brasil en razón de haberse demostrado que las víctimas, más de ochenta trabajadores de una Hacienda denominada “Brasil Verde”, estuvieron sometidas a trabajos forzosos, servidumbre por deudas y trata de personas, en violación del Art. 6.1 (prohibición de esclavitud o servidumbre) en relación con los Arts. 1.1, 3, 5, 7, 11, 19 y 22 de la CADH. En el fallo se expresa que los trabajadores se encontraban en una situación de discriminación estructural histórica en razón de la pobreza, en los términos del Art. 1.1 de la CADH, y que fueron reclutados para la hacienda con engaños, tras lo cual quedaron bajo las órdenes, amenazas y vigilancia armada, en degradantes condiciones de existencia. Se estableció que el Estado demandado permitió esta

---

<sup>28</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Serie C, N° 318.



situación, sin haber demostrado que adoptó medidas para prevenirla, en relación con los trabajadores.

El Tribunal Interamericano recurrió tanto a instrumentos propios del SIDH, como también a fallos de otros tribunales internacionales y otras fuentes jurídicas que conforman el *corpus iuris* internacional en materia de derechos humanos, como la Convención sobre la esclavitud de 1926 y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud de 1956, para determinar el alcance actual del derecho fundamental de toda persona a no ser sometida a esclavitud, servidumbre, trata de personas y trabajo forzoso, que forma parte del núcleo de derechos que no pueden suspenderse en ningún caso<sup>29</sup>. Así, se reafirma que la prohibición de la esclavitud es una norma imperativa del derecho internacional.

### 3.2. Fase actual: justiciabilidad directa de los derechos laborales

#### 3.2.1 Caso Lagos del Campo vs. Perú<sup>30</sup>

En el curso de este *iter* cronológico por la jurisprudencia interamericana se puede apreciar el tardío tratamiento de los derechos laborales, y que los primeros fallos, en los que cupo a la Corte IDH analizarlos, las sentencias no se ocuparon de resolver acerca de la justiciabilidad directa de aquellos, pese al amplio conjunto de instrumentos internacionales que los reconocen como derechos humanos fundamentales.

Paulatinamente y con voces disidentes de algunos de los jueces del Tribunal Interamericano, se fue instalando la noción de justiciabilidad directa de los DESCAs y concretamente del derecho al trabajo y sus derivaciones, comprendidos entre ellos. Esta maduración de la concepción de la jurisprudencia interamericana sobre el tema llega a plasmarse por primera vez en una sentencia, con el voto mayoritario de los jueces de la Corte IDH, en el emblemático caso **Lagos del Campo vs. Perú**, que involucró específicamente la violación de los derechos laborales a la estabilidad, a la libertad de asociación sindical y la libertad de expresión en contextos laborales, cuyos alcances fueron nutridamente delineados en la sentencia de la Corte, y cuya

---

<sup>29</sup> El artículo 27 de la CADH, sobre suspensión de garantías, en su numeral 2) expresa que: “la disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: [...] 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre)”.

<sup>30</sup> Corte IDH. Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2017. Serie C, N° 340.

mayúscula importancia trasciende la frontera de la protección de los derechos humanos laborales, pues el criterio jurisprudencial adoptado en ella abre las puertas a la justiciabilidad de todos los DESCAs. En ese orden de ideas, la sentencia de marras fue el inicio de un nuevo paradigma regional en la materia.

Este caso tiene como antecedente el despido de un trabajador, Alfredo Lagos del Campo, que a la sazón se desempeñaba, además, como Presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa Ceper-Pirelli. Su desvinculación laboral pretendió ser sustentada por la empleadora en declaraciones brindadas por el trabajador en una entrevista a un medio escrito, en la que denunció que la empresa habría incurrido en chantaje y coerción para propiciar fraude en las elecciones del mencionado Comité Electoral, declaraciones que la empresa reputó de ofensivas e injuriosas. Hecha la demanda por el trabajador ante los órganos jurisdiccionales del Estado demandado, en última instancia se resolvió definitivamente su improcedencia.

En cuanto al derecho de libertad expresión, la Corte estimó que el Estado demandado avaló la restricción injustificada de este derecho del trabajador, a través de una sanción desprovista de toda motivación y confirmada por los tribunales internos.

En la sentencia se profundiza sobre la capital relevancia del ejercicio de este derecho en el contexto laboral, máxime tomando en cuenta que el trabajador se desempeñaba como un representante de los trabajadores y las declaraciones vertidas por el mismo, en el contexto de un proceso electoral y siendo Presidente del Comité Electoral, fueron motivadas en la necesidad de informar sobre una situación que él estimaba irregular y lesiva de los intereses que representaba. Se sostuvo que dichas declaraciones no denotaban ánimo de injuriar, sino que guardaban un interés público y colectivo, que incluía no solo al de los trabajadores representados, sino inclusive al gremial, y que por ello el derecho a la libre expresión debe recibir una protección reforzada.

Otro de los derechos laborales abordados en el caso es el de la estabilidad laboral, con la novedad de que el mismo no fue alegado ante la Corte IDH ni por la Comisión, ni por los intervinientes, sino que el Tribunal Interamericano, invocando el principio *iura novit curiae*, decidió analizar la violación directa del mismo. En ese sentido, la Corte entiende que la protección del derecho al trabajo está contemplada en el Art. 26 de la CADH, interpretándolo en relación con la Carta de la OEA y en



conexión con la Declaración Americana, y considerando las directrices interpretativas generales brindadas en la propia Convención en su Art. 29, además del reconocimiento expreso de los derechos laborales a nivel constitucional y legal en los diversos ordenamientos internos de la región, y por un vasto “*corpus iuris* internacional”. En el caso concreto, tanto la Constitución como la ley laboral del Perú reconocían el derecho a la estabilidad laboral, al momento de los hechos, derecho que, si bien no tiene un carácter absoluto, debe ser objeto de adecuadas garantías para que el empleador justifique adecuadamente las causas del despido, y los trabajadores y trabajadoras cuenten con mecanismos de tutela judicial para recurrir ante los órganos internos pertinentes.

El derecho de asociación en el ámbito laboral fue otro de los derechos vulnerados por el Estado Peruano. Al analizarlo, la Corte, mediante una interpretación sistemática, evolutiva y teleológica del plexo de instrumentos propios del SIDH que lo consagran, así como del *corpus iuris* internacional en la materia, que invoca en sustento de su posición, otorga una protección extensiva al ejercicio de aquel también a asociaciones que, sin tratarse de sindicatos, persigan la defensa de intereses comunes de los trabajadores.

En relación con las reparaciones, se aprecia también un elemento novedoso con respecto al resarcimiento del daño ocasionado por el despido injustificado, en cuanto truncó la posibilidad del trabajador de acceder a la jubilación, por no poder seguir realizando los aportes a tal efecto. Este daño es contemplado en la reparación indemnizatoria ordenada al Estado.

### 3.2.2 Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú<sup>31</sup>

La cuestión tuvo como telón de fondo el despido masivo de trabajadores de empresas del Estado peruano en la década de los noventa, como consecuencia de procesos de racionalización y evaluación de personal.

La Corte reafirma en este caso sus argumentos con relación al nuevo paradigma de justiciabilidad directa de los derechos laborales, determinando la responsabilidad de Estado por la violación de las garantías judiciales, el derecho al trabajo y la protección judicial, en perjuicio de los trabajadores víctimas del caso; arguye que las

---

<sup>31</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2017. Serie C, N° 144.

víctimas, funcionarios estatales cesados masivamente, se encontraban en una situación similar a la de los ya analizados casos **Trabajadores Cesados del Congreso y Canales Huapaya**, por lo que, en lo pertinente, se aplicaron estos precedentes al análisis del caso.

Además de la reafirmación de la competencia de la Corte IDH para conocer y resolver acerca de violaciones del Art. 26 de la CADH, se sostiene en el fallo un interesante lineamiento relacionado con el aspecto procesal del derecho del trabajo, derivado de esta disposición convencional; se determinó que los trabajadores despedidos no contaron con recursos judiciales eficaces para cuestionar la regularidad de sus respectivos ceses, lo cual configuró una violación de dicho Art. 26, y que el derecho al trabajo comprendía también la garantía del acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el privado de las relaciones laborales.

### 3.2.3 Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela<sup>32</sup>

El caso, junto con los dos precedentemente analizados, constituye, según se expresa en el mismo fallo de la Corte, una tríada en la consolidación de la nueva corriente jurisprudencial en torno a la protección de los derechos de las personas en contextos laborales, a partir de la concepción del derecho al trabajo como un derecho autónomo y directamente justiciable, producto de una interpretación evolutiva, teleológica y sistemática del Art. 26 de la CADH, considerando, además, la protección que las diversas leyes nacionales de los Estados parte otorgan a este derecho, así como el vasto *corpus iuris* internacional en la materia.

En la especie, la Corte IDH avanzó decididamente en la ampliación de los estándares de protección de los derechos laborales, en este caso, de derechos laborales “inespecíficos” que tienen todas las personas, y cuyo goce y ejercicio en espacios laborales debe ser objeto de una tutela reforzada.

Así, las víctimas de este caso se desempeñaban como funcionarias estatales y fueron despedidas al haber firmado la petición a favor de un referéndum, en represalia por el ejercicio de sus derechos políticos y de libertad de expresión, bajo la excusa de disposiciones de sus contratos, con la que se pretendió dar un ropaje de legalidad y encubrir la arbitraria cesación de dichas personas. La Corte IDH, en mayoría,

---

<sup>32</sup> Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de febrero de 2018. Serie C, N° 348.



entendió que en el caso se violaron los derechos de participación política y libertad de expresión en contextos laborales, con el fin de discriminar, disuadir y acallar la discrepancia política de las trabajadoras víctimas del caso.

### 3.2.4 Caso Muelle Flores vs. Perú<sup>33</sup> y Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB- SUNAT) vs. Perú<sup>34</sup>

El tratamiento conjunto de estos dos casos se debe a que las sentencias que la Corte IDH pronunció en los mismos versan sobre la protección del derecho a la seguridad social, en materia de pensiones jubilatorias, ante el incumplimiento de resoluciones judiciales internas que reconocieron derechos previsionales de las víctimas.

Si bien estos derechos previsionales ya fueron objeto de análisis por la Corte IDH en los casos **Acevedo Jaramillo** y **Acevedo Buendía**, que también versaron sobre funcionarios públicos del Perú, y a los que aludimos *supra*, en esta ocasión se da un giro jurisprudencial con relación a lo resuelto en aquellos casos, en los que se había descartado la violación estatal directa del Art. 26 de la CADH.

En efecto, en el caso **Muelle Flores** la Corte IDH, en coherencia con la nueva línea jurisprudencial trazada desde el caso **Lagos del Campo**, determinó la responsabilidad estatal, no solamente por las violaciones de los derechos de garantías judiciales, propiedad privada y protección judicial, sino también por la violación del derecho a la seguridad social comprendido en el Art. 26 de la Convención Americana, así como de los derechos a la integridad personal y dignidad de la víctima, ante el incumplimiento de las sentencias internas sobre derechos previsionales de aquella, situación que representó una merma y afectación de sus condiciones de vida, en un contexto de no pago de pensiones reconocidas judicialmente.

Por otra parte, en el caso **ANCEJUB-SUNAT Vs. Perú**, la Corte también se ocupó de determinar la responsabilidad estatal en torno a los derechos pensionarios de cientos de jubilados del sector público afectados por un proceso de privatización, que

---

<sup>33</sup> Corte IDH. Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de marzo de 2019. Serie C, N° 375.

<sup>34</sup> Corte IDH. Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de noviembre de 2019. Serie C, N° 394.

contaban con sentencias judiciales que los reconocían y que no fueron cumplidas. La Corte se ratificó en la violación directa del derecho a la seguridad social, comprendido en el Art. 26 CADH, así como la violación al derecho a una vida digna.

### **3.2.5 Caso Spoltore vs. Argentina<sup>35</sup>**

La víctima era trabajador de una empresa privada, y luego de sufrir dos infartos vinculados a su trabajo, inició un engorroso y dilatorio proceso para reclamar a la empresa empleadora el pago de una indemnización. El Estado argentino fue condenado internacionalmente por la violación de los derechos a las garantías judiciales, la protección judicial, y el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que prevengan los accidentes y enfermedades profesionales.

Esta sentencia provee un interesante estándar de protección en materia de salud ocupacional como componente de un trabajo realizado en condiciones dignas, así como la inclusión del aspecto procesal como parte de la garantía, esto es, el derecho a tener una vía eficaz para el reclamo de las indemnizaciones por demora en un proceso judicial laboral, reiterando que el acceso a la tutela judicial forma parte del derecho del trabajo.

### **3.2.6 Caso de los Empleados de la Fábrica de fuegos Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil<sup>36</sup>**

Este caso involucra un lamentable evento, la explosión de una fábrica de fuegos artificiales en Brasil, que provocó la muerte de más sesenta personas trabajadoras de dicha fábrica, en su mayoría mujeres y niñas afrodescendientes en situación de exclusión social, pobreza y falta de escolaridad, quienes cumplían sus labores en deplorables, precarias e insalubres condiciones, y eran víctimas de múltiples violaciones de sus derechos humanos fundamentales.

En resumidas cuentas, el Estado brasileño fue declarado responsable internacionalmente por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, al trabajo, a la igualdad y no discriminación, los derechos de los niños y niñas, y por la violación

---

<sup>35</sup> Corte IDH. Caso Spoltore Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 9 de junio de 2020. Serie C, N° 4040.

<sup>36</sup> Corte IDH. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de julio de 202. Serie C, N° 407.



de las garantías judiciales y la protección judicial; se halló que el estaco incumplió con sus obligaciones de fiscalización y prevención de las inhumanas condiciones de trabajo en las que se desenvolvían las víctimas, que además vivían en un contexto de discriminación racial y con falta de oportunidades; el Estado tampoco posibilitó una adecuada investigación y castigo a los responsables de los hechos.

Se estableció que las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, como parte de los derechos laborales protegidos por el SIDH, implica para los Estados la obligación de prevención y fiscalización, y con más razón en este caso, ante la peligrosidad de la actividad de la fábrica; se tuvo en cuenta lo que la legislación misma del Estado preceptúa, así como los Convenios N° 81 y 155 de la OIT, junto con las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

### 3.2.7 Caso Casa Nina vs. Perú<sup>37</sup>

Otra reciente sentencia de la Corte IDH en materia de derechos laborales se pronunció a fines del año 2020, en este caso que guarda relación con la separación del cargo de un Agente Fiscal del Perú. El nombramiento del mismo se dio por concluido, con base en las necesidades del servicio y en el carácter temporal del mismo.

La Corte IDH arguyó que la garantía de estabilidad e inamovilidad de los jueces es aplicable también a los fiscales, a los efectos de salvaguardar la independencia en sus funciones, y que en el supuesto de los fiscales provisionales, cual era el cargo ocupado por la víctima, éstos deben gozar del mismo régimen de garantías que los fiscales de carrera. Se determinó, además, que su desvinculación arbitraria afectó su derecho a la estabilidad laboral, como parte del derecho al trabajo, comprendido en el Art. 26 de la CADH.

### 3.2.8 Caso Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala<sup>38</sup>

En este reciente fallo, que data de 2021, el tribunal interamericano establece la responsabilidad del Estado por violación de diversos derechos de más de sesenta funcionarios del organismo judicial guatemalteco, despedidos de su empleo tras

---

<sup>37</sup> Corte IDH. Caso Casa Nina Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2020. Serie C., N° 419.

<sup>38</sup> Corte IDH. Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 17 de noviembre de 2021. Serie C., N° 445.

haberse declarado la ilegalidad de la huelga en la que participaron, sin que se previamente arbitraran mecanismos para que aquellos pudieran defenderse individualmente, en conculcación de las garantías judiciales previstas en la CADH, las cuales no se hallan limitadas al proceso penal. Asimismo, la Corte señaló que la regulación normativa del derecho de huelga debe ser razonable, para no entorpecer su ejercicio.

### **3.2.9 Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios vs. Perú<sup>39</sup>**

Uno de los más recientes pronunciamientos de la Corte IDH, de febrero de 2022, ha resuelto sobre la responsabilidad estatal por conculcación de derechos laborales de un grupo de trabajadores marítimos y portuarios desvinculados de sus empleos. Además de la vulneración de las garantías judiciales de las víctimas, especialmente vulnerables por tratarse de personas mayores, que merecen una protección reforzada, se abordó el derecho a la percepción de un salario justo, que debe comprender todos los emolumentos englobados en el concepto de remuneración.

### **3.2.10 Caso Mina Cuero vs. Ecuador<sup>40</sup>**

La Corte IDH estableció la responsabilidad internacional del Ecuador por conculcación del derecho al trabajo, así como de las garantías judiciales y los derechos políticos de un agente policial destituido en un proceso irregular, cuya impugnación en sede judicial fue desestimada. Se consideró que esta situación afectó el derecho a la estabilidad laboral de la víctima, analizada particularmente como un componente del derecho al trabajo, cuyo contenido y alcance se esclarece con base en la interpretación del tribunal en diversos precedentes que reconocen este derecho.

## **4. Opiniones consultivas relevantes para los derechos laborales**

Además de la competencia contenciosa de la Corte IDH, esta posee también una competencia consultiva, por la cual se pronuncia sobre la interpretación y alcance

---

<sup>39</sup> Corte IDH. Caso Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios (FEMAPOR) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 01 de febrero de 2022. Serie C., N° 419.

<sup>40</sup> Corte IDH. Caso Mina Cuero Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2022. Serie C No. 464.



de las disposiciones de la CADH. Concretamente, con respecto a los derechos laborales, el Tribunal Interamericano ha abordado la interpretación de algunos de ellos por esta vía, delineando su contenido y alcances. De entre ellas, nos parece relevante citar la **Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados**<sup>41</sup>, que establece una protección de los derechos laborales de los migrantes indocumentados, sin discriminación; protección que nace de la condición de trabajador en sentido amplio, como aquella persona que realiza actividades remuneradas en un país del que no es nacional, independientemente de su situación migratoria.

Cabe mencionar también la **Opinión Consultiva OC-22/16. Titularidad de los derechos de las personas jurídicas en el SIDH**<sup>42</sup>, en lo que concierne a la personalidad jurídica de las organizaciones sindicales, como titulares de derechos que pueden acceder al SIDH para la defensa de sus propios derechos.

Cuestiones actuales y de interés son abordadas en la **Opinión Consultiva OC-27/21. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género**<sup>43</sup>. Tales como la libertad sindical, negociación colectiva y huelga.

La Corte IDH puso de relieve que en el escenario de la pandemia causada por el coronavirus COVID-19 se acentúa la obligación de los Estados de garantizar todos los derechos humanos, sin discriminación. En ese aspecto, se subrayó la necesidad de que los Estados se esfuercen en preservar las fuentes de trabajo, así como el respeto a los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras, con la aclaración de que, si bien estos derechos pueden ser objeto de limitaciones por parte del Estado, ellas deben interpretarse siempre de manera restrictiva, en aplicación del principio *pro persona*.

---

<sup>41</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de setiembre de 2003. Serie A, N° 18.

<sup>42</sup> Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016. Serie A, N° 22.

<sup>43</sup> Corte IDH. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género. Opinión Consultiva OC-27/21 del 5 de mayo de 2021. Serie A, N° 27.

Finalmente, la Corte IDH determina que es obligación de los Estados adecuar su legislación y políticas para garantizar un trabajo digno y decente, frente a las nuevas condiciones en que se desenvuelven las relaciones de trabajo, sobre todo debido al uso de tecnologías digitales para el cumplimiento de las tareas.

## 5. Conclusiones

En consonancia con el sistema universal y los demás sistemas regionales de protección de derechos humanos que se conformaron luego de la segunda posguerra, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mediante el plexo normativo internacional emanado del mismo, reconoció expresamente, desde su génesis, un catálogo derechos humanos individuales y colectivos en materia laboral, derechos que, en forma interdependiente e indivisible con otros, permiten a las personas no solo darse sustento económico, sino que les confieren la garantía del respeto a su dignidad humana en el contexto de las relaciones laborales, así como su desarrollo personal; se trata de derechos cuya eficacia horizontal conllevan obligaciones tanto para el Estado como para los particulares.

Ello trasunta la importancia que los Estados miembros de la OEA brindaron desde el momento inicial de la organización a los derechos humanos laborales, al incluirlos en la Declaración Americana e inclusive en su carta de creación, así como al adoptar un instrumento específico de reconocimiento de tales derechos, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; y, a pesar de que ésta no tenía la misma fuerza de los instrumentos internacionales que le sucedieron, señala directrices fundamentales en la materia, que guiaron el derrotero para la consolidación normativa de los derechos laborales en el SIDH, a través de la Convención Americana y posteriormente, de forma más decidida, en el Protocolo de San Salvador.

El escenario normativo regional en materia laboral, precedente al SIDH, denota la creciente constitucionalización y codificación de los derechos laborales en los países americanos durante la primera mitad del siglo pasado, ante la decisiva influencia de la Organización Internacional del Trabajo, andamiaje sobre el cual se eleva la tutela regional de los derechos laborales, por lo que el reconocimiento de estos derechos en los instrumentos emanados del sistema interamericano constituye una reafirmación del compromiso de los países de la región en la protección y consolidación de aquellos; tal propósito se refuerza aún más con las reformas constitucionales



introducidas en las últimas décadas del siglo XX en Latinoamérica, las que incluyeron a los derechos laborales en el amplio elenco derechos sociales protegidos en las constituciones, que además contienen, con diferentes matices, cláusulas de incorporación al ordenamiento interno de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, entre ellos, los que tutelan los derechos humanos laborales.

A esto se agrega la mayoritaria aceptación de la competencia contenciosa de la Corte IDH por los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre los cuales se encuentra el Paraguay. De allí la importancia crucial de los lineamientos jurisprudenciales de protección de derechos laborales establecidos en diversos fallos de la Corte IDH. En ese aspecto, y si bien se aprecia un tardío inicio del tratamiento de casos que involucran violaciones de derechos laborales en el seno de la Corte IDH, mediante las primeras sentencias dictadas se establecieron interesantes estándares de protección de algunos de ellos, principalmente en materia sindical y previsional. La responsabilidad estatal por violaciones a los mismos, sin embargo, se subsumía o anclaba a conculcaciones de derechos civiles y políticos, y no directamente en las disposiciones convencionales que reconocen los derechos sociales, postura en la que se manifiesta una artificiosa dicotomía entre éstos y aquellos.

Este escenario jurisprudencial interamericano fue enriqueciéndose en el devenir de las sentencias sobre derechos laborales, con invaluable aportes, plasmados en los votos de algunos de los jueces que a la sazón integraban la Corte IDH, lo que señaló el derrotero al viraje interpretativo hacia la justiciabilidad directa de los DESCAs, y en particular de los derechos laborales comprendidos en el Art. 26 de la CADH; el nuevo paradigma interpretativo se inaugura con un caso que involucra derechos humanos en materia laboral, el fallo en el caso **Lagos del Campo vs. Perú**, piedra angular en el avance de la vigencia plena de los derechos sociales, desde una visión de interdependencia, indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos.

Ciertamente, es grande aún el desafío para la plena efectividad de los derechos sociales y, específicamente, de los derechos laborales en el ámbito regional, considerando la situación de pobreza y desigualdad en que se encuentran los países latinoamericanos.

Pero, sin duda, en el actual derrotero de la jurisprudencia interamericana, con los recientes fallos sobre derechos laborales, se aprecia palpablemente una profundización en la interpretación del alcance de diversos aspectos del derecho al trabajo, a

la luz de una interpretación evolutiva y sistemática del plexo normativo interamericano, y con el soporte tuitivo de otros instrumentos internacionales a los que recurre la Corte IDH, como parte del *corpus iuris* internacional; de dicha labor emanan nuevos estándares de protección laboral en el ámbito interamericano.

En definitiva, estimo que tanto el Sistema Interamericano como las propias Constituciones de los Estados parte proporcionan herramientas para el acrecentamiento de la tutela de los derechos humanos laborales en el ámbito interamericano; aquellos, además de constitucionalizar el derecho al trabajo, han incorporado el derecho internacional a sus respectivos ordenamientos, y en virtud del mismo asumieron obligaciones internacionales en materia de protección y defensa de los derechos humanos en general, en cuanto a su adecuación legislativa y judicial; así, el diálogo interjurisdiccional entre la Corte IDH y los tribunales nacionales de los Estados parte tiene un papel primordial en la orientación de los pronunciamientos judiciales internos, y en la eficacia de las sentencias del Tribunal Interamericano, a través de la recepción doméstica de sus estándares de protección y la supervisión del cumplimiento de las mismas, en orden a consolidar la protección de los derechos humanos en la región.

### Bibliografía

AGUILAR CAVALLO, G., *Surgimiento de un Derecho Americano de los Derechos Humanos en América Latina*, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 24, 2011, pp. 1-87.

AMAYA, J.A., *El diálogo interjurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales*, en Mezzetti, L. y Arcaro Conci, L. (Coordinadores), *Diálogo entre Cortes, a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, *Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal*, 2015, pp. 63-82.

, *El debate sobre la última palabra. Reflexiones sobre los controles de constitucionalidad y convencionalidad*, *LEX - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 16 Número 21, 2018, pp. 94-114.

ARESE, C., *Acceso a la tutela judicial efectiva laboral en países de América del Sur*, *Documento de Trabajo de la OIT 10*, Ginebra, OIT, 2020.



, *Los derechos humanos laborales en las Constituciones Latinoamericanas (El centenario de la Constitución de Querétaro)*, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Número 25, 2017, pp. 183-202.

AYALA CORAO, C., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, en Méndez Silva, R. (Coordinador), *Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002, pp. 37-90.

CALDERÓN GAMBOA, J., *La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo*, en Ferrer Mac-Gregor, E. y otros (Coordinadores), *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana, el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2018, pp. 333-379.

CANESSA MONTEJO, M., *Los derechos humanos laborales en el derecho internacional*, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Vol. 23, 2012, pp. 115-144.

CARBALLO MENA, C., *Derechos Laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 2021, pp. 136 ss.

CARBONELL, M. Y FERRER MC-GREGOR, E., *Los Derechos Sociales y su Justiciabilidad Directa*, Editorial Flores, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2014.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Compendio sobre derechos laborales y sindicales: estándares interamericanos*, 2020.

FERRER MC-GREGOR, E., *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2018.

GAMONAL CONTRERAS, S., *De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: una perspectiva latinoamericana*, *Latin American Legal Studies*, Volumen 3, 2018, pp. 1-28.

LAYANA VENENCIANO, E., *Derecho del trabajo y derechos fundamentales: Ciudadanía en la empresa*. *Revista De Ciencias Sociales*, (63), 2018, pp. 145-167.

LÓPEZ-PATRÓN, M., *Los derechos laborales en el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos: la protección de los derechos económicos, sociales y culturales*, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Vol. 6, Número 12, 2008, pp. 183-216.

MEZZETTI, L., *El legado de la Constitución de 1917: Los derechos sociales fundamentales en la Constitución italiana de 1948*, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Número 26, 2016, pp. 379 ss.

MOSCOSO-BECERRA, G., *La justiciabilidad directa de los derechos laborales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *Dikaion*, Vol. 28, Número 2, 2019, pp. 385-403.

VILLASMIL PRIETO, H., *Pasado y presente del derecho laboral latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo (segunda parte)*, *Revista latinoamericana de Derecho Social*, *Universidad Autónoma de México*, Número 22, 2016, pp. 293 ss.

\_\_\_\_\_, *La incidencia de la Organización Internacional del Trabajo en el momento fundacional del derecho del trabajo latinoamericano: Unas notas introductorias*, *Oficina Internacional del Trabajo*, OIT, 2011.

### **Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C, N° 72.

Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, N° 98.

Corte IDH. *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de marzo de 2005. Serie C, N° 121.

Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de febrero de 2006. Serie C, N° 144.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, No. 158.



Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de setiembre de 2006. Serie C, N° 154.

Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*. Excepción. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de julio de 2007. Serie C, N° 167.

Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de julio de 2009. Serie C, N° 198.

Corte IDH. *Caso Abrill Alosilla y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de marzo de 2011. Serie C, N° 223.

Corte IDH. *Caso Canales Huapaya otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C N° 296.

Corte IDH. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de mayo de 2013. Serie C, N° 261.

Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Serie C, N° 318.

Corte IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2017. Serie C, N° 340.

Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2017. Serie C, N° 144.

Corte IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 8 de febrero de 2018. Serie C, N° 348.

Corte IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de marzo de 2019. Serie C, N° 375.

Corte IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de noviembre de 2019. Serie C, N° 394.

Corte IDH. *Caso Spoltore Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 9 de junio de 2020. Serie C, N° 404.

Corte IDH. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de julio de 202. Serie C, N° 407.

Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2020. Serie C., N° 419.

### **Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A, N° 10.

Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de setiembre de 2003. Serie A, N° 18.

Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016. Serie A, N° 22.

Corte IDH. *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género*. Opinión Consultiva OC-27/21 del 5 de mayo de 2021. Serie A, N° 27.





## LA VULNERACIÓN DE DERECHOS EN EL CUMPLIMIENTO DEL REGISTRO DEL ADOLESCENTE TRABAJADOR EN EL MARCO DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DEL ADOLESCENTE

**María Concepción Meza Giménez \***  
**Gladys Bogado \*\***

### Resumen

En esta investigación se ha buscado como objetivo general “Analizar los factores condicionantes al cumplimiento del Registro del Adolescente Trabajador y su incidencia en la vulneración de derechos en el marco de la Protección Integral del adolescente”. Para el desarrollo de este tema objeto de estudio, se realizó el análisis de las distintas normas de la legislación nacional e internacional vigentes en materia de Derecho de la Niñez y la Adolescencia, así como del Derecho Laboral; se han verificado y

---

\* Prof. Asistente de cátedra Derecho Civil Contratos- Filial de Caacupé UNA. Defensora Pública; Abogada; Notaria y Escribana pública. UNA. Especialización en Derecho de Familia y Niñez y Adolescencia. Maestría con énfasis en Familia y Niñez y Adolescencia. Universidad del Pacífico, año: 2019. Especialización en Derecho de Familia, Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Año: 2013-2014. Especialización en Investigación Social y Tutoría de Tesis. Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (2020-2021). Formación Inicial de la Escuela Judicial, Consejo de la Magistratura, sede Caacupé-Cordillera (2010-2011). Didáctica Universitaria: Universidad Nacional de Asunción. 2008.

\*\* Coordinadora del Viceministerio de Desarrollo Regional del Ministerio de la Niñez y la Adolescencia. Abogada, Universidad Nacional del Este; Maestría en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia – Universidad del Pacífico 2019. Especialización en Derecho de Familia y Niñez y Adolescencia 2017; Diplomado en Políticas Públicas – Unida universidad. Derecho de la Niñez y medios de Comunicación – Instituto Interamericano del Niño. Referente de la Estrategia Nacional de Primera Infancia – MINNA-San José de los Campos Limpios de Tapua.



recopilado documentos institucionales, informes y datos estadísticos proveídos por la Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censo, de la Secretaría Técnica de Planificación, Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Ministerio de la Niñez y la Adolescencia y otras instancias del Sistema Nacional de Protección y Promoción de Derechos; se ha visualizado la realidad actual de los adolescentes trabajadores, identificando las condicionantes, y el nivel de cumplimiento de las garantías de protección integral al mismo. La metodología empleada o enfoque de la investigación es de tipo cuali-cuantitativo, constituyéndose en una investigación mixta. Se optó por el diseño no experimental transversal.

Se permite concluir, afirmando la hipótesis de investigación, con base en el trabajo de campo realizado, que los factores pobreza, informalidad, desconocimiento y burocracia son algunos factores condicionantes para el cumplimiento del Registro del Adolescente Trabajador, y que ellos tienen directa incidencia en las posibles vulneraciones del derecho de los adolescentes, abriendo paso a la explotación en todas sus aristas. En cuanto a la eficacia de las instituciones que supervisan el cumplimiento del Registro del Adolescente Trabajador para garantizar su protección, es necesario un compromiso real de las autoridades municipales para que cumplan efectivamente con sus funciones, dotarles de presupuesto y personal capacitado para que sus intervenciones sean eficaces y que las comunicaciones al Ministerio de Trabajo se realicen en tiempo y forma para garantizar una fiscalización adecuada. Además de la implementación de mecanismos tecnológicos que faciliten las comunicaciones digitales en tiempo real, se precisa también de modificar la ley, estableciendo sanciones ejemplares ante el incumplimiento.

### **Abstract**

*The general objective of this research has been to “Analyze the factors that determine compliance with the Registry of the Working Adolescent and its impact on the violation of rights within the framework of the Comprehensive Protection of the adolescent.” For the development of this topic under study, the analysis of the different norms of national and international legislation in force regarding the Law of Children and Adolescents, as well as Labor Law, was carried out; Institutional documents, reports and statistical data provided by the General Directorate*

*of Statistics, Surveys and Census, of the Technical Secretariat of Planning, Ministry of Labor, Employment and Social Security, Ministry of Children have been verified and compiled. and Adolescence and other instances of the National System for the Protection and Promotion of Rights; The current reality of working adolescents has been visualized, identifying the conditions, and the level of compliance with the guarantees of comprehensive protection for them. The methodology used or research approach is qualitative-quantitative, constituting a mixed research. The non-experimental cross-sectional design was chosen.*

*It is possible to conclude, affirming the research hypothesis, based on the field work carried out, that the factors poverty, informality, ignorance and bureaucracy are some conditioning factors for compliance with the Registry of Working Adolescents, and that they have a direct impact on the possible violations of the rights of adolescents, opening the way to exploitation in all its aspects. Regarding the effectiveness of the institutions that supervise compliance with the Registry of Working Adolescents to guarantee their protection, a real commitment is necessary from the municipal authorities so that they effectively fulfill their functions, provide them with a budget and trained personnel so that their interventions are effective and that communications to the Ministry of Labor are made in a timely manner to guarantee adequate oversight. In addition to the implementation of technological mechanisms that facilitate digital communications in real time, it is also necessary to modify the law, establishing exemplary sanctions for non-compliance.*

**Palabras clave:** *Adolescentes trabajadores, inscripción, registro, doctrina de protección integral, vulnerabilidad.*

## INTRODUCCIÓN

En este trabajo de investigación se ha buscado “Analizar los factores de vulneración que condicionan el cumplimiento del Registro del Adolescente Trabajador, en el marco de la Protección Integral del adolescente.”

La importancia de la investigación radica en identificar la realidad de los adolescentes trabajadores, además identificar cuáles son las condicionantes para que un adolescente pueda registrarse como trabajador en su municipio; asimismo, resulta esencial determinar si el registro contribuye a la protección integral del mismo, cotejando



si sus derechos son verdaderamente respetados. Se ponen de resalto las posibles propuestas de mejoras en las instancias administrativas especializadas.

En este contexto, se ha desarrollado una síntesis de los instrumentos internacionales que dan base a la legislación vigente en Paraguay, dichos instrumentos internacionales se constituyen en guías estándares internacionales que deben ser adoptados y cumplidos por los Estados parte y se incorporan al sistema legal; sirven, así, de pautas para propender al mejor acceso a la justicia de los sectores más sensibles a una conculcación de derechos.

Las Naciones Unidas han aprobado la Convención Internacional por los Derechos del Niño, la cual ha pasado luego a formar parte del derecho positivo nacional, influenciando a la Constitución de la Rca. del Paraguay y otras leyes nacionales hasta llegar al Código de Niñez y Adolescencia que rige actualmente, Ley N° 1680/2001. Allí se tiene un título específico, el Título II, que hace referencia a la Protección de los Adolescentes Trabajadores; también se detallan los requisitos y las formalidades que son exigidas para poder registrar a un adolescente ante la instancia pertinente, y las demás instituciones de control que deben intervenir en el proceso.

La falta de registro tiene una alta influencia en la formación y desarrollo del adolescente y su entorno familiar; los factores condicionantes para el cumplimiento del Registro del Adolescente Trabajador tienen directa incidencia con la posible vulneración del derecho y la protección integral, que pueden padecer estos adolescentes en una relación laboral informal, o desprovista de fiscalizaciones adecuadas.

Se concluye y se realizan sugerencias, observando el análisis de los resultados logrados, con datos importantes que contribuirán en mejorar la instancia administrativa pertinente, así como se hace la propuesta de mejoras tecnológicas, que puedan paliar o solucionar la dificultad de que los registros de adolescentes trabajadores sean comunicados a las instancias correspondientes, para garantizar la correcta fiscalización.

## **PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA**

El trabajo adolescente en Paraguay está permitido; es una forma de apoyar el sustento económico en el hogar, que trae consigo una serie de responsabilidades por parte de la familia, los empleadores y el Estado. Esta serie de responsabilidades y

obligaciones tienen un aspecto normativo, cuya función específica es la de proteger al adolescente en su desarrollo y brindar las condiciones necesarias para que el mismo pueda crear un proyecto de vida para sí mismo y su entorno familiar.

En este sentido, el Código de la Niñez y la Adolescencia establece una serie de requisitos que el adolescente y la familia deben cumplir ante la Consejería Municipal por los derechos del niño, niña y adolescente (CODENI); así, esta instancia se halla encargada de emitir una constancia de registro, siempre que el trabajo no esté prohibido, es decir, que no ponga en riesgo la vida del adolescente, sea acorde con su edad, grado de madurez, no afecte su moral y permita al adolescente proseguir sus estudios.

Por las razones mencionadas precedentemente es importante investigar si están o no dadas las condiciones para que el adolescente pueda registrarse como trabajador; el Código de la Niñez y la Adolescencia dispone de un capítulo especial que hace referencia a la protección a los adolescentes trabajadores, donde se establece la edad mínima, de 14 años, para trabajar; asimismo exige una serie de requisitos que deben cumplirse antes de ser emitida la mentada constancia a los adolescentes. El objetivo del registro es verificar que se cumplan las condiciones laborales requeridas y brindar garantías al adolescente, considerando, de igual modo, la alta densidad poblacional de este estrato de personas en nuestro país, y la aparentemente alta tasa de adolescentes trabajadores.

Según datos extraoficiales de las Instituciones encargadas del registro, los datos preliminares hablan de un bajo nivel de registro de adolescentes. Asimismo, las instituciones rectoras en materia laboral también cuentan con un índice escaso, casi nulo, de comunicaciones de registros.

### **1. Características del Trabajo adolescente en comparación al trabajador Adulto.**

Para hablar del trabajo adolescente y sus características se tiene en cuenta primeramente el principio de autonomía progresiva, que implica un desarrollo efectivo de la autonomía personal, social y jurídica de los adolescentes y de las cuales derivan derechos específicos que deben ser protegidos y garantizados.



Esta distinción es particularmente importante en el ámbito laboral, porque el trabajo infantil debe ser erradicado, mientras que el trabajo adolescente debe ser regulado y por sobre todo protegido.

En Paraguay está permitida la actividad laboral para aquel adolescente que haya cumplido 14 años de edad; no se presume la gratuidad de su trabajo, el mismo debe percibir 60% del salario mínimo legal permitido; sin embargo, se deben acatar ciertas exigencias protectoras establecidas en la Ley 1680/2001.

Aquí se debe recordar que en una relación laboral como la que ocupa este trabajo debe primar siempre el interés superior del adolescente, no solo en el ámbito laboral sino también en la toma de decisiones por parte de los operadores de justicia, además del derecho de ser participe en las cuestiones en que él sea el protagonista.

En este contexto, haciendo una comparación con el trabajo de adultos se puede observar una característica esencial, que es la autonomía plena del trabajador adulto; la relación laboral normalmente tiene un objetivo económico, pero también puede buscar estatus, apreciación, y, en ciertas condiciones, también libertades, recursos, capacidades u otros que resulten necesarias para satisfacer las necesidades humanas básicas; el Estado garantiza el pleno goce de los derechos laborales de este trabajador quien, además, percibe un salario superior al adolescente; el adulto puede ejercer una actividad peligrosa, pero permitida, a diferencia del adolescente que no lo puede.

## **2. Principios Generales del Derecho Laboral**

El derecho laboral se sustenta en principios de gran contenido social, cuyo fin es equalizar las desigualdades existentes entre trabajadores y empleadores. Según algunos autores, el principio nuclear que nutre el derecho laboral es el de centralidad de la persona trabajadora, el cual se relaciona con una de las expresiones máximas en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), donde se afirmaba que el trabajo no era una simple mercancía.

Los principios adquieren notable fuerza e importancia, si el sujeto es un niño o adolescente, que requiere de una protección especial. Los principios, aplicables en todos los procesos laborales administrativos y judiciales en asuntos relativos al trabajo infantil y adolescente, derivados de la Convención y la opinión consultiva de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, permiten una adecuada aproximación a las distintas situaciones jurídicas en que esté presente una persona menor de edad.

### **2.1. Humanización del Derecho.**

El Derecho Laboral nació para proteger la dignidad humana de todo trabajador, el carácter protector de esta rama del derecho tiene en el Paraguay jerarquía constitucional. El Humanismo jurídico tiene su mejor y más completa expresión en el Derecho Laboral y en el de la Seguridad Social.

Para el derecho laboral la persona humana no constituye un ente frío, abstracto; tampoco es un individuo que está aislado, al contrario, es un ser humano especial, concreto, único, en relación continua y vital con los demás seres humano dentro de una sociedad en la que forma parte y es esencial. Se ve la revalorización del trabajo humano que cumple función social esencial y no debe ser considerado mercancía. Para el derecho laboral el fuerte contenido ético y social del trabajo lo constituye en la actividad más digna de protección, por cuanto es la manifestación más activa de su vida dentro de la relación social.

El Derecho Laboral contiene, así, normas protectoras para el trabajador, considerado a priori como el sujeto más débil de la relación contractual de trabajo; pero dentro de ese marco tuitivo existen sujetos que deben contar con una protección más acentuada, para ciertos tipos de trabajadores, tales como las personas menores de 18 años, las mujeres en general, la mujer grávida, el trabajador que presta servicios en lugares considerados peligrosos o insalubres.

El derecho internacional de los derechos humanos, particularmente los Sistemas Internacionales de protección, son el escenario natural, aunque no exclusivo, del proceso de humanización del derecho internacional. Ellos no sólo son expresión del mismo sino, sobre todo, motor de sus más importantes secuelas.

De hecho, el derecho internacional de los derechos humanos surgió debido a la necesidad de reconocer a los individuos como objetos de protección dentro del ordenamiento jurídico internacional; se trataba, pues, de poner a la par de otros cometidos de este derecho aquel que propugnaba por la salvaguarda de los seres humanos. Así surge una de las primeras manifestaciones de la llamada humanización del derecho internacional: la construcción de un régimen especial y diferenciado,



en el seno del derecho internacional general, que debía encargarse de hacer realidad tal cometido de protección.

Ahora bien, tras su progresiva vigorización, este nuevo ordenamiento especializado se preocupó ya no sólo por poner sus objetivos a la par de aquellos del derecho internacional general sino, sobre todo, por reivindicar una reformulación del marco general que le acogía. Así pues, se hizo necesario trasladar el centro de gravedad del ordenamiento jurídico internacional desde la voluntad de los Estados hacia la salvaguarda de los individuos.

En consecuencia, en la actualidad ya no se aprecia el proceso de humanización tan sólo en la existencia de un régimen especializado con características propias que se construye en el seno del derecho internacional con miras a la protección del ser humano, ahora también ha de concebirse como el proceso que se sirve de la existencia misma de tal régimen particular (así como de otros) para lograr la necesaria relectura de los presupuestos y reglas básicas del derecho internacional general.

## **2.2. Protección de los Derechos del adolescente trabajador**

Proteger al adolescente trabajador y prevenir la explotación laboral y otras vulneraciones relacionadas con la actividad económica que el mismo realiza no es un debate nuevo en nuestros días; con la vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia y la interiorización del paradigma de protección Integral, se vio la necesidad de fortalecer la tutela desde el Estado, a fin de, primeramente, visibilizar al adolescente como persona con derechos y obligaciones; una misión difícil en sus inicios, porque la familia es el eje de influencia y formación del adolescente, son los primeros en velar por la seguridad e integridad del adolescente, impidiendo la violación de sus derechos y garantizando su bienestar y protección. La sociedad y el Estado deben brindar protección y ser garantes del cumplimiento cabal de todos sus derechos.

## **2.3 Vulnerabilidad del adolescente Trabajador**

Conforme a las Reglas Básicas de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables, vigente: podemos citar la Acordada Corte Suprema de Justicia N° 633. (2010) “Por la cual se resuelve ratificar el contenido de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad”. Asunción. Paraguay.

“Regla 3- Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. Las personas menores de edad son extremadamente vulnerables a la explotación, al engaño, debido a su edad, inmadurez o carencias educativas; los abusos contra los derechos humanos en estas condiciones suelen ocultarse cuidadosamente a la opinión pública. La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia, especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad”. Asimismo, se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

Si los adolescentes carecen de la autorización legal y la falta de registro laboral para trabajar, se encuentran irremediamente en una situación irregular, resulta difícil identificarlos o localizarlos oficialmente, y se hallan por ende expuestos a abusos, explotaciones en el lugar de trabajo; además, raras veces figuran en las estadísticas oficiales: “Nadie los ve. Nadie se fija. Cuando una persona está en situación informal, es como si viviera en las sombras” CITA, resultan invisibles al sistema. Así pues, su falta de registro constituye indicador de vulnerabilidad.

En consecuencia, a los adolescentes no registrados, trabajando al margen del mercado laboral formal, les resulta difícil reclamar sus derechos humanos, se hallan indefensos, son las personas menos visibles de la sociedad laboral; con frecuencia no pueden o no quieren reclamar sus derechos laborales, se sienten incapaces de hacer valer sus derechos o de presentar sus demandas, la protección legal de que gozan es escasa o nula, y tienen dificultades en el acceso al seguro social, como a otros servicios básicos formales.



### 3. En qué contribuye el Registro a la protección del adolescente

El registro especial del Adolescente trabajador es una herramienta fundamental, creada por el Código de la Niñez y la Adolescencia, en su artículo 55, Título II, que enmarca la protección de los adolescentes trabajadores; este mecanismo contribuye en forma eficaz a visibilizar al adolescente trabajador y garantiza las condiciones laborales en la que se encuentra, verificando si:

- Se cumple con el pago de salario pactado.
- Tiene seguro social
- Otorgamiento de vacaciones.
- Pago de aguinaldos.
- Cumplimiento del horario de trabajo permitido para adolescentes.
- Relación contractual y situación del mismo.
- Control del trabajo nocturno no permitido.
- Control de la realización de horas extraordinarias, no permitidas.

Salubridad del local donde presta servicios.

- Trabajo infantil.
- Otras obligaciones establecidas para el empleador.

Podemos además mencionar, con base en el estudio de campo realizado, que una de las mayores dificultades para que este registro se cumpla efectivamente es la falta de conocimiento que tienen las personas respecto a la obligatoriedad del mismo, sea por llana ignorancia o falta de interés; no se dimensionan los daños que se pueden causar al adolescente por la omisión de este registro. Es aquí visible la relevancia esencial de comunicar a las instancias del trabajo la existencia de un adolescente que realiza actividades laborales; la CODENI como instancia parte del Sistema Nacional de Protección y Promoción de Derechos a la Niñez y la Adolescencia, debe velar y cumplir esta comunicación que puede salvaguardar la vida, la moral e integridad del adolescente.

**3.1. Importancia:** El Registro constituye una herramienta fundamental para la protección del trabajador adolescente; la ley los habilita a trabajar desde los 14 años de edad, con horarios y condiciones especiales, en el marco de la protección que debe brindar el Estado.

Una de las mencionadas condiciones es que el adolescente se acerque a la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, acompañado de sus padres, a fin de cumplir con los requerimientos legales, recibir una orientación especializada por parte del/la director/a de CODENI, en la se le detalle cuáles son los trabajos que puede realizar y cuáles son los que no están permitidos; a todo ello debe sumarse la autorización previa de los padres, quienes deben estar conscientes de las implicancias del registro, y los beneficios que representa para el adolescente; en este sentido, la Consejería dispone de un registro especial de todos los adolescentes que realizan trabajo remunerado en su municipio, es por tal razón que el registro es clave para proteger al adolescente; además la registración debe ser comunicada en forma obligatoria al Ministerio del Trabajo, a fin de que esa institución tome conocimiento de la existencia de un trabajador adolescente en una determinada empresa y de este modo puedan realizarse controles o fiscalizaciones para verificar las condiciones laborales en las que el adolescente presta servicios, y si son verdaderamente respetados sus derechos.

#### **4. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Limitaciones**

El Estado tiene la obligación de garantizar las condiciones mínimas de trabajo, la instancia creada para el efecto es el mencionado Ministerio cuya misión primordial es la de regir la política del Trabajo, Empleo y Seguridad Social, garantizar el cumplimiento de la normativa laboral vigente, fortalecer la prevención y brindar la solución de conflictos, la mejora de las condiciones laborales y el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, fomentando desarrollo socioeconómico del país, en un marco democrático y de diálogo social.

En lo que refiere al cumplimiento cabal de la normativa laboral y el Código de la Niñez y la Adolescencia, en el apartado de Protección Especial al Trabajador Adolescente, al término de la investigación hemos constado, por medio de solicitudes de informes, entrevistas y reuniones *in situ* en el Ministerio, que una de las mayores limitaciones con que se cuenta es la falta de Sedes Regionales en todo el país,



teniendo en cuenta que las pocas existentes no dan abasto a las grandes demandas de usuarios.

Asimismo, otras de las limitaciones del Ministerio, identificadas en el marco de la investigación, es la poca o nula comunicación por parte de las Consejerías Municipales (CODENI), lo que a su vez no permite que los fiscalizadores puedan tomar contacto con el adolescente que se encuentra trabajando, y éste queda totalmente desprotegido ante posibles situaciones de abuso o explotación que pudieran surgir.

El registro es una forma de protección no solo para el adolescente sino también para el empleador, debido a que los padres o tutores son los que autorizan al adolescente a trabajar; en caso de que el empleador no presente las documentaciones requeridas en cuanto a la constancia del adolescente que trabaje en su empresa, los inspectores del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social se encuentran obligados a instruir sumarios administrativos con el objeto de deslindar las responsabilidades que pudieran corresponder al empleador por la falta de cumplimiento en la inscripción en el Registro del Adolescente, dado que es de carácter obligatorio.

Si con posterioridad al sumario administrativo se llegase a decidir imponer sanción a la empresa por dicha falta administrativa, se deberá actuar de conformidad con el procedimiento establecido en el Código del Trabajo, que en su artículo 384 dispone que: “Las sanciones establecidas en este título se aplicarán sin perjuicio de las demás responsabilidades, indemnizaciones o pagos de otro orden que este Código determina, en el caso de incumplimiento de sus disposiciones”. Así también, en su artículo 385 el mismo cuerpo legal se establece que: “las faltas de cumplimiento de las disposiciones de este Código que carezcan de pena especial, serán sancionadas con multa correspondiente al importe promedio entre diez a treinta jornales mínimos por cada trabajador afectado, que se duplicará en caso de reincidencia el incumplimiento de cada obligación legal del empleador con la Administración del Trabajo y sin perjuicio del cumplimiento de la Ley”.

De igual manera, en el artículo 389 del Código del Trabajo se establece que “los empleadores que obliguen a los adolescentes menores de diez y ocho años de edad, a realizar labores en lugares insalubres o peligrosos, o trabajos nocturnos industriales, serán sancionados con multa”. A aquel empleador que ocupe niños menores de doce años, se le impondrá multa de cincuenta jornales mínimos que se duplicará en caso de reincidencia, por cada niño ocupado en contravención a la Ley.

La autorización dada para trabajar por los representantes legales de los adolescentes, en fraude a la Ley, constituirá causa de nulidad de contrato de trabajo, y serán pasibles dichos representantes legales de una multa de cincuenta jornales mínimos, por cada adolescente afectado, que llegara a duplicarse en caso de reincidencia. A su vez, en el artículo 398 se establece que las sanciones a que se refiere ese Título las impondrá sumariamente la Autoridad Administrativa competente, previa audiencia del infractor y tomando en consideración las pruebas producidas. Contra la resolución podrá recurrirse ante el Juzgado en lo laboral. En caso de que el infractor consienta la multa y la abone en el plazo de cuarenta y ocho horas, la multa quedará reducida al 50% (cincuenta por ciento).

El segundo caso se presenta cuando existe una denuncia formal ante la Fiscalía Penal, por violación a la Convención N° 182 de la OIT, al Código de la Niñez y la Adolescencia y al Decreto N° 4951 sobre el Listado de las Peores Formas de Trabajo Infantil, que previene sanciones para el empleador que:

- Causara o no evitara que los lugares o medios de trabajo incumplan las disposiciones legales sobre la seguridad y la prevención de accidentes en lugares de trabajo;
- El que incumpliera las exigencias del cuidado técnico y con ello apeligrare la vida o la integridad física de otros, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa;
- Los responsables, conforme al inciso 1, que omitiera informar en forma idónea a los empleados sobre los peligros para la vida o la integridad física vinculados con los trabajos y sobre las medidas para la prevención, serán castigados con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa;
- El que realizara el hecho mediante una conducta culposa será castigado, en los casos del inciso 1, con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa y, en los casos del inciso 2, con multa;

El Paraguay tiene varios mecanismos de control para la protección del trabajo de los adolescentes, es por eso que el registro es fundamental.



## **5. Paradigmas de Protección al adolescente**

El paradigma de protección integral quedó plasmado con la vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia, la visión era un cambio en la integralidad de los derechos de niños, niñas y adolescentes, e implicaba no sólo el cambio social con una mirada más protectora, sino también el cambio de roles de funcionarios tanto del ámbito administrativo como Jurisdiccional.

Un aspecto muy favorable para el trabajador adolescente, con la llegada de la doctrina de protección integral, fue el aumento de la edad mínima para trabajar, ya que el código anterior autorizaba el trabajo a partir de los 12 años de edad; asimismo, se permitía prestar servicios domésticos desde los 15 años, figura que desapareció con la Ley 5407/2015, del Servicio Doméstico; la normativa anterior también establecía protecciones mínimas, sin embargo, la atención no era muy focalizada.

Esto era así, porque la Dirección General de Protección a Menores también debía atender cuestiones relacionadas planificación y ejecución de programas, denunciar y perseguir legalmente a quienes atenten contra la integridad física o moral de los menores, situaciones de mujeres grávidas, velar por los derechos del menor, asumiendo su representación promiscua ante cualquier autoridad u organismo; en resumidas , por un lado debía proteger y ejercer la representación, y en otra debía denunciar y perseguir legalmente.

Con la vigencia de la Ley N° 1680/2001, el adolescente cuenta con un apartado especial que hace mención a la protección del adolescente, y la obligatoriedad del registro como puerta de acceso a la protección del mismo.

Además, se consagra que en el ámbito de protección laboral deben ser tenidos en cuenta determinados principios que favorezcan al adolescente, por sobre todo el principio de interés superior, que debe tener como fin la satisfacción plena de todos sus derechos.

## **6. Principios que se deben seguir en procedimientos administrativos en que participen los adolescentes**

Todas las medidas de protección, sean para el niño o adolescente, deben ajustarse estrictamente a lo que establece la ley; quienes lleguen a intervenir en los procesos que requieran de la toma de decisiones deben ser personas que reúnan las

condiciones mínimas de idoneidad profesional para garantizar una respuesta justa, tanto para el niño como para los adolescentes.

Algunas legislaciones de los países de la región han incorporado en sus legislaciones de niñez y adolescencia principios que deben ser tenidos en cuenta en los procesos administrativos o judiciales en los que participen personas menores de 18 años.

Uno de ellos es el derecho a ser oído y tener participación en los procesos que se llevan a cabo; el adolescente dejó de ser espectador de las decisiones que lo afectan, para convertirse en protagonista de los derechos que le confiere la ley, debe ser guiado, orientado; si es necesario un traductor, ello debe ser tenido en cuenta, en especial en nuestro país, ya que muchos de los adolescentes hablan únicamente el idioma guaraní, así también existen muchas personas de los pueblos originarios cuyo idioma, dialectos y costumbres deben ser respetados; otro derecho es el del acompañamiento de un trabajador social, un psicólogo o cualquier otro profesional similar, o una persona de su confianza, que sea de una jurisdicción especializada.

Así también, dentro de un proceso laboral el adolescente debe recibir información clara y precisa sobre el significado de cada decisión, sus derechos y obligaciones, la discreción es regla en todas las actuaciones que impliquen a un adolescente, además de la proveer mecanismos a la impugnación de cualquier medida que sea contraria al código de la niñez y la adolescencia y demás leyes concordantes, garantizando la protección integral del adolescente.

Un aspecto muy importante que debe tomarse en consideración es que los referentes de instituciones administrativas, fiscales y judiciales no pueden ni deben plantear propuestas de mediación o conciliación en los hechos que sean determinados como trabajos peligrosos, salvo que la conciliación laboral sea en el marco de un proceso judicial de indemnización por daño moral, o la reparación del daño en materia penal a favor de la víctima.

En el ámbito laboral una de las mayores dificultades encontradas es la falta de profesionales especializados, entiéndase tanto en materia de niñez como en materia laboral; normalmente el especialista laboral no tiene especialización en niñez y/o adolescencia, y el profesional especialista en niñez y adolescencia no tiene especialización en la esfera laboral.



### **6.1 Principio rector del Interés Superior del niño en el Derecho del Adolescente trabajador.**

El principio de interés superior debe regir en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos; se trata de una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. El interés superior alude a la satisfacción plena de los derechos fundamentales.

La Convención por los Derechos del Niño y de la Niñas, fue adoptada, abierta y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución N° 44/25 del 20 de noviembre del año 1989, entró en vigencia el 02 de setiembre de 1990.

En ese entonces estaba vigente en Paraguay el Código del Menor, Ley N° 903/1981, enmarcado en la doctrina de la situación irregular, y posteriormente, en el año 2001, se promulga la Ley 1680, Código de la Niñez y la Adolescencia; con ella surgen nuevos aires de cambio enfocados en el paradigma de protección integral, considerando al niño y al adolescente en todas sus facetas, y como persona sujeto de derechos y no como simples objetos de derecho. Así, las personas menores de edad gozan del derecho de ser tenidas en cuenta y el derecho a ser oídas, de dar su opinión según su grado de madurez; es el derecho a la participación, y sobre todo que sean reconocidas y valorada como tales, respetando su autonomía progresiva.

En el primer artículo de la Convención se proyecta el ámbito de aplicación, que va dirigido a todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años de edad, es decir, dentro de la franja etaria de 14 a 17 años; es en esta franja que fue centralizado el análisis de la investigación relacionada al registro del adolescente trabajador y su incidencia en la vulneración de derechos en el marco de la protección integral.

Basado en el paradigma supra mencionado y el principio de interés superior del niño y adolescente, el código dispuso de un apartado especial donde se hace mención específica a la obligatoriedad del registro del adolescente trabajador; en materia de derecho laboral esta protección o herramienta está puesta a disposición de todos los adolescentes y el Estado es garante de esa protección, el interés del adolescente que trabaja debe primar, y el juez debe basar sus argumentos en el mencionado principio bajado desde la Convención; no puede ser visto como una opción para el juzgador, es un aspecto establecido en la ley y de cumplimiento obligatorio.

En el campo del derecho laboral existe una relación contractual donde dos partes tienen necesidades distintas, por un lado, se tiene al empleador, que requiere de los servicios, y por la otra el adolescente trabajador registrado, visto como el lado frágil; el empleador está obligado a considerar todos los aspectos que garanticen el bienestar del adolescente, priorizando el interés superior del mismo, esto se traduce en el cumplimiento cabal de sus obligaciones como empleador.

Se debe reconocer que el principio del interés superior, aplicado a todas las esferas, es una garantía fundamental para el adolescente y aplicado al derecho laboral no constituye una mera casualidad, primeramente, por ser el derecho laboral el resultado de luchas permanentes de los sectores menos favorecidos y más vulnerables. Y segundo porque la explotación a niños y adolescente fue una realidad en distintas épocas de la historia. Este principio busca, más que nada, hacer visible el interés, el bienestar de todos los adolescentes trabajadores; el registro laboral del mismo constituye la puerta de entrada de varios otros derechos.

Todas las normas deben ser aplicadas con el objetivo facilitar el acceso a la justicia a las personas más vulnerables y, si la ley lo permite, a la resolución pacífica de los conflictos.

## **6.2 Derecho de los adolescentes, y su protagonismo en la Convención sobre los derechos del niño**

En este punto se acota de que el espíritu de la convención ha sido que el niño/adolescente cuente con autonomía propia, directa en la actividad jurisdiccional, esto sería, que el mismo pueda presentar un punto de vista distinto de lo que plantean sus progenitores, en disidencia con los mismos; ninguno de sus padres los representa de modo absoluto en juicio, y puede ejercer de esta forma su derecho de ser oído y su participación activa se vuelve eficaz y ventajosa.

El juez, mediante su labor comprometida y activa, debe velar por el cumplimiento del mismo, mediante el principio dispositivo, ordenando de oficio las actuaciones necesarias según el caso; puede nombrar tutor especial en supuestos en los cuales los conflictos de intereses entre los padres y el niño o adolescente los parcialice, circunstancia en la que no podrían representar adecuadamente los intereses de aquellos; mediante esta institución jurídica se salvaguarda el pleno reconocimiento de sus derechos personales.



En este punto de la representación en la actividad jurisdiccional es sabido y se ha observado que generalmente los intereses de representante legal y representado se diluían completamente, mayormente en perjuicio de los niños y adolescentes, y se operaban confusiones en el sentido de que el abogado que era pagado por un progenitor respondía al pedido de éste, no así del niño o adolescente sujeto del derecho.

### **7. Condiciones de Trabajo. Causas y prevención**

La adolescencia es una etapa fundamental durante los procesos de crecimiento y desarrollo, tanto en los aspectos biológicos, psicológicos, afectivos e intelectuales donde se requieren de condiciones mínimas y propicias para manifestar su potencial pleno.

Cuando se habla de trabajo adolescente se hace referencia a una persona que realiza una actividad laboral, dentro de la franja etaria de 14 a 17 años de edad, esta realidad social es compleja, y está condicionada por distintos factores; en el desarrollo de la investigación se hace mención a factores externos y factores internos.

Los factores económicos constituyen una de las razones del trabajo adolescente, en ello se visualiza la falta de empleo de los adultos de la casa, constituidos algunas veces por mamá y papá, y en otras solo por uno de los progenitores; ello, en su gran mayoría está ligado a la escasa preparación para ejercer un trabajo específico, lo cual conduce a la ausencia de empleo, la pauperización salarial, y, finalmente, a la distribución desigual del ingreso y la riqueza, que han llevado a condiciones de pobreza a gran parte de la población.

Estas situaciones obligan a muchas familias a rebuscarse el sustento cotidiano, ingeniándose con estrategias diarias para llevar una vida mínimamente digna; buscan entonces incorporar en forma anticipada al adolescente en el mundo laboral a fin de paliar las carencias. Los conflictos constantes en el círculo familiar donde el adolescente no se siente apoyado, la falta de comunicación y otras circunstancias también inclinan al adolescente a rebuscarse un ingreso por sus propios medios; a lo que se suma el hecho de hallarse muy arraigada en la sociedad la cultura de que el adolescente debe laborar desde muy temprano para habituarse al trabajo, sin si quiera ser observado desde el paradigma de protección integral. Estos aspectos son

muy debatidos hoy día, desde quienes están a favor del trabajo adolescente y de otros quienes lo consideran como un elemento que lo aísla de su desarrollo pleno.

Según datos estadísticos del SNEPE, el 2015 reveló un índice alarmante, donde se mencionaba que el 59% CITA de los estudiantes de la Educación Formal no culminó la educación media. Esto llevó al corolario de que se debía operar fuertemente para mantener a los adolescentes en el sistema educativo, pues el punto es fundamental para buscar el modo de cortar los lazos de pobreza; la voluntad inicial de superarse, de estudiar y salir adelante, sin embargo, debe partir de la persona misma, en este caso el adolescente; la deserción escolar es un tema presente y se debe trabajar en políticas públicas orientadas a subsanar esta realidad.

Otro aspecto muy visible en Paraguay es el aumento de los embarazos en la etapa de la adolescencia; según del Fondo de Población para las Naciones Unidas (UNPFA) nuestro país ocupa el segundo lugar en embarazos adolescentes, después de Brasil-CITA, estas condiciones hacen que la adolescente o el adolescente se conviertan en personas vulnerables a la explotación tanto en el ámbito sexual como en lo laboral, ya que al verse con una nueva responsabilidad, necesita en forma urgente cubrir las necesidades básicas del niño o niña por nacer o nacido, pero en razón de su edad no cuenta con la experiencia ni formación adecuada para ello, por lo cual acepta cualquier actividad laboral, sin tener en cuenta si es una actividad permitida, peligrosa o incluso insalubre.

Además, al no estar registrada como trabajadora en la Consejería Municipal por los derechos del niño, niñas y adolescente (CODENI) las instancias administrativas del trabajo no toman conocimiento de que esa adolescente se encuentra realizando una actividad laboral, menos aún se podrá garantizar que reciba un salario justo, ni que se respeta su derecho a la educación o a los permisos maternales o de lactancia, ni que el ambiente laboral sea el apropiado para la gestante.

En materia de derecho laboral, entiéndase por condiciones de trabajo a todos los aspectos del trabajo que puedan tener consecuencias negativas para la salud de los adolescentes trabajadores, además se habla también de condiciones ambientales y tecnológicas, tomando en cuenta las cuestiones de organización, siempre teniendo en consideración que el interés del trabajador adolescente tiene prevalencia sobre otros.



Por otro lado, no todos los adolescentes inician una actividad laboral por los factores arriba mencionados; existe un número importante de adolescentes que inician una actividad laboral con la autorización de sus padres, llegan a registrarse en la CODENI de su ciudad, cumplen el horario establecido, asisten al centro educativo, y cumplen con todas las exigencias establecidas en la ley; en efecto, su labor constituye un aporte a la economía nacional, además de tomar conciencia de la importancia del trabajo, la responsabilidad y ayuda en la economía del hogar

En esta línea argumental es fundamental entender y mantener presente que las actividades económicas llevadas a cabo por un adolescente deben ser un tema de constante debate, de ahí la importancia de registrar al mismo, pues esto además permite cumplir gradualmente con el compromiso firmado y ratificado por este país, entre los que se encuentra el aumentar progresivamente la edad mínima establecida para el inicio de las actividades laborales. De igual modo contribuye a la creación, como factor de prevención, de Políticas Públicas fuertes enfocadas a satisfacer las necesidades del adolescente, a formular y fomentar programas y proyectos que las satisfagan.

### **8. Trabajos peligrosos**

El trabajo peligroso es aquel cuya ejecución implica un serio riesgo para la integridad física del trabajador, sea por las condiciones edilicias del lugar, por la posible contingencia de desprendimientos de tierra, sustancias químicas tóxicas, explosivos, electricidad y o manipulación de maquinarias industriales pesadas, normalmente estos trabajos tienen un trato especial en la legislación laboral actual, implican una mayor prima en el seguro, influyen en mejor retribución económica. En el caso específico de los adolescentes, éstos no pueden ejercer ninguna de estas actividades por tratarse de labores que pueden ocasionar un daño en forma inmediata o a lo largo de su vida.

Cuando se hace referencia a riesgos laborales para el trabajador, esto implica que dentro de su tarea o profesión puede ser susceptible de originar accidentes o cualquier otro tipo de daño. Por ejemplo, siendo empleado de una tienda comercial, siempre existirá el riesgo de accidentes por el contacto con fuentes de energía eléctrica, explosiones eléctricas, asalto, hurto, incendios, resbalones, caídas etc., todas estas y más situaciones se podrían dar en el marco del trabajo que desempeña. La

diferencia que existe con el peligro es que aquí las situaciones pueden preverse, solo requieren de mayor concentración, atención y cuidado.

La Ley N° 1657 de fecha 10 de enero del año 2001, por la cual Paraguay ratifica el Convenio N° 182 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, hace mención específica a las peores formas de trabajo infantil, y del compromiso que cada Estado asume para tutelar la salud física y moral de Adolescentes en materia laboral.

Seguidamente, en el año 2005, el Poder Ejecutivo de Paraguay dictó el Decreto N° 4951/2005, por el cual se reglamentó la Ley N° 1657/2001, de este modo se establece que el Estado asume el compromiso para determinar los trabajos que por su condición o naturaleza tienen la probabilidad de causar daño a la seguridad física o moral del niño o adolescente.

En virtud de la mencionada ley, cae dentro de dicha categoría:

- Los trabajos de vigilancia pública y privada, que ponen en riesgo la propia vida del adolescente y su seguridad.
- Los trabajos en la vía pública y trabajo ambulante, que generen riesgos de accidentes de tránsito, problemas respiratorios, neurológicos y de piel, debido a la polución ambiental y a la radiación solar; estrés, riesgo de abuso psicológico y sexual, fatiga, trastornos psicosomáticos, dificultades de socialización, baja autoestima comportamiento agresivo y antisocial, depresión, drogadicción, embarazo precoz, entre otros.
- Actividades labores que tengan que ver con el cuidado de personas adultas, ancianos y enfermos, que ponen en riesgo su salud, seguridad y moralidad.
- Los trabajos que impliquen traslados de dinero y de otros bienes, por el peligro mismo que implica tener dinero, valores o llevarlos de un sitio a otro.
- Las actividades que impliquen la exposición a polvos, vapores y gases tóxicos, humos y el contacto con productos, sustancias u objetos de carácter tóxico, combustible, inflamable, carburante, radiactivo, infeccioso o corrosivo.
- Trabajos con agroquímicos: manipulación, embazado, transporte, venta, aplicación y disposición de desechos radioactivos, recolección de desechos y materiales reciclables.



- Trabajos de fabricación, manipulación y venta de sustancias u objetos explosivos o pirotécnicos, que producen riesgo de muerte, quemaduras, amputaciones y otros traumatismos, trabajos insalubres.
  - Trabajos de explotación de minas, canteras, trabajos subterráneos y en excavaciones. Trabajos con exposición a temperaturas extremas. De frío y calor.
  - Trabajos que requieran el uso de máquinas y herramientas manuales y mecánicas de naturaleza punzocortante, aplastante, atrapante y triturante.
  - Los trabajos en ambientes con exposición a ruidos y vibraciones constantes, que producen síndrome de vibraciones mano-brazo y osteólisis del hueso semilunar.
  - Los trabajos en producción, repartición y venta exclusiva de bebidas alcohólicas y de tabaco.
  - Los trabajos que impliquen el traslado a otros países y el tránsito periódico de las fronteras nacionales, los trabajos que se desarrollan en terrenos en cuya topografía existan zanjas, hoyos o huecos, canales, cauces de agua naturales o artificiales, terraplenes y precipicios o que tengan derrumbamientos o deslizamientos de tierra.
  - Trabajo nocturno, comprendido éste entre las 19:00 y las 07:00 horas, trabajos que se desarrollan con ganado mayor.
- Los trabajos de modelaje con erotización de la imagen que acarrearán peligros de hostigamiento psicológico, estimulación sexual temprana, y riesgo de abuso sexual.
- Los trabajos que impliquen el transporte manual de cargas pesadas, incluyendo su levantamiento y colocación.
  - Los trabajos que se desarrollen en espacios confinados.
  - El trabajo infantil doméstico y el criadazgo, los trabajos que generen daños a la salud por la postura ergonómica, el aislamiento y el apremio de tiempo.
  - Los trabajos bajo el agua y trabajos que se desarrollen en medio fluvial, que generen riesgo de muerte por ahogamiento, lesiones por posturas ergonómicas inadecuadas y exposición al abuso psicológico y sexual.
  - Los trabajos en alturas y especialmente aquellos que impliquen el uso de andamios, arnés y líneas de vida.

– Los trabajos con electricidad que impliquen el montaje, regulación y reparación de Instalaciones eléctricas de alta tensión.

Todas estas actividades están prohibidas para todos los adolescentes; el Estado debe supervisar el control y cumplimiento adecuado de la prohibición, además de sancionar severamente su incumplimiento; es aquí que opera la gran responsabilidad de las Consejerías Municipales por los derechos del niño, niña y del adolescente (CODENI), que constituye la primera instancia con quien el adolescente toma –o debería tomar– contacto.

El registro del adolescente es un requisito indispensable para salvaguardar su integridad e interés, las CODENIs, como instancia administrativa Municipal, no pueden ni deben autorizar trabajos prohibidos para los adolescentes, y deben brindarles una orientación adecuada, tanto al adolescente como a su grupo familiar, en un lenguaje claro y conciso, esbozando cada aspecto que pudiera poner en peligro la integridad del mismo.

En caso de incumplimiento se debe remitir todos los antecedentes al ámbito penal teniendo en cuenta lo establecido en el art. 205 del Código penal; el hecho deberá ser imputado por exposición de personas a lugares de trabajo peligroso. Asimismo, se deben imponer las demás multas y sanciones establecidas en el Código Laboral.

En el caso específico que nos toca investigar podemos afirmar que el riesgo está presente en las actividades laborales que la ley autoriza a que el adolescente realice, por eso la importancia de estar registrado como adolescente trabajador y que este registro sea remitido en tiempo y forma por la CODENI, al Ministerio de Trabajo y que esta a su vez pueda verificar las condiciones laborales del adolescente trabajador registrado.

Existen en la actualidad profesionales que se dedican a la higiene y seguridad en el trabajo que, entre otras cosas, se ocupan de observar, analizar e identificar todas las acciones o actividades que puedan desencadenar un posible accidente laboral y que, de esta manera, se transforman en una fuente de riesgo en el trabajo para quienes desarrollan tareas que necesariamente implique realizar (de manera voluntaria o de manera involuntaria) alguna o algunas de esas acciones.



En este punto también se consideran o deben considerar las variables que existen en el trabajo; la opinión conjunta y la educación es fundamental para prevenir el riesgo laboral y crear la propia toma de conciencia.

### **9. Factores de riesgo y factores protectores. Consecuencias**

Un factor de riesgo laboral es el elemento o conjunto de elementos que, estando presentes en las condiciones de trabajo, pueden desencadenar una disminución en la salud del trabajador, y causar un daño en el ámbito laboral.

Algunos factores de riesgo laboral son por exceso: aquellos derivados de la carga de trabajo o cantidad de trabajo sea por la mala organización, pocos recursos humanos o el poco empeño para el desarrollo de la actividad. Aplicado esto a los adolescentes, no sería adecuado sobrecargarlo de actividades o acciones que requieran de mucho esfuerzo físico o un conocimiento técnico elevado, por ser el adolescente una persona en desarrollo, que se encuentra alimentando, captando las informaciones del exterior para luego procesarlos y utilizarlos. Desde luego, para controlar estos aspectos es imperativo que se trate de trabajadores adolescentes registrados.

En los riesgos derivados del ambiente de trabajo entran a tallar todos los elementos que forman parte de la estructura y lo que en ella se encuentra, por citar: ruidos molestos, mala iluminación, altas o bajas temperaturas, poca ventilación. Los fiscalizadores del trabajo deben tener muy presente estas condiciones a la hora de inspeccionar el lugar de trabajo del adolescente.

Los riesgos provocados por agentes químicos: son todos los daños que puedan causar estos químicos, sea a largo o corto plazo, afectando gravemente la salud o deteriorándola. En el caso específico de los adolescentes trabajadores este tipo de riesgo no es permitido porque se encuentra tipificado como trabajo peligroso, la CODENI debe observar minuciosamente el tipo de actividad que realizará el adolescente; no debe ser emitida ninguna constancia para estos tipos de trabajo y si en el marco de sus atribuciones se detecta una situación de trabajo adolescente peligroso debe remitir los antecedentes a la instancia correspondiente.

Otro de los factores de riesgo son los provocados por agentes biológicos, que se definen como la posible exposición a microorganismos que puedan dar lugar a enfermedades, exposición motivada por una actividad laboral, sea por vía aérea,

digestiva, sanguínea, piel u mucosa; este tipo de trabajo también está prohibido para adolescentes.

En dicho contexto, se entiende por factores de protección todas aquellas circunstancias, condiciones, características y atributos vinculados al comportamiento social, que potencian las capacidades de un individuo para afrontar con éxito determinadas situaciones adversas.

### **9.1 Factores externos que inciden en la vulneración de derechos del adolescente**

También puede ocurrir que en el ámbito externo, en lo laboral o social, donde el adolescente que empieza una actividad laboral, no tenga la motivación suficiente, o exista mucha burocracia, se sienta excluido, o hasta discriminado por su edad o su misma condición de adolescente.

#### **9.1.1 Burocracia**

Llámesse al conjunto de trámites o actividades que una persona debe realizar para resolver un asunto de carácter administrativo; en el caso de los adolescentes, los mismos deben realizar una serie de actos administrativos conjuntamente con sus padres para poder registrarse; tal mecanismo es hasta ahora el único modo de garantizar de alguna forma el cumplimiento efectivo de la ley para proteger al adolescente registrado.

#### **9.1.2 Aspectos culturales**

En Paraguay quedó muy arraigado el tema del mal llamado “trabajo infantil y trabajo adolescente”, que tuvo sus orígenes en la guerra de la Triple Alianza y, posteriormente, en la del Chaco. Debido a que muchas familias quedaron desmembradas, producto de los conflictos armados, las madres pobres enviaban a sus hijos a vivir con familiares, para cubrir sus necesidades básicas y permitirles la educación (criadazgo).

Con el tiempo esta práctica se fue desvirtuando y fue el foco de atención de instancias internacionales; si bien es cierto que actualmente el criadazgo está prohibido, está aún muy arraigado en las campiñas del interior, donde se sigue creyendo que es más importante que un adolescente trabaje y aporte en la economía familiar, que el mismo reciba una educación adecuada que tendrá sus resultados a largo plazo.



De modo que, tanto la sociedad como los referentes políticos siguen visibilizando al adolescente con la óptica de que constituyen un gasto y no una inversión para el país. El factor cultural incide bastante en la hora de registrar al adolescente, y en muchos casos los responsables legales prefieren omitir este trámite, sin interiorizarse realmente de las implicancias que tienen para el adolescente el hecho de no estar registro.

### **9.1.3. Deserción escolar**

Cuando el adolescente que trabaja no se encuentra inscripto en la CODENI, resulta sumamente difícil que las instancias encargadas de la fiscalización de las condiciones laborales realicen algún tipo de control, salvo que se efectúen alguna denuncia que los ponga al tanto. Cuando la actividad que realiza el adolescente no es controlada puede caer en diversas vulneraciones, entre ellos la deserción escolar. La evaluación educativa del Snepe tomada en el año 2015, denota un dato alarmante: el alto índice de deserción escolar en la última etapa de la educación formal. Ya se mencionó que el 59% de los estudiantes no culminó la Educación Media.

En el año 2018 la deserción escolar aumenta y preocupa en Paraguay. El especialista en demografía, Roberto Cano, considera hoy que la cifra del alumnado paraguayo desertor de la Educación Escolar Básica (EEB) se debe a la precariedad y pobreza con que viven algunos sectores en el país.

En su gran mayoría los adolescentes abandonan el colegio para dedicarse a una actividad laboral, en la que al no existir registro se expone a otras vulneraciones.

## **9.2. Factores Internos**

Existen infinidad de factores que inciden en la decisión del adolescente a la hora de buscar la primera actividad laboral; pueden ser factores personales o internos, sea por sentirse independiente, por aportar económicamente en el círculo familiar o por su sustento mismo.

### **9.2.1. Dificultad económica**

El factor económico es el más fuerte en la hora de iniciar una actividad laboral; la pobreza existente en la sociedad, la falta de trabajo, se deben, en parte, a que los padres y madres no cuentan con preparación ni estudios para conseguir empleo

decente, debido a que ellos tampoco fueron a la escuela, y así se perpetúa el círculo de la pobreza.

Como pudimos apreciar precedentemente, muchos adolescentes se ven obligados a dejar sus estudios por buscar el sustento diario.

### **9.2.2 Conflicto familiar**

La falta de comunicación del grupo familiar, el estrés, el poco tiempo familiar, el trabajo son algunos de los desencadenantes del conflicto familiar; la ausencia de los padres durante todo el día hace que los adolescentes se conviertan en huérfanos virtuales, sin guía ni apoyo, y busquen distracciones quizás inapropiadas a su edad, estén pendientes de las últimas tendencias de moda —que no condice con la realidad económica en la que viven— o quizás llamando la atención de una forma errónea pero válida desde su óptica; en muchos caso los adolescentes buscan su primer empleo antes de llegar a la mayoría de edad, buscan un trabajo como un método de escape del conflicto familiar en el que vive.

### **9.2.3 Desinterés en los estudios**

Es otro aspecto importante a tener en cuenta y a ser considerado por las instancias encargadas del ámbito educativo; se deben buscar mecanismos o estrategias que incentiven a los adolescentes a seguir con sus estudios; recordemos que el derecho a la educación debe ser garantizado, y ello no solo significa proporcionarles conocimientos aplicables a la etapa productiva de la vida, sino que también les permite desarrollar sus habilidades y aptitudes, propende a su adecuado desarrollo mental y físico. La deserción es un fenómeno presente y pluridimensional porque convergen varios aspectos, como ser lo económico, lo cultural, lo familiar y personal, donde entra a tallar la voluntad del adolescente, el interés real que ponga en ella.

### **9.2.4 Explotación laboral**

La explotación laboral del adolescente por parte de sus padres o entornos familiares es una constante que se busca erradicar definitivamente; si bien es cierto que está penado por ley, la explotación de niños y adolescentes se mantiene invisible, o sea lejos del alcance o vista de la ley; a muchos de estos adolescentes explotados por sus padres se les niega el derecho a la educación, a una vida digna, a la salud, a lo



que se suman todos los demás factores que contribuyen a su explotación en todas las formas no solo laborales.

#### **9.2.4 Paternidad/maternidad precoz**

Según datos del Fondo de Población para las Naciones Unidas (UNPFA), las adolescentes tienen embarazos siendo cada vez más jóvenes, y este aumento precoz constituye otro de los factores que afectan el desarrollo pleno del adolescente, quien debe dejar sus estudios y asumir una responsabilidad laboral precoz para afrontar los costos que implica la crianza de un niño.

La falta de diálogo, la poca educación sexual, la desintegración familiar, la ausencia de valores, la falta de planificación o la inocencia, entre otros aspectos, llevan a un embarazo precoz, poniendo en riesgo no solo la vida de la madre sino también la del niño en el vientre.

Las madres adolescentes son más vulnerables en este caso, ya que teniendo un niño/a que sustentar aceptan cualquier trabajo, exponiéndose a todo tipo de peligros y explotación laboral.

### **10. Verificación de la hipótesis**

Según el trabajo de campo que se ha realizado, se afirma que existen factores condicionantes para el cumplimiento del registro del adolescente trabajador. Se reconoce que la adolescencia es una etapa fundamental durante los procesos de crecimiento y desarrollo, tanto en los aspectos biológicos, psicológicos, afectivos e intelectuales, donde se requieren de condiciones mínimas y propicias para manifestar su potencial pleno.

Cuando se habla de trabajo adolescente, se hace referencia a una persona que realiza una actividad laboral, dentro de la franja etaria de 14 a 17 años de edad, esta realidad social es compleja y está condicionada por distintos factores, en el desarrollo de la investigación se hace moción a factores externos y factores internos. Los factores económicos constituyen una de las principales razones del trabajo adolescente.

En este contexto, la investigación permitió visibilizar que en la CODENI, en el año 2016, estaban inscriptos 162 adolescentes trabajadores, y en el año 2017 estaban inscriptos 169 adolescentes; sin embargo, al contrastar la información sobre la cantidad de registros entregados en ese Municipio, llegan a los 800 (ochocientos); y el

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad no recibió las comunicaciones pertinentes, por lo cual realizar el trabajo de fiscalización resultaría difícil.

A ello se suma que las instancias que deben ejercer la inscripción, no cuentan con los recursos humanos y presupuestarios para el cumplimiento cabal de sus funciones, lo que incide en forma directa en varias vulneraciones a los adolescentes trabajadores.

### **11. Ámbito Jurisdiccional:**

Cuando en el ámbito laboral se presenta un adolescente con un caso, primeramente se analiza si es en instancia administrativa, con la intervención del Ministerio de Trabajo, cual es la institución correspondiente conforme a la ley supra mencionada. En cuanto a lo jurisdiccional, lo más seguro es que el juez laboral podría entender en estos casos; se debate esa circunstancia en el sentido de que estas instancias no cuentan con la especialidad requerida en los Fueros Niñez y Adolescencia, por consiguiente, ello constituye un obstáculo para acercarse a los principios rectores y fundamentales del derecho de la niñez y adolescencia.

Se ha observado, en el transcurso de esta investigación, que es muy poco lo que se ha tratado en intervenciones efectuadas por operadores administrativos o judiciales en otros fueros, es decir, cuando el niño o adolescente interviene en un fuero distinto al de la niñez y adolescencia, como se presenta en este caso en el ámbito laboral; es por esta razón que los operadores especializados en el área de la niñez y adolescencia manifiestan comúnmente que el fuero para plantear casos de esta naturaleza serían los Juzgados de la Niñez y Adolescencia de la jurisdicción territorial del niño o adolescente en cuestión.

Consecuentemente, se debe de acotar que en toda jurisdicción, sea administrativa o judicial, y cualquiera sea la materia, cuando en las mismas se involucren adolescentes se deben respetar los derechos fundamentales derivados de la Convención de los derechos del niño y adolescente, y las garantías procesales respectivas, como sería nuestro caso de estudio del fuero laboral, coordinando además los principios laborales mencionados más arriba.

Sea el operador administrativo o judicial, el mismo debe contar con la idoneidad y capacidad, limitarse en la discrecionalidad; indistintamente de quién primeramente



haya tomado conocimiento, este órgano debe dar el debido asesoramiento e intervención correspondiente, ajustarse a la normativa legal. En este sentido se deberán efectuar los informes y/o denuncias en la Defensoría Pública y/ Fiscalías Penal de turno, si constituye un hecho punible, a la Fiscalía Laboral, a fin de realizar el acompañamiento, al Ministerio del Trabajo a fin de realizar las inspecciones y fiscalizaciones de las condiciones laborales, siguiendo la guía de coordinación interinstitucional elaborada en esa instancia administrativa.

Si el caso amerita, también se podría dar intervención a otros organismos estatales con programas sociales de protección y apoyo a adolescentes y sus familias, tales como el Ministerio de la Niñez y Adolescencia, la Secretaría De Acción Social, todos en forma coordinada, dentro de sus debidas competencias, deben realizar los informes de riesgos, verificar otros adolescentes trabajando.

Al recibir una denuncia por parte de un adolescente trabajador, que requiera su consecuente derivación a una instancia jurisdiccional, deberá obligatoriamente pasar por ciertos filtros de vital importancia a los efectos de poder dilucidar el fuero en el cual el mismo va a ser atendido.

Si bien cabe señalar que al ser la materia del fuero laboral, un fuero netamente especializado para atender asuntos que tenga que ver con la protección de los derechos y obligaciones por parte del empleador y del trabajador, no es menos cierto que el trato del adolescente en cualquiera de los estamentos jurídicos requiere, debido a su vulnerabilidad, de cierta atención directa por sobre cualquier otro proceso, cuya inobservancia podría derivar en un perjuicio al justiciable, quien en este sentido es el trabajador.

En cuanto a datos estadísticos de denuncias en el ámbito laboral, respecto a denuncias presentadas por adolescentes o familiares directos, no se cuenta con datos sobre denuncias en el fuero laboral, al menos durante el desarrollo de esta investigación.

## **12. Conclusiones**

El trabajo adolescente es una realidad presente en la vida de muchos jóvenes, es una forma de apoyar el sustento económico en el hogar, que trae consigo una serie de responsabilidades por parte de la familia, los empleadores y el Estado; el factor pobreza incide en la decisión de buscar trabajo como medio de sustento.

Según informe de la Secretaría de la Juventud y el Fondo de la Población de las Naciones Unidas (UNFPA) 2015 - Paraguay Joven, un amplio número de adolescentes inicia su participación económica laboral en la niñez. Según datos de la Encuesta Nacional de actividades de niños, niñas y adolescentes (EANA) las condiciones laborales son inaceptables para garantizar su desarrollo personal. Uno de los mayores factores que inciden en la vulneración de los derechos es el factor económico, en nuestro país se cuenta con una tasa de 26,40% población en situación de pobreza, según la Dirección General de Estadísticas, Encuestas y Censo, Encuesta Permanente de Hogares.

El Código de la Niñez y la Adolescencia, hace referencia a la protección a los adolescentes trabajadores en un capítulo especial, donde se establece la edad mínima de 14 años para trabajar. En el código se establece una serie de requisitos que la familia y el adolescente deben cumplir ante la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, niña y adolescente (CODENI), para la expedición de una constancia de registro, siempre y cuando el trabajo no esté prohibido, es decir, no ponga en riesgo la vida o la integridad del adolescente y sea acorde a su edad, grado de madurez, no afecte su moral y permita al adolescente proseguir sus estudios. Luego del registro, la CODENI, debe comunicarlo a las instancias administrativas, Ministerio del Trabajo, que debe realizar la fiscalización de las condiciones laborales en que se encuentre el adolescente. A los fines de verificar el cumplimiento efectivo de estos deberes, la Ley N° 6083/2018 confiere al Ministerio de la Niñez y Adolescencia la facultad de fiscalizar la labor de la CODENI.

El objetivo del registro es verificar que se cumplan las condiciones laborales legales y brindar garantías al adolescente; la comunicación de registro por parte de la CODENI al Ministerio de Trabajo es clave, y constituye una herramienta imprescindible para la fiscalización respectiva, y para garantizar la protección integral al adolescente en su desarrollo y las condiciones necesarias para que el mismo pueda crear un proyecto de vida para sí mismo y su entorno familiar.

Entre los factores condicionantes al cumplimiento del Registro del Adolescente trabajador, teniendo en cuenta las sistematizaciones de las encuestas realizadas a los adolescentes y las entrevistas realizadas a los operadores intervinientes en esta área, en el marco de los trabajos de campo realizados en el cual se indagó cual sería la razón por el cual no se inscriben a los Adolescentes trabajadores en el Registro de la



Consejería Municipal CODENI, se ha observado que una de las mayores barreras al cumplimiento del Registro es, por un lado, es el desconocimiento de esta obligación legal en general, y, por el otro, el estar realizando una actividad prohibida o no permitida, o bien trabajando con un empleador que no cumple las condiciones laborales mínimas previstas en la ley laboral o en el Código de la Niñez y Adolescencia.

La inscripción del Adolescente en el Registro de la CODENI es fundamental, ya que a través del mismo es posible identificar quiénes realizan una actividad laboral en el Municipio, además permite la fiscalización de las empresas quienes contratan a los adolescentes, si cumplen las exigencias de la ley, si constituye un trabajo peligroso no permitido o si pudiera ser víctima de explotaciones laborales, con el pago de un salario inferior a lo establecido, si cuenta con un seguro social. Se ha constatado, además, la poca o nula comunicación por parte de la CODENI a las instancias administrativas del Ministerio de trabajo, a pesar de que la obligación legal. Esto se ve reflejado en el hecho de que no se han hallado reclamos o demandas relacionados a adolescentes trabajadores durante la investigación, es decir, no se ha detectado ningún juicio en los fueros de la Niñez o Laboral, en el cual intervengan los mismos.

Resaltan las diversas vulneraciones del derecho y de la protección integral que la falta de registro expone al adolescente, tanto en su desarrollo, formación y entorno familiar, abriendo paso a la explotación laboral, acoso laboral, sexual, humillación, malos tratos a los adolescentes, trabajos prohibidos, incumplimiento de horarios estipulados por ley, lo que, en consecuencia, dificulta el acceso del adolescente a la educación escolar. Asimismo, la falta de control o falta de acompañamiento expone a los mismos a deserción escolar, truncando su pleno desarrollo intelectual y social, así como las inspecciones médicas pertinentes, que permiten tener un panorama general acerca de su condición de salud; todo ello tiene relación directa con el ejercicio de ciertos derechos primordiales como la salud, educación, recreación, participación, derechos que cuyo ejercicio es necesario para que el adolescente desarrolle sus aptitudes de manera positiva y que evolucione integralmente en su persona.

En cuanto a la eficacia de las instituciones que supervisan el cumplimiento del Registro del adolescente trabajador para garantizar su protección, es necesario un compromiso real de la Municipalidades para que las Consejerías Municipales cumplan efectivamente con sus atribuciones, que le son conferidas a través del Código de la Niñez y la Adolescencia. Igualmente se debe dotar de personal capacitado y se debe

contar con un presupuesto adecuado para que las intervenciones sean eficaces. Asimismo, es necesaria la concientización e información a los empleadores y actores o autoridades políticas municipales, de las obligaciones que la ley trae aparejadas. La digitalización mediante la tecnología e internet también facilitaría la implementación de la norma, y que las realizar las comunicaciones pertinentes se efectúen de forma electrónica, para su posterior fiscalización, y la aplicación de multas o sanciones a los empleadores, en el caso de incumplimiento.

### **Bibliografía**

Acordada Corte Suprema de Justicia N° 633. (2010). *Por la cual se resuelve ratificar el contenido de las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*. Asunción. Paraguay.

ALFONSO DE BOGARÍN, IRMA. (2005). *Derecho de la Niñez y Adolescencia. Enfoque procesal*. Paraguay: Editora Litocolor.

ALMIRÓN PRUJEL MARÍA ELODIA. PETTIT HORACIO ANTONIO. (2008). *Digesto de DDHH*. Paraguay: Editora Marben.

ALTAMIRANO, JOSÉ V.; IRÚN GRAU, JOAQUÍN, (2004) *Servicio doméstico*, Asunción, Paraguay, La Ley Paraguaya.

BARBOZA, LOURDES. MARTÍNEZ TERESA. (2005). *El nuevo paradigma de los derechos del niño*. Paraguay: Ceniju- Plan Paraguay.

BURGOS, ÁLVARO. (2009) *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 123. Costa Rica.

*Código Civil Paraguayo Ley N° 1183* (1985). Paraguay

*Código de la Niñez y la Adolescencia Ley N° 1680/2001*. Paraguay

*Código de Organización Judicial. Ley N° 879* (1981). Paraguay

*Código del Menor Ley 903* (1981). Paraguay

*Código Penal de la República del Paraguay. Ley N° 1160*. (2001). Paraguay.

*Constitución de la República del Paraguay*, 1992

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Costa Rica.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2006): *Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el*



*Caribe* (1993-2006). Santiago de Chile: UNICEF Recuperado de [http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos\\_documento/196/compilacion\\_1993\\_2006.pdf](http://www.unicef.cl/unicef/public/archivos_documento/196/compilacion_1993_2006.pdf)

Decreto N° 580/2008, (2008) Por la cual se crea el departamento de inscripción obrero patronal, reglamenta el registro obrero patronal y establece sanciones por su incumplimiento. Paraguay

Decreto N° 4951/2000, (2002). *Por el cual se reglamenta la Ley núm. 1657/2001 y se aprueba el listado de trabajo infantil peligroso*. Paraguay

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. (1994). *El Derecho de la Infancia Adolescencia en América Latina*. Editorial Forum Pacis. Bogotá.

GLOBAL INFANCIA (2009) *Podemos Protegerlos* Recuperado de [http://www.globalinfancia.org.py/uploads/File/podemos\\_protegerlos.pdf](http://www.globalinfancia.org.py/uploads/File/podemos_protegerlos.pdf)

IRÚN, J. (2015) *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho del Trabajo y Procesal del Trabajo*. Asunción, Paraguay. La Ley S.A. Fondo Editorial de Derecho y Economía.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (2009): *El Derecho del Bienestar Familiar*. Bogotá, Avance Jurídico Casa Editorial

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (2008): *Informe Interamericano de la Educación en Derechos Humanos*. San José de Costa Rica.

KRASNOW, A. (Ed.) (2015) *Tratado de Derecho de Familia*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina. La Ley S.A. Fondo Editorial de Derecho y Economía.

*Ley que aprueba y ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. Ley N° 1* (1989). Paraguay

*Ley que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño N° 57* (1990). Paraguay

*Ley que establece el alcance de los términos Niño, Adolescente y Adulto Menor N° 1702* (2001). Paraguay

Ley N° 1702/2001. (2001) *Que establece el alcance de los términos Niño, Adolescente y Adulto Menor*. Asunción, Paraguay.

Ley 57/1990. (1990) *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*, Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 que lo ratifica en Paraguay. Asunción, Paraguay

- Ley N° 213 (16 de junio de 1993) *Que establece el Código del Trabajo*. Paraguay
- Ley N° 448. (1957) *Por la cual se aprueba la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y su instrumento de enmienda de 1946*. Asunción, Paraguay.
- Ley N° 2332. (2003) *Que aprueba el Convenio N° 138 sobre la Edad mínima. 1973*. Asunción, Paraguay.
- Ley N° 1657. (2001) *Que aprueba el Convenio Nro. 182 de la OIT, y la recomendación sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su erradicación*. Asunción, Paraguay.
- M.J.T. (2010) *Guía de coordinación interinstitucional para la atención a trabajadores menores de 18 años*. Impreso con el apoyo de la OIT, Asunción, Paraguay.
- NÚÑEZ RODRÍGUEZ, VÍCTOR MANUEL. (2004). *Jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia. Apuntes doctrinarios, legislación aplicable y jurisprudencia nacional*. Paraguay: Corte Suprema de Justicia.
- NÚÑEZ RODRÍGUEZ, VÍCTOR MANUEL (2009). *El interés Superior del Niño, comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia*. (Tomo I). Paraguay: Corte Suprema de Justicia.
- NÚÑEZ RODRÍGUEZ, VÍCTOR MANUEL (2010). *El interés Superior del Niño, comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia* (Tomo II). Paraguay: Corte Suprema de Justicia.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2008) *Manual de Formación para operadores de Justicia en el ámbito del trabajo infantil y adolescente*. Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) San José de Costa Rica.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Recuperado de <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>
- MINISTERIO DEL TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, Paraguay. Recuperado de <http://www.mtess.gov.py/>
- SECRETARIA NACIONAL DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Paraguay. Recuperado de [www.snaa.gov.py/](http://www.snaa.gov.py/)
- PODER JUDICIAL, Paraguay. Recuperado de [www.pj.gov.py/](http://www.pj.gov.py/)



Resolución Ministerial MTESS N° 701/2006, *Resolución por el cual se aprueba los formatos y diseños para el registro especial del/la adolescente trabajador/a*. Asunción, Paraguay

Resolución Ministerio de Justicia y Trabajo N° 159 (30 de abril de 1998). *Manual de Inspección del Trabajo*. Paraguay

RODRÍGUEZ, S. (2012) *Código de la Niñez y la Adolescencia – Procedimiento General*. Intercontinental Editora S.A. Asunción, Paraguay.

SNNA/MJYT (2010) *Estrategia Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo infantil y protección al trabajo adolescente*. Editorial AGR servicios gráficos, Asunción, Paraguay.

SNNA (2012) *Evaluación de la situación de la niñez y adolescencia en la producción de cal y ladrillo en Paraguay*. Asunción, Paraguay

STP/DGEEC (2017) *Encuesta Continua de Empleo correspondiente al Tercer Trimestre de 2017*. Variables del mercado laboral de Asunción y el área urbana del Departamento Central. Asunción, Paraguay

SNNA/DDIS (2017) *Informes de Atención de Casos recepcionados por las Consejerías Municipales nivel país*. Asunción, Paraguay.

SNNA/DDIS (2016) *Informes de Atención de Casos recepcionados por las Consejerías Municipales nivel país*. Asunción, Paraguay.

UNICEF (2005): *Situación de los niños y niñas en Chile a quince años de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, 1990-2005*. Santiago de Chile, UNICEF

UNICEF (2009): *Progreso para la infancia: Un balance sobre la protección de la niñez*. Ginebra, UNICEF



# **DERECHO ADMINISTRATIVO**



## EL SILENCIO ADMINISTRATIVO, LA DENEGATORIA FICTA, EL AGOTAMIENTO DE LA INSTANCIA Y EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY N° 6715/2021 “DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS”

Monserrat Rojas \*

### Resumen

El tema cuyo abordaje nos hemos propuesto reviste trascendencia desde la promulgación de la Ley N° 6715/2021 “De Procedimientos Administrativos”, que entró en vigencia en Paraguay desde octubre del 2022. Esta Ley vino a unificar el heterogéneo mundo del procedimiento administrativo, el cual estaba regido por tantas normas como instituciones existían en la administración pública. De especial importancia son las nuevas disposiciones que se refieren al **silencio de la administración**, la **denegatoria ficta** y el **agotamiento de la instancia** a los fines del ejercicio de la **acción contencioso administrativa**, las cuales configuran un soporte en el que el administrado se deberá basar para eventuales reclamaciones ante los tribunales. Este artículo resulta de absoluta actualidad, ya que se intenta analizar cómo se conjugan estos institutos del derecho administrativo en la Ley N° 6715/2021, desde cómo eran concebidos antes de la vigencia de la Ley de Procedimientos Administrativos, y si esta resultó en un esfuerzo superador de todas aquellas concepciones anteriores.

---

\* Abogada por la Universidad Nacional de Asunción (Promoción 2017). Egresada con honores. Con más de 8 años de experiencia en litigios de Derecho Civil, Comercial, Laboral y Administrativo.



**Palabras clave:** *Procedimiento administrativo, silencio de la administración, denegatoria ficta, agotamiento de la instancia, acción contencioso administrativa.*

### **Abstract**

*The subject that we are committed to analyzing becomes relevant since the Administrative Procedures Law N° 6715/2021 of “Administrative Procedures” was enacted here in Paraguay and came into effect in October, 2022. This law unifies the heterogeneous administrative procedures because before it there were as many procedural regulations as existing institutions are in the Public Admin. The matters concerned with the tacit refusal, the exhaustion of administrative remedies, and the judicial review foreseen on the current law are as a whole the fundamental basis on what the administered will support its claim in Court in case of administration's silence. This article is absolutely topical because it is intended to analyze how these matters interact with each other in the context of Law N° 6715/2021, embracing at the same time, both the past conceptions and practices and the current legislation, in order to know if this Law gets over successfully the past misconceptions and misunderstandings.*

**Keywords:** *Administrative procedure, administration silence, tacit rejection, exhaustion of administrative remedies, contentious administrative action.*

## **1. Diversas consideraciones sobre las consecuencias del silencio de la administración antes de la vigencia de la Ley N° 6715/2021 “De Procedimientos Administrativos”**

La cuestión sobre el silencio en el Derecho Administrativo ha sido desde siempre un atolladero jurídico en el que los juristas del área se han visto encontrados, unos contra otros, principalmente por una interpretación muy heterogénea del artículo constitucional referente al derecho a peticionar a las autoridades, y un diverso entendimiento de las consecuencias del silencio administrativo.

Recordemos que el texto del art. 40 de la Constitución de la República consagra este derecho, cuya letra resulta importante transcribir, porque de ella se han derivado interpretaciones —a veces— antagónicas sobre el punto: *“Toda persona, individual o colectivamente y sin requisitos especiales, tienen derecho a peticionar a las*

*autoridades, por escrito, quienes deberán responder dentro del plazo y según las modalidades que la ley determine.*”. Tal vez resulte una verdad de Perogrullo decir que si se tiene el derecho de peticionar, forzosamente, a quien se opone este derecho y se exige una acción positiva –la Administración– tiene el deber de dar una respuesta, incluso aunque ella fuera negativa; de otro modo, aquel derecho sería un derecho “amputado”; pero la concepción del acto de responder como un deber jurídico, y por lo tanto, esencialmente exigible, no ha sido pacíficamente entendida en la literatura jurídica ni en los tribunales.

Para comprender las distintas posturas sobre el silencio administrativo y las consecuencias que la adopción de una u otra tesis tenía para el administrado, debemos referenciarlas en cuanto a lo esencial. De este modo, podremos tener una clara noción del estado de la discusión previo a la Ley de Procedimientos Administrativos y qué cambió con este nuevo cuerpo normativo –si algo lo hizo– haciendo una sucinta exposición de todas las posturas jurídicas ya largamente sostenidas en la doctrina y práctica del Derecho Administrativo.

Así, abierta la “instancia administrativa” las posibilidades para el administrado, según la postura a quien uno adscriba, eran: 1) Que el trámite estuviera reglado y los plazos establecidos, en cuyo caso la denegatoria ficta era la consecuencia del vencimiento de aquellos y la persistencia del silencio administrativo, con lo que quedaba expedita la vía para la acción judicial, postura que parece bastante comprensible; 2) que el trámite no estuviera reglado, en cuyo caso el administrado debía plantear el amparo de pronto despacho como requisito previo para considerar agotada la instancia, ya que al no existir plazo expreso dicho emplazamiento era necesario, o 3) que el trámite no estuviera reglado, en cuyo caso el administrado quedaba facultado. ora a promover amparo de pronto despacho, ora a accionar ante estrados judiciales, sin necesidad de emplazar previamente a la Administración.

### **1.1. Casos en los cuales el trámite estaba reglamentado**

La primera situación no parece aparejar mayores inconvenientes, ya que existiendo reglas y plazos *ex ante*, el ciudadano no puede alegar el desconocimiento de las mismas y los plazos operarían por el mismo imperio de la ley, *maxime* en aquellos casos en que la normativa especial hace expresa indicación de que pasado un determinado término la petición debía reputarse rechazada. Así que, dado un plazo cualquiera a la administración para que se pronuncie y fenecido este, podía ya



entenderse rechazada la petición y quedaba expedita la acción a favor del administrado. El ciudadano, entonces, podía iniciar la acción contenciosa administrativa contra la denegatoria ficta recaída, dentro del periodo de caducidad (dieciocho días hábiles).

Ahora bien, ¿qué ocurriría si existiendo una denegatoria ficta, el administrado no iniciaba la acción judicial en dicho plazo? ¿Acaso debía entenderse que la acción prescribió?

Esto es lo que entendía un sector bastante draconianamente: que el plazo de dieciocho días hábiles para accionar es el mismo, indistintamente y tanto para una resolución expresa como para aquella ficta que rechaza lo solicitado por el administrado, de suerte que, si la acción no se iniciaba en los subsiguientes dieciocho días a que operó la denegatoria ficta, entonces la acción judicial contenciosa prescribiría.

Esta interpretación ponía al administrado en una posición tal que no tenía ningún margen de tiempo para esperar una respuesta favorable de la administración, o cuando menos un acogimiento parcial de sus pretensiones, aunque más no fuese un pronunciamiento extemporáneo. De hecho, en la actualidad no es poco común que la propia autoridad administrativa conteste demandas –ya iniciada la acción judicial– arrojando junto con su contestación propiamente dicha la resolución administrativa dictada de forma extemporánea, con fecha posterior a la del inicio de la demanda, en algunos casos acogiendo total o parcialmente las peticiones del ciudadano, lo cual, en ese contexto y pese a la extemporaneidad de la resolución administrativa, solo podría entenderse como un allanamiento a las pretensiones incoadas en el juicio contencioso.

Otra crítica que cabe hacer a esta postura es que el sentido rigorista con que se interpreta el agotamiento de la vía administrativa soslaya el hecho de que la razón de ser de la denegatoria ficta es erigirse en una **garantía** para el ciudadano ante la pasividad de la administración, que le permita proseguir, ya sea por la vía recursiva o la judicial, contra la negativa ficticia de aquélla. De otro modo, si se sostuviere que la denegatoria ficta es igual al pronunciamiento expreso a los fines del cómputo del plazo para incoar la acción judicial, la virtual consecuencia es que la administración resultaría premiada, porque, además de permitírsele no responder, la acción se vería extinguida, matando así “dos pájaros de un tiro”.

## **1.2. Casos en los cuales el trámite no estaba reglamentado. Exigencia del amparo de pronto despacho.**

Pasemos ahora a los supuestos en que no existía reglamentación ni plazos y no quedaba claro cuándo ni cómo operaba la denegatoria ficta, a los efectos de plantear la ulterior acción contencioso administrativa.

Algunos sostenían que, a falta de plazo expreso para el pronunciamiento de la administración, el administrado debía plantear el amparo de pronto despacho como requisito previo para considerar agotada la instancia administrativa.

La posición asumida en esta segunda tesis ponía al administrado en una difícil situación, en la que no sabía cuál era el plazo en que la autoridad debía expedirse – porque no existía reglamentación– y quedaba al arbitrio de los funcionarios de turno dar o no una respuesta al recurso peticionado.

Para hacérsela menos fácil, el ciudadano debía cargar con la obligación de plantear, por un lado, un amparo “de pronto despacho”, y si además el emplazamiento dispuesto en este resultaba infructuoso y el silencio persistía, le quedaba accionar ante el Tribunal de Cuentas, con el consecuente dispendio de esfuerzos, tiempo y dinero, que poco condice con el principio de economía procesal que el sistema judicial predica.

## **1.3. Casos en los cuales el trámite no estaba reglamentado. Innecesariedad del amparo de pronto despacho.**

La posición de la tercera concepción, en contraste con la segunda, sostenía la innecesariedad del amparo en los procedimientos no reglados, apoyándose en el razonamiento de que la autoridad administrativa no puede excusarse, *so pretexto* de la falta de reglamentación, de su obligación de dar una respuesta al administrado que así lo pide, ya que nadie –con menor razón el Estado que debe anclar su actuar en el Derecho– puede ampararse en su propia negligencia. En este contexto –dicen los que comparten esta visión– el ciudadano puede optar por elegir indistintamente una u otra vía para desagraviarse, la del amparo o la acción judicial, ya que la **promoción del amparo no es una exigencia constitucional ni legal previa**.

Desde esta perspectiva, si el ciudadano optare por recurrir a la acción contencioso administrativa, la persistencia del silencio administrativo puede y debe ser



interpretada en el único sentido posible –negativo– dado que la admisión tácita solo existe en los casos prescriptos en la ley. Tampoco la excepción de falta de acción por “falta” de agotamiento de la vía administrativa podría prosperar en el juicio ante el Tribunal de Cuentas (estrategia procesal anteriormente común, aunque cada vez menos frecuente de las administraciones, que alegan la falta de emplazamiento previo), ni, en un hipotético estudio de “admisibilidad” de la acción, debería ser rechazada ésta.

## **2. La actualidad con la Ley Nº 6715/2021 “De Procedimientos Administrativos”. Las consecuencias del silencio administrativo para el administrado. La denegatoria Ficta. El agotamiento de la Instancia.**

Ahora, resumidas en la medida de lo posible las inagotables y consabidas discusiones sobre el problema de la denegatoria ficta, el agotamiento de la instancia y la promoción de la acción contencioso administrativa, y habiendo hecho las objeciones merecidas, debemos hacer parada en nuestra actual Ley Nº 6715/2021 “De Procedimientos Administrativos” (en adelante LPA), y ver si ella resultó en un esfuerzo superador de todas aquellas posturas tan distintas y distantes. Nos queda aclarar si el tránsito de la denegatoria ficta a la acción contencioso administrativa quedó finalmente allanado para el administrado y qué cambió con la nueva ley vigente. Para ello, debemos distinguir los posibles escenarios en los cuales puede ocurrir el silencio de la administración, y sus distintas consecuencias.

### **2.1. El silencio en el procedimiento iniciado ya sea a instancia del administrado o de la propia administración**

En el primer supuesto, debemos, a su vez, diferenciar entre: a) el procedimiento administrativo ordinario, propiamente dicho, iniciado de oficio por la administración o a solicitud de la parte interesada, regulado en el art. 38 al 54 de la LPA, y b) peticiones o simples solicitudes administrativas (art. 55 de la LPA). Distinguir dichos supuestos es importante en términos prácticos, ya que, a los fines de entablar la acción judicial, el tratamiento del silencio administrativo será distinto en uno y otro caso.

Tratándose del procedimiento administrativo ordinario, este solo podría iniciar por o con respecto de la persona directamente o potencialmente afectada en un derecho subjetivo o un interés legítimo; los legitimados (activos o pasivos) son aquí

únicamente las personas señaladas en el art. 39 de la LPA, en la medida que exista una afectación concreta a los bienes de su propio interés, o incluso cuando se trate *v.g.* de la afectación de bienes colectivos, en cuyo caso la legitimación es mucho más amplia (intereses difusos). A modo de abundar sobre el punto, el procedimiento administrativo ordinario, cuando es iniciado a petición de alguna de las partes “interesada” es llamada en la doctrina uruguaya “petición calificada” y su distinción no es meramente doctrinal, sino que está elevada incluso a rango de norma constitucional en el art. 318 de la Constitución de Uruguay<sup>1</sup>.

Por otro lado, en la LPA se distinguen también las peticiones o solicitudes que en doctrina dan a llamarse “simples”, o donde los sujetos peticionantes tienen un “interés simple”, las cuales pueden ser realizadas por cualquier ciudadano aunque este no acredite estar en alguna de las situaciones del art. 39 de la LPA. En estos casos, la administración debe expedirse en el plazo de veinte días si ello no requiere de sustanciación, conforme el art. 55 de la LPA.

Ahora bien, ¿cuáles son los efectos jurídicos del silencio administrativo según el tipo de tramitación? Sobre este cuestionamiento, la LPA en su art. 52 establece la consecuencia de ello: “Silencio de la Administración. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, si no se dictare la resolución definitiva dentro de los plazos establecidos en la Ley se tendrá por denegada la petición, a los efectos de interponer los recursos administrativos respectivos”. Esta norma trae implícita en sus líneas la distinción doctrinaria entre peticiones “calificadas<sup>1</sup> y simples”<sup>2</sup> que se hace en la

---

<sup>1</sup> El art. 318 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay dice: “*Toda autoridad administrativa está obligada a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un interés legítimo en la ejecución de un determinado acto administrativo, y a resolver los recursos administrativos que se interpongan contra sus decisiones, previos los trámites que correspondan para la debida instrucción del asunto, dentro del término de ciento veinte días, a contar de la fecha de cumplimiento del último acto que ordene la ley o el reglamento aplicable. Se entenderá desechada la petición o rechazado el recurso administrativo, si la autoridad no resolviera dentro del término indicado*”. La alusión a la necesidad de que el peticionante sea el titular de un interés legítimo es clara, esto es, a los efectos de que la denegatoria ficta opere a su respecto y pueda articular las demás herramientas procesales a su disposición.

<sup>2</sup> En el Derecho Administrativo Uruguayo se distinguen las peticiones simples y calificadas, según la calidad del peticionante. La petición simple se fundamenta en el art. 30 de la Constitución de la República Uruguayo, que dice: “*Todo habitante tiene derecho de petición para ante todas y*



doctrina uruguaya, o –según la situación jurídica subjetiva invocada– entre “derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple”<sup>3</sup> que largamente diferenciaron los autores argentinos y que evidentemente recibió nuestra ley actual; no se puede prescindir de dicha categorización, ya que de otro modo no se entendería el *quid* de nuestro art. 52, que es permitirle únicamente a la parte “interesada” (no cualquier interesado, como se explicó, sino los calificados por la ley) reputar la denegatoria ficta, proseguir con la instancia recursiva y eventualmente conseguir la tutela judicial. Por interpretación sistemática, el plazo a que refiere el artículo en cuestión para reputar el rechazo de la petición –a falta de disposición especial sobre la materia– será de tres meses a contar desde el inicio del procedimiento administrativo, el cual a su vez es el límite máximo de duración de su trámite ordinario, establecido por el art. 51 de la LPA.

La interpretación dada al art. 52 de la LPA antes citado es coherente con lo estatuido en las disposiciones generales del procedimiento recursivo, en donde se dejó prístinamente dicho que: “. . . Los recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo, siempre que dichos actos administrativos, a criterio de los interesados, afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos” (art. 57). No cabe duda, entonces, de que solo los peticionantes que a su vez sean parte interesada *strictu sensu*, es decir los contemplados en el art. 39, pueden reputar operada la denegatoria ficta, iniciar el

---

*cualesquiera autoridades de la República.*”, esta sería pues, la petición que puede realizar cualquier ciudadano que no tenga un interés particular en la cuestión sometida a conocimiento de la Administración. Por otro lado, las peticiones calificadas se basan en el art. 318 de la misma Constitución (*ibidem*).

<sup>3</sup> “*El viejo interés legítimo que se podía reclamar siempre en sede administrativa, es decir, ante la propia Administración, pero cuya protección era mayor y más significativa cuando existiera también una acción judicial creada o admitida para su defensa (acción de nulidad, recurso o acción de ilegitimidad, etc.) ha quedado subsumido en los derechos de incidencia colectiva. El derecho subjetivo, la pretensión individual, exclusiva y excluyente, tienen desde siempre tanto tutela en sede administrativa como judicial y puede dar lugar a reparaciones pecuniarias. El interés simple no tiene la tutela judicial ni tampoco administrativa, salvo para la presentación de denuncias, que ahora es obligación resolver a tenor del Decreto 229/2000*”. Gordillo, Agustín (2013). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Buenos Aires. Fundación de Derecho Administrativo. p. 157.

procedimiento recursivo y así agotar la instancia, sea que recurran un acto administrativo expreso o una denegatoria ficta.

Entendemos que la intención de la norma es que, precisamente, quienes puedan verse “real y concretamente” afectados por el acto administrativo que consideran lesivo a sus derechos tengan expedita la vía para hacerlo, a diferencia de quien no acredita una verdadera afectación a un derecho subjetivo o interés legítimo, para quien la vía creada en el art. 52 no estaría habilitada.

De la misma letra del art. 52 de la LPA se deriva una conclusión más: que no cabe hablar de denegatoria ficta en los casos en que el silencio de la administración —o su inactividad— se configure en el marco de un procedimiento ordinario iniciado de oficio, ya que en este caso la instancia administrativa no se ha abierto a petición del interesado. Aquí las consecuencias del silencio resultan equívocas, habida cuenta que solo en el marco del procedimiento sancionador la nueva ley habla de la posibilidad de caducidad de instancia y reserva a dichos casos su aplicación, como se lee en el art. 80 de la LPA; y, por otro lado, el exceso en el plazo de pronunciamiento por parte de la administración da lugar —según la misma ley— solamente a la responsabilidad del funcionario y siempre que, de nuevo, se trate del procedimiento sancionador (art. 82 de la LPA). Sobre las posibles alternativas de solución ante esta falta de pronunciamiento en el marco del procedimiento administrativo ordinario iniciado *ex officio*, nos explayaremos al hablar en el punto 5.

Otra cuestión a tener en cuenta con la vigencia de la ley es que el mismo art. 52 de la LPA dispone el efecto de la denegatoria ficta en el procedimiento ordinario administrativo promovido por la parte interesada, efecto que es el que habilita a esta última a “interponer los recursos administrativos respectivos”. Claramente, la norma no podría estar refiriéndose al recurso de reconsideración, ya que este presupone impugnar una “resolución” ante el mismo órgano que la dictó, y, si hablamos de denegatoria ficta, el problema es que precisamente tal “resolución” no existe y no habría un acto que recurrir en reconsideración. La única solución que nos parece lógica es que la denegatoria ficta habilite la interposición del recurso jerárquico, considerando que en el art. 66 de la Ley se señala cuanto sigue: “Recurso Jerárquico. Contra la resolución que rechace el recurso de reconsideración, el interesado o afectado podrá interponer el recurso jerárquico. El recurso jerárquico también podrá ser interpuesto directamente contra las resoluciones definitivas o actos



administrativos que tengan carácter equivalente, anteponiéndolo al recurso de reconsideración. . .” El segundo enunciado del art. 66 da pie a entender que la denegatoria ficta –al tener un carácter equivalente al de una decisión definitiva (rechazo)– puede ser objeto de recurso jerárquico, en este caso anteponiéndolo al de reconsideración, ya que, como explicáramos, en caso de impugnarse una denegatoria ficta la reconsideración sería inane, por reunirse la calidad de silente y resolvente en el mismo órgano. En este escenario, la resolución que decida el recurso jerárquico contra una denegatoria ficta tendrá prácticamente el carácter de un estudio por avocación.

Tomándonos una licencia, valga decir *obiter dictum* que en lugar de los recursos impugnatorios tal vez en el art. 52 de la LPA hubiera sido preferible *ad referendum* un recurso de queja por retardo –como lo contempla el art. 373 del Código Aduanero para su procedimiento sancionatorio<sup>4</sup>. Asimismo, vemos que una solución alternativa en el Derecho Comparado es la que trae la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina en su art. 23<sup>5</sup>, que habilita expresamente la acción judicial **cuando se diere el caso de silencio o de ambigüedad a que se alude en el artículo 10**. El art. 10 a que se alude en la Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina<sup>6</sup> prevé que el silencio o la ambigüedad de la administración frente a

---

<sup>4</sup> La Ley N° 2422/2004 por la cual fue sancionada el “CÓDIGO ADUANERO” establece en el art. 373: “Falta de pronunciamiento. La falta de pronunciamiento del Administrador de Aduanas en plazo, otorga a las partes el derecho de recurrir ante el Director Nacional de Aduanas en queja por retardo, quien lo emplazará a expedirse dentro del término de diez días. El nuevo incumplimiento dará acción para recurrir en amparo constitucional de pronto despacho”.

<sup>5</sup> La Ley de Procedimientos Administrativos de la República Argentina establece en su art. 23: “Impugnación judicial de actos administrativos. Podrá ser impugnado por vía judicial un acto de alcance particular: a) cuando revista calidad de definitivo y se hubieren agotado a su respecto las instancias administrativas. b) cuando pese a no decidir sobre el fondo de la cuestión, impida totalmente la tramitación del reclamo interpuesto. c) cuando se diere el caso de silencio o de ambigüedad a que se alude en el artículo 10. d) cuando la Administración violare lo dispuesto en el artículo 9”.

<sup>6</sup> La Ley de Procedimientos Administrativos de la República Argentina establece en su art. 10: “Silencio o ambigüedad de la Administración. El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el

pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa, y, a falta de plazo expreso, será de sesenta días máximo. Vencido el plazo que corresponda –según el mismo art. 10– el interesado requerirá pronto despacho, y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución se considerará que hay silencio de la administración. Vemos que la normativa vecina, a diferencia de la nuestra, en caso de silencio o ambigüedad de la Administración **prescinde de la vía recursiva** y brinda al administrado un acceso directo a la acción judicial, previo urgimiento de pronto despacho y transcurrido un nuevo periodo para dictar resolución, lo que, entendemos, allana los trámites previos a la instancia jurisdiccional.

De todo lo antedicho surge que en los procedimientos ordinarios iniciados a solicitud del interesado –calificado como tal según la ley– se permite a este presumir el rechazo de su petición una vez transcurridos los plazos legales, y se le habilita a interponer los recursos respectivos y eventualmente la acción judicial. A *contrario sensu*, en las peticiones promovidas por quienes no estén en ninguno de los supuestos del art. 39 y tengan solo un interés simple, el silencio administrativo no les habilitará a considerar rechazada su petición ni podrán recurrir la decisión ni, menos aún, a instar la vía judicial. Tampoco puede hablarse de denegatoria ficta en el marco del procedimiento administrativo ordinario iniciado a instancia de la administración.

Hasta aquí podrá advertir el lector que la formulación de la norma no es del todo sencilla, ya que se necesita de una hermenéutica un tanto compleja para entenderla, y no es comprensible al justiciable ni para el leguleyo a su primera lectura, lo que no le resta mérito a la LPA, pues su promulgación es *per se* un avance en nuestro Derecho Administrativo.

Todo este razonamiento resultaba menester, puesto que, entender cómo se configura la denegatoria ficta según se trate de uno u otro tipo de procedimiento y según los sujetos con interés, permite poner o no en marcha el mecanismo recursivo y agotar así la instancia administrativa previa a la acción judicial, lo cual es el tema de provecho en nuestras reflexiones.

---

*pronunciamiento, éste no podrá exceder de SESENTA días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros TREINTA días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración”.*



## 2.2. El silencio en la instancia administrativo-recursiva y el agotamiento de la instancia administrativa

El art. 68 de la LPA habla de los supuestos en que se reputa agotada la instancia administrativa, a saber: “Agotamiento de la vía Administrativa. La vía administrativa quedará agotada en los casos siguientes: a) Cuando se trate de resolución dictada por la máxima instancia de un Organismo o Entidad del Estado. b) Cuando se trate de resolución que resuelva un recurso de reconsideración, siempre y cuando no quepa recurso jerárquico. c) Cuando se trate de resolución que resuelva un recurso jerárquico. d) Cuando se trate de actos administrativos contra los cuales no proceda ningún recurso en vía administrativa, conforme con lo dispuesto en la presente Ley o en leyes especiales.”. El inciso a) presupone un pronunciamiento definitivo (expreso) de la máxima autoridad, ya sea porque ningún otro órgano de menor rango tiene la facultad delegada para resolver o, por ejemplo, por avocación; mientras que los incisos b) y c) presuponen la existencia de un procedimiento ordinario y el agotamiento de los recursos. Finalmente, el inciso d) hace referencia a la imposibilidad jurídica de recurrir, la cual únicamente puede ser establecida por ley, *v.g.* las resoluciones que resuelvan incidentes en el procedimiento sancionador aduanero (art. 366, num. 5 del Código Aduanero)<sup>7</sup>, pero, de nuevo, en este caso, al hablarse en la ley de un “acto” jurídico, puede entenderse que el acto administrativo al que se hace referencia tiene carácter positivo y expreso, ya que debemos recordar que la denegatoria ficta no tiene propiamente talante de “acto”, sino que es una ficción jurídica.

A los fines de nuestras reflexiones, los supuestos de relevancia son los de los incisos b) y c), en los que puede agotarse la vía administrativa por el silencio –incluso– en la instancia recursiva, lo cual será entendido como denegación del recurso, ya sea que se trate de la reconsideración o del jerárquico. El agotamiento puede inclusive darse en el supuesto de que ante el órgano jerárquico se recurra un rechazo ficto del recurso de reconsideración, y que –en el peor escenario– por el propio silencio del superior jerárquico opere en ambas instancias recursivas un doble silencio

---

<sup>7</sup> La Ley N° 2422/2004 por la cual fue sancionada el “CÓDIGO ADUANERO” establece en el art. 366, núm. 5: “Formalidades... 5. Las resoluciones dictadas en los incidentes serán inapelables. Cuando hubiere error material, expresión oscura u omisión, serán reparables por vía del recurso de aclaratoria ante el mismo juez, dentro del plazo de tres días hábiles, bajo condición de no alterar lo substancial de lo resuelto”.

(doble denegatoria ficta), con lo que quedaría firme el acto administrativo considerado gravoso. Los plazos en ambos casos serán de veinte días hábiles, de acuerdo con lo establecido en los arts. 65 y 67 de la LPA.

En resumidas cuentas, el silencio en el procedimiento ordinario permite al interesado presumir la denegatoria ficta, y mover todo el aparato recursivo y judicial subsiguientes, pero ello es el caso de quien tenga un interés simple, quien carecería de vías para recurrir cualquier decisión; mientras que en instancia recursiva, al existir plazos en la Ley de Procedimientos y no contemplándose otros distintos en leyes especiales, el silencio implicará el rechazo, ya sea de la reconsideración y/o del recurso jerárquico.

### **3. Impugnación judicial de la denegatoria ficta**

En los escenarios antes descritos, en los que se configura el silencio de la administración y el agotamiento de la instancia administrativa, debemos entender cómo proceder para impugnar judicialmente una denegatoria ficta, a la luz de las nuevas disposiciones. A su vez, esto nos servirá como ejercicio dialógico entre fuentes, entre las posiciones doctrinales y tribunalicias asumidas antes de la vigencia de la ley, y la norma positiva. Esto nos ayudará a entender si la LPA plantea verdaderas soluciones a los inconvenientes que anteriormente se suscitaban por una interpretación errática y diversa del art. 40 de la Constitución de la República.

Para iniciar esta empresa, debemos desglosar el Artículo 69 de la LPA, que dice: “Acción Contencioso/Administrativa. Agotada la vía administrativa, podrá el interesado promover impugnación judicial por la vía de la acción contencioso-administrativa ante el órgano jurisdiccional competente, dentro del plazo de dieciocho días hábiles. El plazo se computará a partir del día siguiente de la notificación de la resolución que tenga por agotada la vía administrativa. En caso que la vía administrativa se agote por denegatoria ficta, el cómputo para plantear la acción contencioso-administrativa se iniciará a partir del día siguiente del término otorgado a la Administración para dictar la resolución correspondiente, no obstante, el derecho a recurrir persistirá para el particular afectado hasta tanto se dé por notificado personalmente ante el Organismo o Entidad del Estado de la denegatoria ficta”.

La primera y segunda oración de este artículo no varían sustancialmente las previsiones anteriores, ya que se habla del agotamiento de la instancia administrativa



como condición para el inicio de la acción judicial, supuesto que ya abordamos al analizar el art. 68 de la ley. Asimismo, el plazo de dieciocho días y su cómputo permanecen igual al régimen anterior. La segunda oración presupone la existencia de una resolución en sentido expreso de la administración, donde no caben dudas de que el plazo para impugnarla judicialmente comenzará a computarse al día siguiente de su notificación, válidamente practicada, supuesto que no es de relevancia aquí para nuestro estudio.

En la última parte de la norma sí se incluye una novedad dentro del Procedimiento Administrativo, con relación al momento (*dies a quo*) en que queda expedita la acción contencioso-administrativa en caso de una denegatoria ficta, lo cual hasta antes de la promulgación de la ley fue también motivo distintas posturas, como explicamos en la primera parte de este trabajo. Por razones de orden práctico, nuestra atención se dirigirá únicamente al párrafo de interés que se refiere a los casos en que existe denegatoria ficta, para luego desentrañar si existe o no coherencia entre éstas y otras disposiciones de la misma ley que la complementan. Así, tenemos que la citada disposición dice:

“Acción contencioso administrativa [...] En caso que la vía administrativa se agote por denegatoria ficta, el cómputo para plantear la acción contencioso-administrativa se iniciará a partir del día siguiente del término otorgado a la Administración para dictar la resolución correspondiente, no obstante, el derecho a recurrir persistirá para el particular afectado hasta tanto se dé por notificado personalmente ante el Organismo o Entidad del Estado de la denegatoria ficta”.

Haciendo una interpretación literal de este apartado –primera regla de interpretación jurídica– en la primera parte se dice que el inicio del plazo de dieciocho días para accionar ante estrados judiciales corre al día siguiente del plazo que tiene la Administración para expedirse, utilizando la unidad lingüística verbal “iniciará”, lo cual da la idea de imperatividad, es decir, “deberá iniciar en ese momento y no en otro”. Pero luego se hace una salvedad con la frase adverbial adversativa “no obstante”, aludiendo que el derecho de “recurrir” persistirá para el particular afectado hasta tanto éste se dé por notificado, con lo cual la imperatividad de la primera enunciación se ve claramente menguada o atemperada por la segunda enunciación.

Esta ambigüedad de los enunciados, que parecen no cuajar, sí nos despierta una alerta, ya que con una lógica rigorista podría caerse en el siguiente absurdo: como

ejemplo, en un procedimiento administrativo ordinario cualquiera se dicta un acto administrativo que es recurrido hasta llegar al recurso jerárquico, en el cual se opera el rechazo ficto del recurso por falta de pronunciamiento en el plazo de veinte días; como la norma dice que el plazo de dieciocho días “iniciará a partir del día siguiente del término otorgado a la Administración para dictar la resolución correspondiente”, ese plazo correría indefectiblemente, con lo cual puede ocurrir que el administrado se notifique el vigésimo día hábil (veinte días) después de la ocurrencia de la ficta, pero que como el plazo “ya inició”, y de hecho ya podría estar vencido cuando el administrado se da por notificado (solo está suspendido su derecho a accionar), el sujeto administrado únicamente tendría ese solo mismo día hábil para plantear la acción porque se notificó ya al día del término o vencido dicho plazo. Entonces ¿debería acaso el administrado plantear la demanda ese mismo día? ¿acaso no sería la solución más justa que el plazo recién “inicie” cuando aquél se notifique de la ficta?

Entiendo que la expuesta no es una consecuencia querida por el legislador, y que no se puede disociar el plazo de prescripción del derecho a accionar, ya que de otro modo el “derecho” en cuestión no pasaría de ser un enunciado sin fuerza para hacerse valer, es decir, se necesitan plazos razonables para su efectivo ejercicio. El problema es que con la redacción referida un intérprete demasiado literal y draconiano puede llegar a hacer una interpretación extremista del art. 69 de la LPA; tal vez hubiera sido preferible *ad referendum* la expresión “el plazo de dieciocho días no comenzará a computarse hasta tanto la parte interesada no sea notificada personalmente de la denegatoria ficta”, que sí deja bien en claro que cuál es el día primero del plazo completo.

Por nuestra parte, preferimos una interpretación correctiva y finalista de esta parte de la norma, en el sentido de entender que la principal intención del legislador fue el permitir que la parte peticionante pueda promover la demanda judicial, sea que se haya notificado o no personalmente de la ficta, ya que dicha notificación es en su solo interés y puede válidamente prescindir de ella. De ningún modo la interpretación de la norma puede derivar en consecuencias injustas —como la que describimos antes— cuando existe un modo más adecuado de armonizarlas.

Otra cuestión que notamos en la redacción de esta norma es que no existe tal “derecho a recurrir”, ya que en este estadio estamos hablando de que la instancia administrativa se encuentra agotada; en todo caso, debió utilizarse la expresión “derecho



de accionar judicialmente” o “derecho de obtener tutela judicial”, las que resultan más adecuadas en el contexto del art. 69 de la LPA. Entendemos, empero, que estos errores –menores– pudieron pasarse por alto al sancionarse la ley.

Hechas las críticas a la redacción, debemos hacer hincapié al plano estrictamente nomológico. Sin lugar a dudas, la notificación de la denegatoria ficta sí es una introducción novedosa a nuestro Derecho Administrativo, ya que no teníamos ninguna disposición similar en el plano local. Suponemos que, en los hechos, ello se hará a modo de notificación personal en la dependencia donde la resolución se encuentra pendiente, como una toma de razón de que en tal o cual fecha el interesado acudió y no encontró una resolución en sentido expreso, o práctica similar.

Desde un punto de vista procedimental, el tercer párrafo puede interpretarse en el sentido de que, si bien la parte interesada puede reputar rechazada su petición apenas se dé el vencimiento de los plazos, y accionar judicialmente, de ningún modo el plazo de dieciocho días para promover la acción se contará en su perjuicio, a partir del día siguiente de tal vencimiento, sino hasta tanto se notifique personalmente (sea por cédula o presentándose ante las oficinas del organismo que correspondiere), con lo cual se garantiza la subsistencia de la acción contencioso-administrativa. Puede inferirse así que la principal intención del legislador fue que la parte peticionante pueda promover la demanda judicial, sea que se haya notificado o no personalmente de la ficta, ya que esta notificación es en su solo interés y puede válidamente prescindir de ella.

Este enunciado viene a solucionar así el problema que generaba la postura respecto del punto 1.1., que abordamos en la primera parte, de acuerdo con la cual el plazo de dieciocho días hábiles para accionar era o sería indistintamente el mismo, tanto para una resolución expresa como para la denegatoria ficta, de suerte que, si la acción no se iniciaba en los dieciocho días subsiguientes al vencimiento del plazo que tenía para expedirse la administración, la acción judicial prescribía. Con la letra actual de la ley, entonces, se acabaría con la ambigüedad interpretativa sobre el momento (*dies a quo*) a partir del cual se computa el plazo de prescripción, y el administrado puede saber a ciencia cierta que hasta tanto no se practique la diligencia de notificación de la resolución ficta su derecho a entablar la acción contencioso administrativa permanece incólume.

Hasta aquí el problema de la anterior falta de reglamentación y ausencia de plazos como de procedimientos preestablecidos en caso del silencio de la administración pareciera haber encontrado una solución, pues en la ley se estatuyen plazos máximos para el pronunciamiento de la administración y, asimismo, cuáles son las consecuencias de la falta de pronunciamiento, cuando menos tratándose del procedimiento ordinario administrativo promovido a instancia de parte que fue el más cuidadosamente elaborado y puntiliosamente regulado.

Consecuentemente, ya no se discutirá tampoco sobre la **necesidad previa** de emplazar a la administración mediante un amparo de pronto despacho y se supera la posición del punto 1.2., mencionado en la primera parte de este trabajo, de quienes predicaban que el amparo era un requisito ineludible para el agotamiento de la instancia administrativa. Los arts. 51 y 52 de la LPA en concordancia con el art. 69 de la LPA –cuya transcripción omitimos por haber sido hartamente referenciados en el cuerpo de este trabajo– zanján el asunto de manera definitiva, al establecer un plazo máximo de pronunciamiento, la ficción de la denegatoria ficta y el derecho de accionar, respectivamente.

En este estado de nuestras reflexiones podemos afirmar que, con la vigencia de la LPA, se pasó de la anterior situación de total incertidumbre, debida a la falta de una Ley General y a la ingente cantidad de disposiciones internas, a una situación de mayor seguridad jurídica para la parte interesada en el marco del Procedimiento Administrativo, lo que sin duda redundó en su beneficio.

Eso sí, existen en este trabajo críticas *ad referendum* al art. 69 de la LPA, el que por una falta de claridad en su redacción requiere de una labor hermenéutica más exhaustiva, de modo a evitar incurrir en una aplicación injusta de su letra.

#### **4. Un remedio no enunciado en la Ley N° 6715/2021 ante el silencio administrativo**

Una última parada que proponemos en el derrotero de nuestras reflexiones es dedicarle unas líneas al amparo de pronto despacho, ya que es parte del repertorio, cuando de hablar del silencio administrativo se trata. Si bien el mismo parecería escapar del estrecho ámbito del procedimiento administrativo, su resolución se proyecta en este último y, de hecho, en no pocas ocasiones se plantea de forma previa a la acción contencioso administrativa; de allí que no abordar la acción de amparo



de pronto despacho, por lo menos brevemente, sería prescindir de un importante eslabón dentro de esta interacción entre institutos del nuestro nuevo Derecho Procesal-administrativo.

A este respecto nos preguntamos si el amparo de pronto despacho, como un remedio al silencio de la administración, ¿tiene alguna cabida en la LPA como mecanismo voluntario previo a la acción contencioso-administrativa?

Pese a las soluciones que trae la nueva normativa, persiste la duda de, si aún vencidos los plazos en el que puede entenderse denegada la petición (o el previsto en la Ley Especial) y antes de notificarse personalmente de la denegatoria ficta, el administrado podría, de todos modos, plantear un amparo de pronto despacho, ya no a modo de emplazar a la autoridad administrativa –dado que esos plazos los tenemos en las leyes especiales y supletoriamente en la LPA– pero sí como medio de obtener una respuesta expresa, concediendo o denegando la petición. Sobre este punto, el legislador ha guardado silencio.

El amparo de pronto despacho, en el marco de la actual legislación parecería una herramienta impráctica, ya que uno presupone que el administrado desearía prontamente agotar todas las instancias administrativas hasta obtener una sentencia favorable en sede judicial. En la realidad, sin embargo, ello no siempre es así ya que las más de las veces lo que el administrado de verdad pretende es una resolución expresa de la administración, por motivos que escapan el razonamiento estrictamente jurídico y obedecen a un cálculo más bien especulativo; algunas de esas razones, por ejemplo, consisten en que es más sencillo ir contra los fundamentos de una resolución expresa en la que la motivación de la autoridad puede atacarse abiertamente, o porque el administrado abriga la expectativa de que la pretensión puede ser total o parcialmente acogida, liberándose de acudir a los tribunales, o reduciendo o minimizando las cuestiones objeto de litigio. En estos escenarios, los actores están dispuestos a plantear el amparo de pronto despacho si ello les puede reportar alguna probabilidad de éxito parcial, o de evitar el litigio judicial (que sabemos, demoraría años).

Nuestra normativa, como dijimos, nada dice en forma expresa y categórica sobre la facultad del administrado de plantear dicha garantía constitucional a fin de hacer exigible el deber de la administración –y/o sujetos obligados– a dar respuesta en el

procedimiento ordinario administrativo, que se consagra en el art. 51 de la Ley de Procedimientos.

A modo de disquisición y sin perjuicio de volver a nuestra legislación, nos resulta oportuno transcribir el art. 28 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la República Argentina, que sí previó el amparo de pronto despacho en caso de mora de la administración: “Art. 28. El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir estos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere lo razonable- sin emitir dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, si la justicia lo estimare precedente en atención a las circunstancias, requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. Contestando el requerimiento o vencido el plazo sin que lo hubiera evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad de los trámites pendientes.”. La lógica de esta norma es la siguiente: ya sea que existan o no reglamentos y plazos para el pronunciamiento, es facultativo del administrado (pues se utiliza la expresión “podrá”) incoar o no el amparo de pronto despacho en caso de mora de la administración, habida cuenta que aquél siempre tiene derecho a obtener una respuesta fundada por parte del sujeto obligado a contestar.

Si bien no tenemos disposición similar en nuestra propia Ley de Procedimientos, entendemos que se puede extraer la misma consecuencia de la redacción del art. 51 de la LPA, que dice: “Pronunciamiento en el procedimiento ordinario administrativo [...] La Administración Pública está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, cualquiera sea su forma de iniciación”. De antemano nos sorprende que, por las implicancias del reconocimiento del derecho del interesado a obtener a una respuesta expresa de la administración —y considerando que el asunto fue por mucho tiempo una piedra en el zapato de los abogados—, este apartado no haya merecido un acápite para sí mismo, y en cambio pase un tanto desapercibido en el cuerpo del artículo.



Hecha aquella observación, lo que proponemos a partir de la letra del art. 51 de la LPA es la siguiente interpretación de índole teleológica: Si entendemos que la Administración Pública en Paraguay está obligada a dictar resolución expresa en todos los casos y cualquiera sea su forma de iniciación, se reconoce la existencia un deber jurídico de la administración (no una facultad) de responder a una petición formalmente hecha por la “parte interesada”, y si su silencio persiste, en contrapartida, “la parte interesada” puede (facultativamente) plantear el amparo de pronto despacho en todos los casos e instancias en que exista mora por parte de la administración, ya que su derecho a obtener una respuesta fundada permanece incólume, aunque el interesado pueda, a su opción, reputar denegada su petición y decantarse por la acción.

*Mutatis mutandi*, puede aplicarse esta solución a los casos en el que el procedimiento administrativo ordinario haya iniciado de oficio por la administración, ya que en estos supuestos no hay denegatoria ficta ni caducidad, por lo que una manera de obtener alguna salida al procedimiento sería el amparo de pronto despacho.

Menos seguros estamos de que pueda plantearse por quien tenga un “simple interés” o carezca de legitimación en los términos del art. 39 de la LPA, además de que el amparo, por definición, requiere que el amparista acredite esa situación de desamparo, que viene dada por la vulneración a algún derecho subjetivo concreto o interés legítimo en la cuestión y no por una vulneración *in abstracto*<sup>8</sup>.

Esta solución interpretativa dada al art. 51 de la LPA condice con la posición del punto 1.3. que hemos analizado en la primera parte del trabajo, sobre el ejercicio el facultativo del derecho a promover amparo de pronto despacho o de accionar ante estrados judiciales sin necesidad de emplazar a la administración, posición que entendemos más justa a los intereses del administrado y más acorde, tanto con el principio de una buena administración, como con la obligación irrefragable de resolver que consagra la nueva LPA en cabeza de la autoridad pública.

Incluso, llegados a este punto de las reflexiones, nos queda una última y no menos importante interrogante dentro del mismo tópico, y es si el amparo de pronto

---

<sup>8</sup> En ese sentido, el art. 567 del Código Procesal Civil estipula: “La acción de amparo será decidida por el titular del derecho lesionado o en peligro inminente de serlo o por quien demuestre ser su representante...”.

despacho tendría efectos interruptivos sobre el plazo de dieciocho días para promover la acción judicial. En rigor, el derecho a accionar no se pierde hasta tanto la interesada se notifique personalmente de la denegatoria ficta, y esta notificación, a su vez, para reputarse válida debe ajustarse a lo dispuesto en el art. 42 de la Ley de Procedimientos, en el sentido de señalar que agota la instancia, y las vías procesales y plazos para iniciar la acción que tiene el interesado. Mientras esta notificación no ocurra, el derecho a accionar se mantiene incólume.

Pero si la notificación se practicara, entendemos que el cómputo de este plazo indefectiblemente comenzará a computarse. Desde la lógica de la preclusión, la conducta procesal del administrado debe entenderse en el sentido de que el mismo prefirió no ejercer su derecho de aguardar la resolución o de conminar a la administración por medio del amparo de pronto despacho, y decidió notificarse de la denegatoria ficta, activando así el plazo de prescripción que estaba latente y, con ello, prescindiendo de manera definitiva de las otras dos vías.

## 5. Conclusiones

Como nos propusimos al iniciar este trabajo, la labor acometida era la de reflexionar sobre la situación previa a la vigencia de la Ley N° 6517/2021 “De Procedimientos Administrativos” en contraste con la actual, en lo que guarda estricta relación con el silencio administrativo, la denegatoria ficta, el agotamiento de la instancia y el ejercicio de la acción contencioso administrativa contra la denegatoria ficta.

Entendemos que la ley dejó muchos aspectos claros en lo que respecta de los supuestos en que puede reputarse la existencia de una denegatoria ficta, la forma en que en tal caso se agota la instancia y el inicio del cómputo para accionar, que eran los temas conflictivos en nuestro Derecho Administrativo local.

Tampoco dejamos pasar la oportunidad de hacer una crítica a las normas, principalmente, en cuanto a ciertos problemas interpretativos que podría suscitarse en su aplicación.

Asimismo, nos tomamos la licencia de reflexionar –no con la profundidad querida pero sí en la medida de lo atinente a nuestro trabajo– sobre la necesidad jurídica de un remedio más apropiado para el caso de que el actor sí pretenda una resolución



expresa y fundada de la administración y no opte por ir a tribunales contra una denegatoria ficta.

Está claro que, tratándose de una Ley tan novel, devendrán probablemente más y mejores reflexiones sobre los tópicos propuestos; este es apenas un tímido ejercicio mayéutico para comprender más y mejor las nuevas normas que nos gobiernan a administrados y administración en el Derecho Administrativo paraguayo.

### **Bibliografía**

GORDILLO, AGUSTÍN (2013). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Buenos Aires. Fundación de Derecho Administrativo.



# **DERECHOS HUMANOS Y TECNOLOGÍA**



## JUSTICIA, SOCIEDAD Y ABOGACÍA: REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA

Alejandro Arcondo \*

### Resumen

La seguridad jurídica, pilar del Estado de derecho, es esencial para el desarrollo y la democracia en Latinoamérica. A lo largo de la historia, la región ha enfrentado inestabilidad política y jurídica, corrupción y constantes reformas legislativas. Para consolidar una seguridad jurídica sólida, es necesario combatir la corrupción, fortalecer instituciones, promover la educación jurídica, garantizar el acceso a la justicia y redactar leyes claras.

**Palabras clave:** Seguridad jurídica, Latinoamérica, estado de derecho, corrupción, instituciones.

### Abstract

*Legal security, a cornerstone of the rule of law, is vital for development and democracy in Latin America. Historically, the region has grappled with political and legal instability, corruption, and frequent legislative reforms. To establish robust legal security, it is imperative to combat corruption,*

---

\* Graduado con honores en la Universidad Nacional de Asunción, autor del artículo “Falta de claridad sobre datos personales, una restricción al mercado FINTECH” publicado en la Revista Paraguaya de Derecho Civil - Número 9 - septiembre 2023, cursando la Especialización en Didáctica Universitaria en la Facultad de Arquitectura de la Universidad Nacional de Asunción y el Diplomado de Expertos en Cartas de Crédito y Garantías Internacionales en la Universidad CAECE de Buenos Aires.



*strengthen institutions, promote legal education, ensure access to justice, and draft clear laws.*

**Keywords:** *Legal security, Latin America, rule of law, corruption, institutions.*

El Estado de Derecho es un pilar fundamental para la convivencia en sociedad, si tuviésemos que realizar una metáfora de cómo sería nuestro pasar sin él, podríamos decir que desarrollarnos en sociedad sin un estado de derecho es en gran medida como andar en una bicicleta sin frenos; eventualmente, vamos a chocar. En este ensayo analizaremos las perspectivas constitucionales latinoamericanas vinculadas con el Estado de Derecho, los problemas existentes y finalmente, qué podemos hacer los abogados para mejorar esta situación.

Antes que nada, debemos iniciar por definir qué entendemos por estado de derecho. El concepto se ha visto históricamente sometido a numerosas revisiones; entendamos que la convivencia humana esta influenciada por las ideas políticas y, a lo largo del tiempo, este concepto se ha ido adaptando a las distintas situaciones. Así, podemos decir de una manera simplista, muy influenciada por el liberalismo clásico, que el estado de derecho es aquél en el cual el marco regulatorio, es decir, el ejercicio de la justicia, se encuentra debidamente establecido y éste encuentra su límite en el individuo. Otros doctrinarios modernos, en cambio, incluyen dentro de este concepto a la denominada “justicia social”, aquella idea en la cual el estado activamente debe intervenir para regular ciertos aspectos de la vida. Sin lugar a dudas, el hecho de que quienes elaboran las leyes son humanos condiciona en gran medida cómo se establecerá esto, ya que las mismas se ven influenciadas por una multitud de ideas. Sin embargo, no es la intención de esta obra profundizar en los conceptos doctrinarios o políticos.

A los efectos de poder realizar un análisis amplio, salvando las diferencias de los distintos países latinoamericanos, tomaremos como punto de partida los elementos básicos establecidos en el preámbulo de la Constitución Canadiense de 1982<sup>1</sup>.

1. El principio fundamental establece que el derecho tiene supremacía sobre las autoridades gubernamentales, así como sobre los ciudadanos, y, por lo tanto, impide cualquier influencia arbitraria. Esta premisa implica que las leyes deben ser aplicadas a todas las personas que, según su contenido y términos, están sujetas a ellas, incluso los funcionarios estatales.

2. La prioridad del derecho implica la necesidad de establecer y mantener un régimen normativo, es decir, un sistema de leyes vigentes. Este segundo principio implica que las leyes deben existir de manera efectiva y aplicable en la práctica.

3. Las interacciones entre el Estado y los individuos deben regirse por el marco legal. Este tercer principio, que se superpone a los dos anteriores, establece que las acciones de los agentes estatales deben estar respaldadas por las leyes correspondientes.

La aplicación en las distintas normas de estos puntos citados funge para los ciudadanos como una suerte de barrera material, permitiendo una sociedad ordenada donde las normas funcionen como contenedor límite.

Pues bien, situémonos ahora en el contexto latinoamericano. La forma en la que examinaremos esta coyuntura estará totalmente desligada de la perspectiva Kelseniana de un derecho desligado de la ideología como tal. Es necesario llevar en cuenta los procesos políticos regionales, ya que muchos de estos han influido notoriamente en los elementos a analizar.

Para comprender la situación actual del Estado de Derecho en Latinoamérica debemos iniciar por la historia reciente. Recordemos que no hace muchos años atrás, América Latina se ha visto azotada por numerosas dictaduras las cuales han causado un daño tremendo a las instituciones jurídicas, permeando todos los espacios de la sociedad con un estado invasivo y controlador. En mayor o menor medida, esto ha sido común en todo el continente, con sus diferencias regionales. Encontramos así, países cuyos regímenes han durado unos pocos años mientras que en otros se

---

<sup>1</sup> DOMINION OF CANADA (ED.), *A consolidation of the Constitution Acts, 1867 to 1982*, Dept. of Justice Canada, Ottawa, 2012.



extendieron por décadas. Es importante mencionar esto ya que, si bien hoy en día estos gobiernos dictatoriales ya no continúan, las huellas que han dejado en sus respectivas regiones siguen tan presentes como nunca.

La importancia de lo mencionado radica en que el punto de partida para cualquier análisis que vayamos a realizar debe ser el elemento más básico de cualquier sociedad, que no es otra cosa que las personas. Como dijimos, podemos, de una manera simplista o estrictamente contenida en el derecho positivo, definir al Estado de Derecho como aquel concepto abstracto en el cual todas las personas deben responder indistintamente a las mismas normas, a las cuales también se somete el mismo órgano aplicador tanto como los individuos. Pues bien, a partir de esto no es demasiado complicado captar la primera cuestión común en Latinoamérica y es esa persistente sensación en los ciudadanos, de que sus derechos no están correctamente protegidos, incluso que el mismo estado es el que los viola, además de una reinante desconfianza en el poder judicial.<sup>2</sup> Pese a que el nivel de avances que se han dado en esta materia varía de país en país, en líneas generales esto se replica en los distintos países.

Con el fin de profundizar más en la cuestión tomaremos en cuenta los siguientes ejes de análisis: el estado de derecho como manifestación de las garantías a la protección de los derechos humanos; la búsqueda de un poder judicial más independiente, mejor estructurado y más eficiente; la seguridad jurídica.

La cuestión de derechos humanos, como mencionamos, es clara. Se ha permeado la confianza producto de una historia llena gobiernos totalitarios. Cuando miramos el segundo punto, sin embargo, resulta más complejo.

Un poder judicial correctamente estructurado y eficiente abarca una multitud de cuestiones, pero principalmente que la justicia esté al alcance de los ciudadanos. Debemos entender que Latinoamérica es una región diversa donde algunos países están habitados por personas de diversos orígenes étnicos y culturales, un ejemplo de esto es Bolivia, la cual contempla tal factor a lo largo de toda su legislación<sup>3</sup>. Ahora, si bien muchos marcos normativos ya reconocen esta cuestión como relevante aún no se ha podido dar la traslación total al campo ejecutivo (el cual es un

---

<sup>2</sup> H. SCHÖNBOHM, «Reflexiones sobre el Estado de derecho en América Latina».

<sup>3</sup> «CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO (CPE) - BOLIVIA - INFOLEYES - LEGISLACIÓN ONLINE».

punto que tocaremos más adelante). Un exponente de esto es la constitución brasileña, que establece una cláusula de protección en relación con “las manifestaciones de las culturas popular, indígenas y afrobrasileñas, así como las de los demás grupos que participan en el proceso civilizatorio brasileño”<sup>4</sup>. Esta diversidad nos lleva indetectiblemente a que las instituciones judiciales deban estar adaptadas para lidiar con todos los ciudadanos independientemente de su formación educativa, nivel económico u origen étnico, así también, debe contar con procesos eficientes, en lo posible desjudicializados, que no provoquen que quienes acudan al sistema de justicia para solucionar sus problemas se vean alejados, ya sea por percepciones erróneas o por el concepto (y la realidad, en muchos casos) de que reclamar sus derechos por esta vía podría acarrear un excesivo gasto, sin garantía alguna de que el resultado pueda ser positivo para ellos.

Por otra parte, es necesario ahondar en los esfuerzos en una justicia independiente de los poderes fácticos. En una sociedad liberal no es posible permitir poseer un gobierno que se extralimite en sus funciones, pero así tampoco que ningún grupo externo a él pueda incidir sobre decisiones que tengan relación con la aplicación de la justicia. En este sentido aún tenemos mucho por mejorar, ya que por más que queramos concebir a este debate del estado de derecho como una cuestión netamente jurídica, finalmente y especialmente en Latinoamérica, aquél se encuentra estrechamente ligado con los procesos políticos, ergo, es fundamental establecer una cultura de legalidad y respeto a estas instituciones.

Finalmente, desburocratizar y descomprimir los procesos es necesario para que los mismos puedan resultar más amigables a los ciudadanos; la tendencia actual nos está llevando a esto a través de la vía de la desjudicialización. La mediación y el arbitraje son herramientas fundamentales para este fin y muchas pequeñas causas pueden ser resueltas por medio de tribunales locales. Es necesario que los estudiantes que se preparan para ser abogados ya lleven este pensamiento instalado desde la universidad.

Prosiguiendo con nuestra breve reseña, es esencial asegurar que el conjunto de reglas propuesto pueda efectivamente regular las expectativas que influyen en las

---

<sup>4</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, «Constitución de la República Federativa del Brasil, 1988», art. 215.



relaciones entre individuos en la sociedad. La necesidad de delimitar claramente las competencias y que estas puedan ser controladas, así como la previsibilidad del sistema judicial resultan fundamentales para inspirar confianza en quienes están sometidos a él. Asimismo, el desarrollo de este elemento permite una mejor relación gobierno-sector privado. No es desconocido para los abogados que en muchos casos la falta de una adecuada previsión de esta cuestión resulta problemática para muchos clientes que deciden invertir en Latinoamérica. Según un estudio realizado por el Instituto de Iberoamérica y la CEOE, de una muestra de empresarios el 42,8% considerar escasa o nula la colaboración de los gobiernos con su actividad en el sector<sup>5</sup>. Si bien hay avances en cuanto a esta materia, aún hay situaciones que mejorar para afianzar el clima de negocios.

Existen diversos puntos de vista respecto de lo presentado, sin embargo, es imposible conseguir un cambio en ninguno de estos ejes sin la intervención de un sector esencial: los abogados. Del mismo modo que una construcción de ladrillos no podría sostenerse sin cemento, el estado de derecho no podría materializarse sin la existencia de los abogados. El rol que estos juegan es fundamental a la hora de velar por el cumplimiento de las disposiciones normativas y muchas veces lo hacen como grupo, a través de colegiaturas, difundiendo información legislativa al público o contribuyendo a la elaboración de normas acordes a los intereses de la sociedad, entre otras cosas.

Igualmente, el abogado desempeña un rol sustancial al hablar de la defensa de derechos humanos, elemento que como ya señalamos es crucial. Acompañan a sus clientes en la defensa de sus derechos, en pocas palabras, son el brazo ejecutor de todo el sistema legal a través del cual estas declaraciones muchas veces abstractas pueden llegar a materializarse en la vida de las personas. Es así que en los “Principios Básicos sobre la Función de los Abogados” podemos encontrar la siguiente cita:

“Art. 14: Los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia, procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional, y en todo momento

---

<sup>5</sup> P. M. C. CASERO, «Latinoamérica ante el Reto de la Seguridad Jurídica», 41, 2013.

actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas y normas éticas reconocidas que rigen su profesión”<sup>6</sup>.

Al ser el rol de los abogados tan importante, éstos poseen una posición privilegiada en el sistema; por supuesto, no desde la perspectiva de una transgresión al estado de derecho sino como un elemento constitutivo del mismo. Con su preparación y conocimientos pueden hacer efectivos los derechos de sus clientes a través de las denuncias de la vulneración de los mismos. Es tan relevante esto que el ejercicio de la profesión se encuentra garantizado:

16. “Los gobiernos garantizarán que los abogados:

- a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas;
- b) puedan viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro de su país como en el exterior; y
- c) no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión”<sup>7</sup>.

Un ejemplo notable es el de los juicios de amparo constitucional realizados en diversos países durante la pandemia del 2020, a través de éstos, las personas embarazadas o en estado de riesgo han podido ser inmunizadas, pese a encontrarse en muchos casos fuera de la cobertura de los programas de inmunización específicos de cada país. En particular mencionamos la decisión del Decimosexto Tribunal Colegiado en materia Administrativa de la Ciudad de México, de ordenar a la Secretaría de Salud la aplicación de una tercera dosis de la vacuna de Pfizer a una doctora embarazada. En este caso particular, el abogado argumentó que su condición la

---

<sup>6</sup> «PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LA FUNCIÓN DE LOS ABOGADOS», OHCHR, fecha de consulta 28 mayo 2023, en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-role-lawyers>.

<sup>7</sup> *Ibid.*



hacia doblemente vulnerable ante el virus del COVID-19 y que necesitaba una dosis adicional de la vacuna para fortalecer su protección.<sup>8</sup>

Tras todo este análisis nos hacemos la pregunta ¿Qué podemos hacer los abogados para contribuir con el fortalecimiento del estado de derecho? Resulta evidente que un primer paso debe ser involucrarnos en los diversos espacios de la sociedad. Afortunadamente nuestra profesión es transversal a todos los estratos sociales, niveles económicos, niveles culturales y sociales. No existe otra profesión con un nivel de amplitud tan grande como el abogado, y es que, a fin de cuentas, todos eventualmente necesitan de un abogado. Pues bien, utilicemos esta posición para expandir la cultura de la legalidad a todas las personas.

Debemos utilizar nuestra posición de factor transversal para generar conciencia pública sobre el Estado de Derecho, conversar entre ciudadanos y crear debates públicos sobre herramientas jurídicas que podrían ayudar a eliminar estas barreras que mencionamos previamente; luego, y a partir de esto, se debe evitar permanecer solo en esta etapa, e intentar trascender y plantear proyectos de reforma, dando nacimiento a instituciones jurídicas adaptadas a esa realidad étnica, cultural y social de cada país permitiendo una justicia al acceso de todos sin importar si realmente comprenden o no la profundidad jurídica de la cuestión.

Los colegios de abogados deben ir más allá de su función tradicional e involucrarse de manera activa en cuestiones sociales. Estas instituciones tienen el potencial de convertirse en agentes de cambio y de fomentar un impacto positivo en la sociedad en su conjunto. Para lograrlo, deben programas y comités especializados en temas sociales, como la protección de los derechos humanos, la igualdad de género, el acceso a la justicia para los grupos vulnerables y la lucha contra la discriminación.

Muchas veces se nos plantea a los abogados como “comerciantes del derecho”, a la vista de que prestamos un servicio remunerado y ello constituye nuestro medio de vida, también es cierto que muchos no están interesados en solucionar problemas como la burocracia del sistema, ya que alejados totalmente de la ética esa es una

---

<sup>8</sup> S. PALACIOS, «La Corte Ordena la Administración de la Tercera Dosis de la Vacuna COVID-19 a Doctora Embarazada», *Alto Nivel*, 2021, fecha de consulta 28 mayo 2023, en <https://www.altonivel.com/actualidad/tribunal-ordena-aplicacion-de-tercera-dosis-de-vacuna-vs-covid-19-a-doctora-embarazada/>.

herramienta que utilizan y de la que se sirven, con medios como las chicanas, para extender innecesariamente los pleitos. No creo que ningún profesional que se guíe por la sana práctica del derecho deba permanecer inmóvil ante esto, al contrario, debemos generar las herramientas necesarias para combatir estas situaciones ya que a la larga las transgresiones al estado derecho resultan perjudiciales para todos sin distinción.

Usualmente los cambios funcionan mejor cuando son llevados a cabo de abajo para arriba, así, una comunidad donde estos sean promovidos desde la sociedad civil se pegará mucho más al ideal que aquella en la que solamente impulsemos cambios en las leyes. De cualquier forma, también es importante que los abogados mejoremos las disposiciones normativas actuales. Es hora de que abandonemos ese estilo legislativo tan abstracto de declaraciones desconectadas de la realidad y empecemos a entender que nuestras normas se materializan a partir de que impactan en la vida de las personas.

El trabajo pro-bono constituye una modalidad de trabajo que por sí misma puede aportar mucho a la sociedad (de hecho, la misma es fundamental y necesaria), sin embargo, no resulta suficiente. Es cierto que la caridad puede mejorar la vida de muchas personas, pero si no atacamos los problemas estructurales, aquella siempre se verá sobrepasada. La esencia de esto no es filantrópica, sino de responsabilidad social; debemos tomar esta faceta del pro-bono y aplicarla a otras cuestiones.

De cualquier manera, el mayor aporte que podemos hacer es a partir de nuestras vivencias, entender nuestro rol y aplicarlo desinteresadamente. Finalmente, sin importar la cantidad de reformas legales, mecanismos novedosos, instituciones a disposición o cualquier otra vía para mejorar el estado derecho que utilicemos, si no mejoramos como individuos, si no tenemos magistrados de la más alta eticidad, si no logramos que nuestra independencia profesional se mantenga pese a presiones de sectores económicos, ningún avance será posible.

La virtud que poseemos, como actores en el ámbito jurídico, es la capacidad de comprender una realidad que va más allá de lo que percibe el común de las personas. No somos meros espectadores, formamos parte activa del engranaje que da vida y forma a la estructura legal de nuestra sociedad. Esta comprensión profunda nos permite interpretar y aplicar el derecho de manera que responda a las necesidades cambiantes de nuestro entorno. Sin embargo, esta posición privilegiada debe



interpelarnos constantemente. El día a día de nuestra profesión no debe ser visto únicamente como una rutina o un conjunto de tareas a realizar, sino como una oportunidad para reflexionar sobre el impacto de nuestras acciones y decisiones en la vida de las personas y en el tejido social en su conjunto.

Está en nuestras manos lograr este cambio.

### **Bibliografía**

CASERO, P. M. C., «Latinoamérica ante el Reto de la Seguridad Jurídica», n.º 41, 2013.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO (CPE) - Bolivia - InfoLeyes - Legislación online.

DOMINION OF CANADA (ed.), *A consolidation of the Constitution Acts, 1867 to 1982*, Dept. of Justice Canada, Ottawa, 2012.

PALACIOS, S., «La Corte Ordena la Administración de la Tercera Dosis de la Vacuna COVID-19 a Doctora Embarazada», *Alto Nivel*, 2021, fecha de consulta 28 mayo 2023, en <https://www.altonivel.com.mx/actualidad/tribunal-ordena-aplicacion-de-tercera-dosis-de-vacuna-vs-covid-19-a-doctora-embarazada/>.

OHCHR. «Principios Básicos sobre la Función de los Abogados», fecha de consulta 28 mayo 2023, en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-role-lawyers>.

REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, «Constitución de la República Federativa del Brasil, 1988».

SCHÖNBOHM, H., «Reflexiones sobre el Estado de derecho en América Latina».



## EL USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: ¿UTOPIA O DISTOPIA?

Valeria Allen Giménez \*

### Resumen

Debido a su inmenso potencial, varios países han invertido en el desarrollo de dispositivos inteligentes para mejorar el acceso a los servicios públicos, incluida la justicia. A nivel mundial, muchos sistemas judiciales han optado por automatizar las funciones jurisdiccionales para lograr que los procesos sean más eficientes. Sin embargo, debido a su uso cada vez más extendido, los distintos gobiernos han estado debatiendo si la IA debe o no servir de herramienta para transformar la administración de justicia y, en caso afirmativo, en qué medida debe aplicarse. Este ensayo pretende utilizar el sistema de clasificación diseñado por Themeli y Philippsen para analizar el impacto de las nuevas tecnologías en los derechos humanos.

**Palabras clave:** *Inteligencia artificial, aprendizaje automatizado, redes neuronales, administración de justicia, derechos humanos, acceso a la justicia.*

### Abstract

*Due to their immense potential, several nations have invested in the development of intelligent devices to enhance access to public services, including*

---

\* Abogada, egresada de la Universidad Católica “Ntra. Sra. de la Asunción” (UCA). Máster en Derecho (LL.M) por la Universidad London School of Economics and Political Sciences (LSE). Relatora de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Comercial.



*justice. Many Courts around the world have chosen to automate jurisdictional functions to improve efficiency. However, due to its growing application, various governments have been discussing whether and to what degree artificial intelligence should be applied to reform the justice system. Using the classification system developed by Themeli and Philippsen, this essay aims to examine the potential impact that new technologies may have on human rights.*

**Keywords:** *Artificial intelligence, machine learning, neural networks, justice system, human rights, access to justice.*

## Introducción

En 1956, John McCarthy utilizó por primera vez el término Inteligencia Artificial (IA) para referirse a la ciencia e ingeniería necesarias para construir máquinas capaces de imitar la inteligencia humana.<sup>1</sup> Desde entonces, las tecnologías basadas en IA han transformado casi todos los sectores de la industria, como la medicina, el transporte, las finanzas, telecomunicaciones, etc. Debido a su inmenso potencial, varios países han invertido en el desarrollo de dispositivos inteligentes para mejorar el acceso a los servicios públicos, incluida la justicia. A nivel mundial, muchos Tribunales han optado por automatizar las funciones jurisdiccionales para lograr que los procesos judiciales sean más eficientes. Ejemplo de ello pueden encontrarse en varias regiones del mundo.

En 2021, el gobierno Chino anunció su intención de reformar el sistema de justicia mediante la implantación de Tribunales Inteligentes.<sup>2</sup> Hangzhou fue la primera ciudad en inaugurar un Tribunal de Internet, totalmente electrónico con jurisdicción exclusiva en litigios relacionados con el comercio digital.<sup>3</sup> En 2022, Shanghai

---

<sup>1</sup> Ver BARRERA ARRESTEGUI, Luis, 2012, Fundamentos Históricos y Filosóficos de la Inteligencia Artificial, UCV-HACER Revista de Investigación y Cultura, núm. 1, Pág. 87-92, Pág. 88.

<sup>2</sup> XU, Zichun, 2022, Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities, Applied Artificial Intelligence, núm. 1, Pág. 1045, Pág. 1025-1026.

<sup>3</sup> NECKET, Nick (25 de agosto de 2017) China launches the first internet court in Hangzhou, CMS Law-Now™, [Consulta: 01 de octubre 2023], disponible en: [https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2017/08/china-launches-the-first-internet-court-in-hangzhou?cc\\_lang=en](https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2017/08/china-launches-the-first-internet-court-in-hangzhou?cc_lang=en).

implementó una máquina Robot-Fiscal que posee la capacidad de redactar acusaciones contra individuos sospechosos de cometer delitos de escasa complejidad probatoria.<sup>4</sup> En Australia, los Jueces de familia utilizan Split Up, una plataforma que predice la forma en que se distribuirán los bienes una vez disuelto el vínculo matrimonial.<sup>5</sup> En México, los Magistrados usan el sistema Expertius para determinar si una persona tiene derecho a recibir pensión alimenticia y, en caso afirmativo, qué cantidad debe fijarse.<sup>6</sup> En Colombia, el sistema Pretoria ayuda a los miembros de la Corte Constitucional a preseleccionar las acciones que afectan al derecho a la salud, clasificándolas según su urgencia.<sup>7</sup> En definitiva, la IA está siendo utilizada como una herramienta esencial para afrontar los retos que, en mayor o menor medida, afectan a los sistemas de justicia de todo el mundo.

En la actualidad, no existe un concepto universalmente aceptado de lo que es la IA. Son varios los artículos e informes que se han escrito sobre este tema en casi todos los ámbitos de la ciencia humana.<sup>8</sup> Los expertos, sin embargo, muestran cierta reticencia a generar un concepto único o muy refinado de su significado debido a la excesiva rapidez en la que avanzan las nuevas tecnologías. En esencia, se puede definir a la IA como *“un conjunto de métodos, teorías y técnicas científicas cuyo objetivo es reproducir, mediante una máquina, las habilidades cognitivas de los seres humanos. Los desarrollos actuales buscan que las máquinas realicen tareas*

---

<sup>4</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, 2022, Derechos fundamentales, proceso e Inteligencia Artificial: una reflexión, CALAZA LÓPEZ, Sonia y SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes, Inteligencia Artificial Legal y Administración de Justicia, Sevilla, Editorial Aranzadi, S.A.U., Pág. 262.

<sup>5</sup> MARTINEZ BAHENA, Carolina Goretty, 2018, La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho, Alegatos, [S.l.], núm. 82, Pág. 827-846, Pág. 839.

<sup>6</sup> Ibidem, Pág. 841.

<sup>7</sup> SEGURA, Estefanía Romina, 2023, Inteligencia Artificial y Administración de Justicia: Desafíos derivados del contexto Latinoamericano, Revista Bioética y Derecho [online], núm. 58, Pág. 45-72, Pág. 51.

<sup>8</sup> Ver SAMOILLI, Sofía; LOPEZ COBO, Montserrat; GOMEZ, Emilia; DE PRATO, Giuditta; MARTINEZ-PLUMED, Fernando y DELIPETREV, Blagoj, 2020, AI Watch: Defining Artificial Intelligence. Towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence. JRC Research Reports JRC118163, Joint Research Centre (Seville site) disponible en: <https://ideas.repec.org/p/ipt/ipt-wpa/jrc118163.html>.



*complejas previamente realizadas por humanos*".<sup>9</sup> De allí, surge que sus características principales son: una tecnología o un conjunto de tecnologías que, mediante algoritmos, realizan o simulan tareas humanas para generar predicciones, recomendaciones basadas en datos, o conocimientos que afectan al entorno con el que interactúan.<sup>10</sup>

Debido a su uso cada vez más extensivo, los distintos gobiernos han estado debatiendo si la IA debería o no servir de herramienta para transformar la administración de justicia y, en caso afirmativo, en qué medida debe aplicarse. En general, la IA puede cumplir dos funciones: asistir a los Jueces en su función jurisdiccional o, en cierta medida, sustituirlos. Basándose en estas funciones, Themelis y Philipsen han diseñado cuatro niveles de aplicación de la IA: en la tramitación del proceso; en el litigio; en el proceso de toma de decisiones; y como Juez<sup>11</sup>. Este ensayo pretende utilizar dicho modelo para evaluar los potenciales efectos que el uso de dispositivos inteligentes podría tener sobre los derechos humanos. En este contexto, los tratados internacionales y determinados instrumentos de *softlaw* desempeñan un papel crucial, pues sirven de referencia para determinar qué tipos de herramientas deberían o no legitimarse. Por ende, este trabajo constará de tres partes: en primer lugar, se identificarán las nociones fundamentales de la IA; en segundo lugar, se expondrán las normas internacionales y principios aplicables al ámbito de la justicia y la tecnología; y, por último, se abordarán las posibles amenazas que podrían surgir en cada uno de los niveles mencionados.

---

<sup>9</sup> CEPEJ, 2018, Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los Sistemas Judiciales y su entorno, Pág. 49, disponible en: <https://campusialab.com.ar/wp-content/uploads/2020/07/Carta-e%CC%81tica-europeasobre-el-uso-de-la-IA-en-los-sistemas-judiciales-.pdf>.

<sup>10</sup> SALERNO ANTELO, Lucas Ezequiel, 2022, La mejora de la eficiencia y la eficacia en la administración de justicia a través del uso de la IA en España, Trabajo fin de maestrado (UDC.DER), Mestrado Universitario en Dereito Dixital e da Intelixencia Artificial, Universidade da Coruña, Facultade de Dereito, Pág. 14, disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/33231>.

<sup>11</sup> THEMELI, Erlis y PHILIPSEN, Stefan, 2020, AI as the Court: Assessing AI Deployment in Civil Cases, Editor BENYEKHFLEF, Karim, AI and Law: A Critical Overview, Montreal, Les Éditions Thémis, Pág. 3, disponible en: <https://www.ssrn.com/abstract=3791553>.

## 1. Nociones fundamentales de la IA.

Para llevar a cabo el análisis propuesto en este ensayo, no es necesario adoptar un concepto muy técnico de lo que es la IA; basta con tomar algunas definiciones clave y, a partir de ellas, delimitar sus principales características. La Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ) ha dicho que la IA es “*un conjunto de métodos, teorías y técnicas científicas cuyo objetivo es reproducir, mediante una máquina, las habilidades cognitivas de los seres humanos. Los desarrollos actuales buscan que las máquinas realicen tareas complejas previamente realizadas por humanos*”.<sup>12</sup> Por su parte, la Propuesta de Reglamento Europeo sobre la IA, la define como aquellos softwares “*que se desarrollan empleando una o varias técnicas y estrategias [...] y que pueden, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa*”.<sup>13</sup>

En esencia, se puede decir que la IA reúne las siguientes características: es una tecnología o un conjunto de tecnologías que, mediante algoritmos, realizan o simulan tareas humanas para generar predicciones, recomendaciones basadas en datos, o conocimientos que afectan al entorno con el que interactúan.<sup>14</sup> Normalmente, se la clasifica como “débil” o “fuerte” (en inglés *strong and weak AI*). Las tecnologías que emplean una IA “débil” tienen la capacidad de realizar tareas de forma autónoma, aunque sólo dentro del ámbito particular en el que operan. Es decir, carecen de la capacidad de aprender y adaptarse a nuevas situaciones por sí mismas, dependiendo en cambio de la programación humana para cada tarea específica. En este caso, la IA utiliza técnicas de aprendizaje automático (en inglés, *machine learning*) y de redes neuronales (en inglés, *neural networks*) para producir un resultado.<sup>15</sup>

El aprendizaje automático constituye un conjunto de técnicas que tratan de establecer las relaciones existentes entre los datos de un sistema con el fin de comprender

---

<sup>12</sup> CEPEJ, op. cit., Pág. 49.

<sup>13</sup> COMISIÓN EUROPEA, 2021, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos Legislativos de la Unión, Bruselas, artículo 3, disponible en: <https://eurlex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372>.

<sup>14</sup> SALERNO ANTELO, Lucas Ezequiel, op. cit., Pág. 14.

<sup>15</sup> SEGURA, op. cit., Pág. 49.



su funcionamiento y hacer predicciones<sup>16</sup>. Se dice que el sistema aprende porque su rendimiento mejora a medida que procesa datos o experiencias.<sup>17</sup> Para ello, la máquina emplea algoritmos, que, en términos sencillos, son un conjunto de reglas y secuencias utilizadas para encontrar una solución específica a un problema determinado.<sup>18</sup> La red neuronal es un modelo computacional que permite a los ordenadores procesar datos simulando la estructura y funcionamiento del cerebro humano.<sup>19</sup>

La IA catalogada como “fuerte” incluye el aprendizaje profundo (del inglés, *deep learning*), que se considera una subcategoría avanzada del aprendizaje automático. Se refiere a tecnologías capaces de realizar múltiples tareas simultáneamente, de replicar estados cognitivos semejantes a las humanas y, con potencial de aprender y tomar decisiones inteligentes por sí mismas.<sup>20</sup> Aunque este tipo de IA aún no está disponible, las opiniones y predicciones sobre su consecución varían entre los años 2040 y 2075.<sup>21</sup> Este artículo, por tanto, se centrará, mayormente, en el análisis de los dispositivos inteligentes que entran en la categoría de IA “débil”. El aprendizaje profundo, sigue siendo un tema del futuro.

## 2. IA y Derechos Humanos

En un Estado democrático, el Poder Judicial es la institución encargada de administrar justicia a través de sus órganos jerárquicos, que generalmente incluyen a la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales de Apelación y los Juzgados inferiores. Su función es garantizar la protección y el respeto de los derechos fundamentales de todas las personas, sin distinción. Tales derechos se encuentran reconocidos en las normas

---

<sup>16</sup> Ibidem, Pág. 49.

<sup>17</sup> BELL, Felicity; MOSES, Lyria; LEGG, Michael; SILOVE, Jake, 2022, *AI Decision-Making and the Courts: A Guide for Judges, Tribunal Members and Court Administrators*, Australasian Institute of Judicial Administration, Pág. 10, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=4162985>.

<sup>18</sup> MUÑOZ H, Ricardo A, 2020, *Inteligencia Artificial y el Derecho Administrativo - Un enfoque basado en derechos*, Buenos Aires, IJ Editores, recuperado de: <https://ar.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=3b990b5ac57c223138370aba288313c1>

<sup>19</sup> BELL, Felicity y otros, op cit., Pág. 11.

<sup>20</sup> SALERNO ANTELO, Lucas, op. cit., Pág. 14.

<sup>21</sup> VEGA-IRACELAY, Jorge J, 2018, *Inteligencia Artificial y Derecho: Principios y propuestas para una Gobernanza eficaz*, Revista Iberoamericana de Derecho Informático (Segunda Época), núm. 5, Pág. 13-48, Pág. 17.

constitucionales nacionales y, en el ámbito internacional, en los tratados de derecho humanos. Estos últimos establecen los estándares necesarios para asegurar el acceso a la justicia, la garantía al debido proceso y el derecho a un juicio justo. Los parámetros allí establecidos adquieren especial relevancia en el mundo actual, donde las tecnologías basadas en la IA están cambiando la forma de hacer justicia.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), en su artículo 10, establece que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación formulada contra ella en materia penal. Luego, el Artículo 7 establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación, a igual protección. A continuación, el Artículo 8 reconoce el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.<sup>22</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) protege iguales derechos y garantías en su Artículo 14<sup>23</sup>. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en sus Artículos 6 y 13, regula el derecho a un juicio justo y a un recurso efectivo<sup>24</sup>. Tales derechos están igualmente consagrados en los Artículos 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>25</sup>.

Las disposiciones contenidas en estos instrumentos “*proviene de un valor o bien jurídico común, que considerados en su conjunto conforman un derecho único no definido específicamente pero cuyo inequívoco propósito es en definitiva asegurar el derecho de toda persona a un proceso justo*”<sup>26</sup>. Teniendo en cuenta las normas

---

<sup>22</sup> ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 diciembre 1948, 217 A (III), disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>.

<sup>23</sup> ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, Pág. 171, disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html>.

<sup>24</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades. Fundamentales, 1950.

<sup>25</sup> Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”*, 22 noviembre 1969, disponible en: dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>.

<sup>26</sup> Raquel Martín de Mejía v. Perú, Caso 10.970 Informe No. 5/96, Corte Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 at 168 (1996).



mencionadas, se puede concluir que los elementos que configuran el derecho a un juicio justo son: el acceso, en condiciones de igualdad, al sistema judicial, el derecho a ser juzgado por un Tribunal competente, independiente e imparcial, el derecho a obtener una resolución motivada, a ser oído públicamente y en un plazo razonable, el derecho a la defensa en juicio y a un recurso efectivo.<sup>27</sup>

Los instrumentos de *soft law* también desempeñan un papel importante en el desarrollo responsable de las nuevas tecnologías. Hasta la fecha, existen más de sesenta documentos que establecen guías y recomendaciones éticas para el uso de la IA.<sup>28</sup> Entre ellos, destaca la “Carta Ética sobre el Uso de Inteligencia Artificial en los Sistemas Judiciales y su Entorno”, que es el primer instrumento centrado en la administración de justicia, adoptado a fines del 2018 y promovido por la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ).<sup>29</sup> Los principios allí contenidos son cinco: 1. respeto por los derechos fundamentales, a fin de asegurar que el diseño y la aplicación de las herramientas y los servicios basados en IA sean compatibles con los derechos humanos; 2. principio de no discriminación, para evitar el desarrollo o la intensificación de cualquier tipo de discriminación entre individuos o grupos de individuos; 3. principio de calidad y seguridad en el procesamiento de las decisiones, para lo cual se deben utilizar fuentes certificadas y datos intangibles que puedan ser rastreables; 4. principio de transparencia, imparcialidad y equidad, según el cual los métodos de procesamiento de datos deben ser accesibles y comprensibles para todos los litigantes; 5. principio “bajo control del usuario”, que exige que las partes del proceso puedan revisar las decisiones judiciales que han sido dictadas con ayuda de la IA.<sup>30</sup>

En suma, las garantías y principios establecidos en estos instrumentos internacionales y documentos de *soft law* deben servir de guía para el diseño y funcionamiento

---

<sup>27</sup> Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 12: debido proceso, Autoedición, disponible en: <https://repositorio.dpe.gob.ec/handle/39000/3296>.

<sup>28</sup> Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad (CETyS), 2021, Preparación del Sector Judicial para la Inteligencia Artificial en América Latina [en línea], Proyecto de Investigación de la Universidad de San Andrés, Pág. 7, disponible en: <https://cetys.lat/wp-content/uploads/2021/10/CompiladoV4.pdf>.

<sup>29</sup> Ibidem, Pág. 4.

<sup>30</sup> Ibidem, Pág. 1-55.

de tecnologías basadas en IA y, además, orientar la adopción de políticas públicas que puedan afectar a los usuarios del sistema judicial. El objetivo es garantizar el respeto de los derechos fundamentales, evitar la discriminación, preservar la calidad de los datos y asegurar la transparencia del proceso, mediante la construcción de una IA digna de confianza.

### **3. El uso de la IA en el sistema judicial y su potencial impacto en los derechos humanos.**

En una sociedad democrática, el Poder Judicial tiene la misión fundamental de garantizar el acceso a la justicia a todos sus ciudadanos. Para lograr este derecho, es vital que se cumplan con los principios de transparencia, independencia, imparcialidad, y eficacia. En muchos países, tales requisitos no se cumplen debido al reto que supone garantizar el acceso universal a la justicia en una situación de escasez de recursos. Debido a las amplias posibilidades que ofrece la IA, cada vez más países optan por utilizarla para transformar profundamente la administración de justicia<sup>31</sup>. No obstante, existe controversia sobre la conveniencia de que dejar que estas tecnologías intervengan en el proceso en lugar de que los humanos sigan desempeñando un papel central en su dirección. La respuesta dependería de los niveles de automatización implicados y de cómo podrían afectar a los derechos humanos.

Las nuevas tecnologías pueden cumplir dos funciones: asistir a los Jueces en su función jurisdiccional o, en cierta medida, sustituirlos. Teniendo en cuenta tales funciones, Themelis y Philipsen han introducido cuatro niveles de aplicación de la IA: en la tramitación del proceso; en el litigio; en el proceso de toma de decisiones; y como Juez<sup>32</sup>. Este modelo de clasificación será utilizado para evaluar cómo la IA podría afectar los derechos humanos.

#### **3.1. IA en la tramitación del proceso.**

En los años previos al 2020, la mayoría de los países seguían tramitando los expedientes en formato papel, lo que exigía que los escritos sean presentados físicamente ante los distintos Juzgados y Tribunales. Sin embargo, la pandemia del Covid-19 trajo consigo la imperiosa necesidad de automatizar -en todo o en parte- el procedimiento

---

<sup>31</sup> THEMELI, Erlis y PHILIPSEN, Stefan, op. cit., Pág. 3.

<sup>32</sup> Ibidem, Pág. 4.



judicial<sup>33</sup>. Como resultado, varios países pasaron del tradicional modelo de justicia, basado en el papel y la imprenta, a otro enfocado en la digitalización. Para ello, se debió implementar plataformas de gestión electrónica de expedientes, que permitiera a los litigantes presentar sus escritos y supervisar el progreso de sus casos de forma remota. La primera “ola” de IA se centró, principalmente, en simplificar las tareas rutinarias y mecánicas del proceso para optimizar el tiempo y los recursos disponibles<sup>34</sup>. Algunos ejemplos interesantes de este tipo de tecnologías pueden encontrarse en regiones opuestas del mundo, como China y Brasil.

Antes del proceso de digitalización, China tenía una división separada dedicada exclusivamente a analizar la admisibilidad de los casos judiciales<sup>35</sup>. Ciudadanos, abogados y litigantes se quejaban de que esa división ponía trabas excesivamente formalistas a la admisión de las demandas, ya que a menudo solicitaba documentos complementarios para disuadir a los justiciables de plantear acciones legales. Por este motivo, China decidió implementar un sistema automatizado de escrutinio de casos, en virtud del cual la tramitación de los expedientes empezó a ser desarrollada en línea. A partir de allí, la admisibilidad, que antes dependía de la discrecionalidad de un departamento especializado, pasó a estudiarse automáticamente mediante algoritmos supervisados<sup>36</sup>. Además, el Tribunal Popular de Shanyu fue el primero en utilizar un Robot para asistir a la ciudadanía en la defensa de sus intereses. Debido a su éxito, estos servicios se extendieron a otros distritos, como Gaochun, donde se programó al Robot Xiaofa con cien mil disposiciones normativas y treinta mil sentencias, a fin de responder -en tiempo real- preguntas relacionadas con diversas áreas del derecho, en un lenguaje comprensible para cualquier ciudadano. Xiaofa incluso

---

<sup>33</sup> SOURDIN, Tania, 2021, *Judges, Technology and Artificial Intelligence*. The Artificial Judge, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, Pág. 1-2.

<sup>34</sup> NG, Christy, 2022, *AI in the Legal Profession*, DIMATTEO, Larry A; PONCIBÒ, Cristina y CANNARSA, Michel; *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence global perspectives on law and ethics*, Cambridge, University Printing House, Pág. 35-36.

<sup>35</sup> LIU, Nanping y LIU Michelle, 2011, *Justice without Judges: The Case filing system in the People's Republic of China*, UC Davis Journal of International Law & Policy, vol. 17-2, Pág. 282-343, Pág. 284.

<sup>36</sup> FINDER, Susan (18 de junio de 2015) *New Docketing Procedures come to the Chinese Courts*, Supreme People's Court Monitor: A blog discussing China's Highest Court disponible en: <https://supremepeoplescourtmonitor.com/2015/06/18/new-docketing-procedures-come-to-the-chinese-courts/>

fue dotado con la capacidad de hablar con una voz humorística e infantil para reducir la tensión en los Juzgados de Familia<sup>37</sup>.

En Brasil, el sistema llamado Víctor se utiliza para analizar más de cincuenta mil recursos de apelación al año, interpuestos ante el Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>38</sup>. Su finalidad es verificar si dichos recursos reúnen el requisito de “repercusión general” exigida por la legislación brasileña; esto es, si lo solicitado tiene el potencial para causar un impacto social amplio, que deba ser estudiado. Antes de Víctor, los funcionarios judiciales y los Jueces realizaban ese análisis en un tiempo aproximado de cuarenta minutos por demanda. Tras la implementación del nuevo sistema, el tiempo dedicado a ese análisis se redujo a cinco segundos.<sup>39</sup>

Igualmente, Brasil cuenta con E-proc y SAJ, que son herramientas utilizadas para digitalizar los procesos. El primero es un sistema de tramitación electrónica diseñado para automatizar las tareas repetitivas y mecánicas de primera y segunda instancia, como vistas, oficios, traslados y notificaciones. Dicho sistema es utilizado también por varias dependencias, como policía, ministerio público, bancos, etc., a fin de que la información pertinente esté disponible en una única plataforma<sup>40</sup>. Por otro lado, SAJ Digital se utiliza como base de datos de alta seguridad en la que se almacena todos los archivos de los Juzgados y Tribunales, de forma que se pueda acceder a ellos a través de Internet<sup>41</sup>.

Luego, están los Tribunales *on line* diseñados para la tramitación de litigios de menor cuantía. Susskind fue el propulsor de este modelo de justicia, que cuenta con tres niveles básicos: evaluación, facilitación y resolución de conflictos. En su fase

---

<sup>37</sup> PENG, Junlin y WENG, Xiang, 2019, The Rise of Smart Courts in China: Opportunities and Challenges to the Judiciary in a Digital Age, Navein Reet: Nordic Journal of Law and Social Research (NNJLSR), núm. 9, Págs. 345-372, Pág. 349.

<sup>38</sup> DA COSTA ABREU, Marjory and SILVA, Bruno, 2020, A critical analysis of 'Law 4.0': The use of Automation and Artificial Intelligence and their impact on the judicial landscape of Brazil. Revista de Direitos Fundamentais e Tributação, núm 1 (3), Págs. 1-16, Pág. 10.

<sup>39</sup> BECKER, Daniel y FERRARI, Isabella, 2020, Victor, The Brazilian Supreme Court's Artificial Intelligence: A Beauty Or a Beast, Regulacao 40, núm 2(1), Págs. 1-10, Pág. 8.

<sup>40</sup> LE FEVRE CERVINI, Enzo, 2022, Uso estratégico de datos e inteligencia artificial en la justicia. Informe 6. Caracas: Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe (CAF), Pág. 36-37 disponible en: <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1932>.

<sup>41</sup> Ibidem, Pág. 38.



inicial, el sistema informa al usuario de sus derechos y obligaciones, así como de las alternativas que tiene para solucionar sus conflictos, a través de chatbots y asistentes virtuales. En la segunda fase, intervienen facilitadores expertos en mediación para ayudar a los litigantes a resolver sus problemas de forma amistosa y accesible. Si las partes no logran conciliar su conflicto, el sistema pasa a la tercera fase, en la que los documentos presentados se envían electrónicamente al Juez, quien los revisa remotamente; además, todo el procedimiento se tramita de forma digital y, de ser necesario, las audiencias se celebran por medios telemáticos. Este modelo supone una alternativa para que los litigantes puedan defender sus derechos sin necesidad de la representación de un abogado<sup>42</sup>.

El experto basa su propuesta en el hecho de que, en pleno siglo XXI, aún existe un gran número de personas que no pueden acceder a la justicia, aún en aquellos países más avanzados. En su opinión, la justicia retrasada es justicia denegada. Entiende que, el Poder Judicial padece de varias deficiencias, tales como la carencia de recursos suficientes, la excesiva lentitud de los procesos, los elevados costes de los pleitos y la incapacidad de los ciudadanos de defender sus intereses por sí mismos. Aunque reconoce que el modelo de justicia online puede plantear algunos riesgos, el autor considera que, en la actualidad, es imposible gestionar eficazmente el número de demandas sin ayuda de la tecnología.<sup>43</sup>

En varias partes del mundo ya funcionan modelos de Tribunales como los propuestos por Susskind. El más antiguo de ellos es el Tribunal de Apelación de Sanciones de Tráfico (del inglés: *Traffic Penalty Appeal Tribunal*) creados para resolver los recursos interpuestos contra las multas impuestas por las autoridades de tránsito de Inglaterra y Gales. Este sistema consta de tres fases: primero, orienta al apelante sobre los pasos necesarios para tramitar su recurso, luego invita a ambas partes - recurrente y autoridad de tránsito- a presentar sus pruebas digitalmente, y, por último, el adjudicador resuelve el caso en un plazo máximo de 14 días<sup>44</sup>. También está

---

<sup>42</sup> SUSSKIND, Richard, 2021, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford University Press, Pág. 347, Págs. 19-25.

<sup>43</sup> *Ibidem*, Pág. 28.

<sup>44</sup> MORISON, Jhon y HARKENS, Adam, 2019, *Re-Engineering Justice? Robot Judges, Computerized Courts and (Semi) Automated Legal Decision-Making*, *Legal Studies*, Pág. 619, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3369530>.

el Tribunal de Resolución Civil (CRT) de la provincia canadiense de Columbia Británica, que tiene jurisdicción sobre juicios de menor cuantía, inferiores a 5.000 \$<sup>45</sup>. Al utilizar este sistema totalmente online, las partes no necesitan acudir físicamente al Tribunal ni contratar a un abogado. En un primer momento, los litigantes intentan conciliar amistosamente su conflicto y si eso no funciona, los miembros del Tribunal intervienen para dictar una resolución con fuerza ejecutiva.<sup>46</sup>

El modelo propuesto por Susskind constituye una alternativa viable para descongestionar el flujo de expedientes de los Tribunales y maximizar la eficacia judicial. En primer lugar, permite a los Jueces concentrarse en asuntos que requieren de un mayor grado discrecionalidad, sin la necesidad de estar presente físicamente en el Juzgado, salvo cuando las circunstancias así lo exijan. A su vez, habilita a los litigantes a presentar sus defensas desde cualquier lugar, ahorrando tiempo y costos.<sup>47</sup>

La desventaja de utilizar este tipo de tecnologías es que puede provocar un aumento significativo de los casos judiciales debido a la facilidad de plantear demandas en formato digital. Por ejemplo, al implementarse el sistema de admisibilidad en China, los juicios civiles aumentaron en un 28%<sup>48</sup>. Esta explosión de casos judiciales, ejerce una enorme presión sobre los Jueces, pues aumentan las expectativas de que produzcan resoluciones de alta calidad en un tiempo excesivamente corto<sup>49</sup>. No obstante, este riesgo puede mitigarse.

Una buena opción, como bien lo señala Susskind, sería integrar el sistema electrónico de gestión de casos con una plataforma de mediación al que pueda accederse de forma remota<sup>50</sup>. Esto es precisamente lo que hizo China para reducir la carga de trabajo en casos de indemnización por accidentes de tráfico. El Tribunal Popular de Yuhang abogó por el uso de un sistema *on line* que permitiera a las partes someterse a reglas estandarizadas de indemnización para solucionar su problema de forma

---

<sup>45</sup> Ver página oficial, disponible en: <https://civilresolutionbc.ca/>.

<sup>46</sup> Ver página oficial, disponible en: <https://civilresolutionbc.ca/>.

<sup>47</sup> SUSSKIND, Richard, 2021, op. cit., Págs. 19-25.

<sup>48</sup> FINDER, Susan, op. cit.

<sup>49</sup> THEMELI, Erlis y PHILIPSEN, Stefan, op. cit., Pág. 3.

<sup>50</sup> DU, Goudon y YU, Meng, 2021, Why Chinese Courts Promote E-Filing System, Justice China Observer [online] disponible en: <https://www.chinajusticeobserver.com/a/why-chinese-courts-promote-e-filing-system>.



rápida y amistosa con la ayuda de un mediador. El uso de este sistema permitiría a los litigantes resolver su conflicto en tan sólo 28 minutos<sup>51</sup>. Australia también utiliza un programa avanzado de resolución alternativa de conflictos llamado *Rechtwijzer*, que sirve para ayudar a las parejas que están en proceso de divorcio a tramitar su separación de forma amistosa.<sup>52</sup> Pues bien, una mayor inversión en la digitalización y promoción de métodos alternativos de resolución de conflictos podría ayudar a aliviar la pesada carga de trabajo que afecta a los Tribunales de justicia de todo el mundo.

### 3.2. IA en el Litigio

La IA es también utilizada por los abogados para revisar contratos u otros documentos legales, procesar información, clasificar pruebas y predecir la probabilidad de ganar un pleito<sup>53</sup>. Estas tareas suelen, por lo general, ser costosas y consumir mucho tiempo. En efecto, cuando existen grandes volúmenes de datos, el factor humano necesario para procesarlos aumenta considerablemente. Gracias a la IA y a las técnicas de aprendizaje automático, estas actividades pueden ser simplificadas, de modo que sea la máquina la que haga el trabajo pesado de extraer la información necesaria para construir una defensa.

Aunque el uso de la IA puede aportar grandes beneficios para los abogados, estas tecnologías también pueden afectar negativamente determinados derechos humanos, como el acceso a la justicia y el principio de igualdad de armas procesales. En su Carta Ética, la CEPEJ declaró que el uso de recursos tecnológicos no debe causar disparidad entre las partes de un litigio<sup>54</sup>. Esto ocurre cuando uno de los litigantes utiliza la IA para procesar una gran cantidad de documentos de forma rápida y eficaz, mientras la contraparte tiene que hacer lo mismo, pero de forma manual, con

---

<sup>51</sup> PENG, Junlin y WENG, Xiang, op cit., Pág. 352.

<sup>52</sup> SOURDIN, Tania y CORNES, Richard, 2018, *Do Judges Need to Be Human? The implications of Technology for Responsive Judging*, Editors SOURDIN, Tania y ZARISKI, Archie, *The Responsive Judge: International Perspectives*, Springer Editorial, vol. 67, Pág. 92.

<sup>53</sup> THEMELI, Erlis y PHILIPSEN, Stefan, op cit., Págs. 6-7.

<sup>54</sup>CEPEJ, op. cit., Pág. 35.

resultados más desventajosos. Por ejemplo, Lex Machina<sup>55</sup> y Docket Navigator<sup>56</sup>, son dos programas informáticos que utilizan el aprendizaje automático para diseñar una estrategia de defensa. Si una parte utiliza este tipo de herramientas y la otra no, se crea una situación de desequilibrio entre los litigantes y el que sale beneficiado es aquel que tiene más recursos.

Otra forma en que la IA puede afectar los derechos humanos es cuando los abogados usan algoritmos predictivos para evaluar sus chances de ganar un caso<sup>57</sup>. Este tipo de sistemas analizan la jurisprudencia vigente, establecen patrones y, en virtud de ellos, deducen las probabilidades de éxito del litigio. Por ejemplo, en el 2019, una máquina llamada Random Forest predijo el 70% de las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Estados Unidos entre 1816 a 2015<sup>58</sup>. El sistema llamado Solomonic utiliza datos jurisprudenciales para realizar predicciones y maximizar las chances de ganar un pleito<sup>59</sup>. Son muchos los estudios jurídicos que están utilizando este tipo de herramientas para decidir si un caso merece la pena ser defendido o no. Esta situación afecta el derecho de las personas a acceder a la justicia, ya que la posibilidad de recibir asesoramiento jurídico está supeditada a lo que sugiera una máquina y no, un ser humano.

### 3.3. IA en el proceso de toma de decisiones.

En esta tercera categoría, la IA se emplea para ayudar a los Jueces a resolver los casos sometidos a su conocimiento. Concretamente, puede utilizarse para buscar jurisprudencia, estructurar las decisiones judiciales, determinar los argumentos necesarios para dictar sentencia y, en general, asistir en la labor jurisdiccional. En estos casos,

---

<sup>55</sup> Ver página oficial Marketing, 'Legal Analytics by Lex Machina' disponible en: <https://lexmachina.com>.

<sup>56</sup> Ver página oficial 'Home' (Docket Navigator) disponible en: [<https://brochure.docketnavigator.com/>](https://brochure.docketnavigator.com/)

<sup>57</sup> THEMELI, Erlis y PHILIPSEN, Stefan, op cit., Pág. 6.

<sup>58</sup> HUDSON, Mathew (02 de mayo de 2017). Artificial Intelligence Prevails at predicting Supreme Court Decisions, Science Magazine, disponible en: doi: 10.1126/science.aal1138.

<sup>59</sup> Ver página oficial (Solomonic Litigation Intelligence) disponible en: <https://www.solomonic.co.uk>.



la tecnología no adjudica ni resuelve los litigios de forma autónoma, sino que sirve de apoyo en el proceso de toma de decisiones<sup>60</sup>.

El uso de estos mecanismos puede generar resultados positivos para el sistema judicial, al reducir costes, optimizar el tiempo de dictar sentencia, mejorar la productividad y contribuir a la producción de resoluciones judiciales de mayor calidad. Ello, dado que estas tecnologías tienen acceso a una cantidad inmensa de datos, incluyendo normativas nacionales e internacionales, jurisprudencia nacional y extranjera y doctrina en múltiples áreas del derecho. La IA puede procesar esta información y servir de herramienta para que los Magistrados puedan tomar decisiones más informadas y justas<sup>61</sup>. Los dispositivos inteligentes también pueden utilizarse para lograr una mayor coherencia en casos análogos. Un programa bien diseñado es capaz de identificar casos relevantes, sugerir similitudes y diferencias, y esbozar argumentos y contraargumentos. En China, por ejemplo, se desarrolló un sistema inteligente para alertar a los Jueces cuando su decisión difiere del criterio adoptado en un caso anterior con características similares<sup>62</sup>. En los países con un alto índice de corrupción, la IA podría contribuir a aumentar la confianza que la ciudadanía tiene en el Poder Judicial<sup>63</sup>. Aunque son varios los beneficios, también existe mucha preocupación sobre el potencial impacto que tales herramientas puede tener sobre los derechos humanos.

En primer lugar, está el riesgo de que los datos empleados por la IA contengan sesgos, que puedan perpetuar los estereotipos que afectan a comunidades históricamente marginadas<sup>64</sup>. Los Estados Unidos de América, por ejemplo, utilizan algoritmos predictivos para determinar la probabilidad de reincidencia delictiva, en base a un sistema denominado COMPAS (del inglés *Correctional Offender Management*

---

<sup>60</sup> THEMELI, Erlis y PHILIPSEN, Stefan, op. cit., Pág. 7.

<sup>61</sup> MARCIN NOWOTKO, Pawel, 2021, AI in judicial application of law and the right to a court, *Procedia Computer Science*, vol. 192, Pág. 2220-2228, Pág. 2224.

<sup>62</sup> DU, Goudon y YU, Meng, op. cit.

<sup>63</sup> THEMELI, Erlis y PHILIPSEN, Stefan, op. cit., Pág. 7.

<sup>64</sup> CROTOOF, Rebeca, 2019, *Cyborg Justice and the Risk of Technological-Legal Lock-In*, *Columbia Law Review Forum*, núm. 7, Pág. 240.

*Profiling for Alternative Sanctions*)<sup>65</sup>. Ahora bien, según un estudio realizado por ProPublica, una revista de investigación sin fines de lucro, dicho programa está cargado con datos institucionales discriminatorios, los cuáles son tomados en cuenta por la máquina para emitir sus predicciones. El informe afirma que los individuos afrodescendientes tienen el doble de probabilidades de ser clasificadas incorrectamente como de alto riesgo de reincidencia, en comparación con los individuos blancos. A pesar de su uso generalizado en varios Estados, esta herramienta ha recibido numerosas críticas, ya que puede tener repercusiones negativas sobre los derechos a la igualdad y a la no discriminación.<sup>66</sup>

Este tipo de tecnologías también puede afectar al principio de transparencia y el derecho al debido proceso. En 2017, Eric Loomis fue condenado por el Tribunal de Wisconsin a seis años de prisión, después de que el Juez del caso utilizara como prueba las recomendaciones emitidas por el sistema COMPAS.<sup>67</sup> El señor Loomis recurrió esta decisión, alegando que no tuvo acceso al proceso intelectual utilizado por la máquina para emitir su recomendación. Ello, porque el programa fue desarrollado por una empresa privada y, en consecuencia, estaba protegido por leyes de propiedad intelectual, que impedían revelar el método algorítmico del sistema. No obstante, el Tribunal de Apelación desestimó el recurso, al entender que el Juez había utilizado otras pruebas, además de la predicción de COMPAS, para dictar sentencia.<sup>68</sup> Aunque los recursos del condenado habían sido rechazados en todas las instancias, el propio Tribunal reconoció que los jueces no pueden utilizar las predicciones del sistema como único elemento para fijar una condena, ya que herramientas de este tipo presentan serias limitaciones en términos de transparencia.

---

<sup>65</sup> Ver ROA AVELLA, Marcela del Pilar y SANABRIA-MOYANO, Jesús Eduardo, 2022, Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos, *Rev. Bras. Direito Processual Penal*, núm. 1, Págs. 275-310.

<sup>66</sup> Ver LIN, Zhiyuan; JUNG, Jongbin; GOEL, Sharad y SKEEM Jennifer, 2020, The Limits of Human Prediction of Recidivism, *Science Advances*, vol. 6, núm. 7, disponible en: <https://www.science.org/doi/10.1126/sciadv.aaz0652>.

<sup>67</sup> Sentencia 13 de julio de 2016: *State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016).

<sup>68</sup> CORDERO, Pablo, 2021, Aplicaciones y Oportunidades de la Inteligencia Artificial para la justicia penal: Predicción del riesgo de reincidencia de reos y policía predictiva. Trabajo final de Grado, Comillas Universidad Pontificia, Pág. 23-24, disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/jsui/bitstream/11531/49501/1/TFG%20-%20Chaurer%20Cordero%2C%20Pablo.pdf>.



En el Reino Unido, la policía británica utiliza el algoritmo HART (del inglés *Harm Assessment Risk Tool*) para predecir el riesgo de reincidencia de un individuo en los dos años siguientes a su arresto. La herramienta tiene como objetivo ayudar a los funcionarios policiales a determinar si la persona puede ser considerada de bajo o moderado riesgo para acceder a un programa de rehabilitación llamado Check-point<sup>69</sup>. Hay expertos que consideran que el uso de esta herramienta puede producir un impacto negativo en los derechos humanos.

En primer lugar, el diseño arquitectónico de la IA impide, muchas veces, que se sepa el método utilizado por la máquina para predecir el riesgo de reincidencia. Las técnicas empleadas por el sistema son altamente complejas y pueden resultar “*inaprehensible para la cognición humana, impidiendo, por ende, entender cómo se arriba a los resultados*”.<sup>70</sup> Esto significa que las personas afectadas por las recomendaciones del algoritmo no pueden cuestionar sus conclusiones.<sup>71</sup> En segundo lugar, los algoritmos pueden generar falsos negativos, lo cual ocurre cuando la IA categoriza a un individuo como de alto riesgo cuando en realidad no lo es.<sup>72</sup> En tercer lugar, el *software* puede emitir su recomendación con base a datos sesgados o discriminatorios. Big Brother Watch, una organización británica de derechos humanos, descubrió que HART utiliza como parámetro el barrio de residencia de una persona, sus ingresos, su etnia y el número de hijos para realizar su predicción. Quienes viven en zonas residenciales de bajos ingresos, perciben rentas más bajas y tienen más hijos son clasificados como de mayor riesgo.<sup>73</sup>

Se podría argumentar que los Jueces humanos tampoco están libres de prejuicios, ya que sus resoluciones pueden ser fuente de importantes injusticias. Muchas veces las decisiones de los Magistrados pueden presentar inconsistencias, ya que resuelven

---

<sup>69</sup> ROA AVELLA, Marcela del Pilar y SANABRIA-MOYANO, Jesús Eduardo, op. cit., Pág. 281.

<sup>70</sup> Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad (CETyS), op. cit., Pág. 53.

<sup>71</sup> OSWALD, Marion; GRACE, Jamie, URWIN, Sheena y BARNES, Geoffrey, 2018, Algorithmic Risk Assessment Policing Models: Lessons from the Durham HART Model and “Experimental” Proportionality, Information & Communications Technology Law, núm. 2, vol. 27, Pág. 223-250. Pág. 223.

<sup>72</sup> CORDERO, Pablo, op. cit., Pág. 26-27.

<sup>73</sup> Big brother Watch (6 de Abril de 2018) Police use Experian Marketing Data for AI Custody Decisions, disponible en: [https://bigbrotherwatch.org.uk/2018/04/police-use-experian-marketing-data-for-ai-custody-decisions/#\\_edn](https://bigbrotherwatch.org.uk/2018/04/police-use-experian-marketing-data-for-ai-custody-decisions/#_edn).

casos con iguales o similares características, utilizando criterios distintos.<sup>74</sup> Además, factores externos como el hambre, el cansancio y el aburrimiento pueden influir en sus decisiones. En el 2010, los investigadores Danziger, Levav y Avnaim-Pesso analizaron 1.112 pedidos de libertad condicional en cuatro prisiones distintas de Israel. Descubrieron que, al principio del día, los Jueces solían conceder el 75% de las solicitudes, pero cerca del mediodía denegaban todas las restantes. Luego, al terminar de almorzar, volvían a conceder las peticiones en un 75% de los casos. De modo que, los investigadores concluyeron que las causas de esta fluctuación estaban relacionadas con el hambre y el cansancio<sup>75</sup>.

Este ejemplo demuestra que los sesgos humanos también pueden ser fuente de injusticias. Sin embargo, hay una diferencia crucial entre las conclusiones emitidas por la IA y las resoluciones judiciales dictadas por los humanos. Y esta es que los Jueces deben, necesariamente, explicar cuáles fueron los fundamentos utilizados para juzgar la cuestión, lo cual permite detectar posibles errores y falacias en su razonamiento. La máquina, en cambio, emplea algoritmos cuya estructura interna se desconoce, lo que impide a los ciudadanos comprender el proceso intelectual que hay detrás del resultado.<sup>76</sup> Por ende, los Jueces pueden rendir cuentas de un modo que la IA no puede. Esta falta de transparencia *“hace difícil detectar y demostrar los posibles incumplimientos de la legislación, especialmente las disposiciones legales que protegen los derechos fundamentales, imputan responsabilidades y permiten reclamar una indemnización”*<sup>77</sup>.

Por último, existe el riesgo de que los Jueces no equilibren adecuadamente el grado de confianza depositado en la máquina. Existe un “exceso de confianza” cuando los

---

<sup>74</sup>CROOTOF, Rebeca, op. cit., Pág. 236.

<sup>75</sup>DANZINGER, Shai; LEVAV, Jonathan, y AVNAIM-PESSO, Liora, 2014, Extraneous factors in judicial decisions. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America 118 (17), Págs. 1-10, Págs. 1-4.

<sup>76</sup>CAPDEFERRO VILLAGRASA, Óscar, 2020, La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial. IDP. Revista d'Internet, Dret i Política, núm. 30, Págs. 1-14.

<sup>77</sup> Comisión Europea, 2020, White Paper on Artificial Intelligence. A european approach to excellence and trust. European Commission. COM(2020) 65 final. (Brussels, 19.2.2020), disponible en: [https://ec.europa.eu/info/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en).



Jueces tienen pruebas suficientes para concluir que el resultado del sistema puede ser incorrecto o injusto, pero aun así deciden aplicar su recomendación por temor a ser objeto de críticas. Por otra parte, hay “falta de confianza” cuando el Juez ignora por completo las deducciones del sistema, convirtiéndolo así en una herramienta inútil. Lo ideal es que el Magistrado “*identifique indicios relevantes pero contrainuitivos*” y tenga “*un grado de confianza adecuadamente calibrado*”<sup>78</sup>. En otras palabras, el Juez debe tener la capacidad de mantenerse lo suficientemente firme como para desviarse de la recomendación de la IA siempre que las circunstancias lo requieran.

### 3.4. IA como Juez

En este nivel, la IA es utilizada para reemplazar al Juez en la toma de decisiones. Estas tecnologías, sin embargo, aún no están disponibles. Si bien hay muchos dispositivos que asisten al Juez en su función jurisdiccional, ninguno de ellos puede adjudicar o resolver litigios de forma autónoma. Su desarrollo depende no sólo de que se realicen las correspondientes adaptaciones técnicas, sino también de que exista el suficiente consenso político y social, así como los recursos necesarios para su implementación<sup>79</sup>. Ahora bien, teniendo en cuenta la rapidez en que están avanzando las tecnologías puede que los Robot-Jueces se vuelvan realidad en un futuro no tan lejano. El gobierno de Estonia ya ha revelado sus planes de automatizar la adjudicación de demandas en procesos civiles de menor cuantía.<sup>80</sup> La pregunta que surge es: ¿pueden estas tecnologías reemplazar a los Jueces sin infringir derechos fundamentales?

Algunos autores, como Alarie, Niblett y Yoon, han señalado que la principal ventaja de los algoritmos es que no necesitan glucosa para funcionar y, por ende, no tienen hambre ni necesitan descansar<sup>81</sup>. Esta característica, según dicen, permite al Robot-Juez resolver casos más rápidamente, lo que conduce a un sistema más accesible, asequible y ágil. Asimismo, Crotoof subraya que los seres humanos necesitan años de preparación para llegar a ser Magistrados y, cuando finalmente lo son, tardan

---

<sup>78</sup> CROTOOF, Rebeca, op. cit., Pág. 244.

<sup>79</sup> THEMELI, Erlis y PHILIPSEN, Setfan, op. cit., Pág. 7.

<sup>80</sup> Ibidem, Pág. 3.

<sup>81</sup> ALARIE, Benjamin; NIBLETT, Anthony y H YOON, Albert, 2018, How Artificial Intelligence Will Affect the Practice of Law, 68(1) University of Toronto Law Journal, Págs. 108-109.

mucho tiempo en resolver sus casos; todo ello, según dice, representa una enorme inversión de tiempo y recursos para el Poder Judicial<sup>82</sup>. A pesar de estas limitaciones, hay autores que creen que los Jueces deben seguir desempeñando un papel central en la dirección del proceso<sup>83</sup>. Hay varias razones por las que se defiende esta postura: 1. el proceso intelectual utilizado por la máquina no es transparente y, por tanto, no puede explicarse; 2. el sistema no tiene autoridad jurisdiccional para emitir una decisión con fuerza ejecutiva; 3. es difícil que el codificador traduzca el sentido y alcance de la ley en un algoritmo; y 4. la máquina carece de cualidades humanas, como la intuición y la discreción, necesarias para la toma de decisiones.<sup>84</sup>

En efecto y como ya se expuso, es difícil conocer cuáles fueron los fundamentos utilizados por el sistema para llegar a una determinada conclusión, ya sea por la existencia de obstáculos legales que impiden que se revele su contenido, o bien, porque la técnica empleada es incomprensible para el ser humano. Además, está la dificultad de determinar quién tomó realmente la decisión jurídica y, por ende, quién es el responsable de ella: ¿el codificador, la autoridad pública o el propio sistema?<sup>85</sup>. En cuanto a la necesidad de traducir la ley en un algoritmo, cabe destacar que el proceso de interpretación del lenguaje jurídico no es un proceso rígido y sin variaciones, sino que está lleno de matices y depende del contexto. Actualmente, la tecnología es más eficiente que cualquier humano en procesar y traducir grandes volúmenes de datos, pero es incapaz de entender el significado detrás de estos procesos. El Juez, en cambio, comprende la información que está procesando y es capaz de asignarle un valor; es decir, puede sopesar si tal información es relevante o no para resolver el caso, de acuerdo con la razón, la experiencia y la sana crítica. Difícilmente, el programador del *software*, quien no está formado en leyes, pueda codificar la complejidad de este proceso en un algoritmo<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> CROTOOF, Rebeca, op. cit., Págs. 236-237.

<sup>83</sup> Ver MM, Plesničar y K ŠUGMAN, Stubbs, Subjectivity, 2018, Algorithms and the Courtroom, ALEŠ Završnik (ed), Big Data, Crime and Social Control (Routledge), Pág. 154 y; KERR, Ian y MATHEN, Carissima, 2018, Chief Justice John Roberts is a Robot, Working Paper, University of Ottawa, Pág. 1-41.

<sup>84</sup> SOURDIN, Tania, op. cit., Págs. 143.

<sup>85</sup> Ibídem, Pág. 145.

<sup>86</sup> SOURDIN, Tania, op. cit., Págs. 146-147.



En definitiva, la aplicación de IA como herramienta para sustituir a los Jueces es el que mayor controversia genera por su potencial impacto sobre los derechos humanos. Aunque la tecnología necesaria para desempeñar esta función aún no existe, lo cierto y concreto, es que la automatización de las tareas judiciales se está haciendo cada vez más extensiva. Por tanto, hoy más que nunca, los gobiernos deben analizar cuidadosamente los límites éticos y legales que deben mantenerse para que el ecosistema digital sea compatible con los valores y principios del sistema de justicia.

### Conclusión

En una sociedad democrática, el Poder Judicial tiene la misión fundamental de garantizar el acceso a la justicia de todos sus ciudadanos. En muchos países, sin embargo, este derecho no se cumple, ya que la justicia es lenta, costosa y de difícil acceso. Por este motivo, varios Juzgados, Tribunales y Cortes Suprema de Justicia, han optado por la implementación de dispositivos inteligentes para reformar la administración de justicia.

El uso adecuado de la IA tiene el potencial de hacer que los procesos sean más eficientes, rápidos y seguros. Tareas rutinarias y estandarizadas, como la elaboración de oficios, cédulas de notificación, actas y providencias simples, pueden ser fácilmente automatizadas, permitiendo un uso más eficaz de los recursos. La IA también puede ser empleada para la creación de Tribunales *on line*, diseñados para la tramitación remota y asincrónica de los expedientes. En estos casos, la IA ayuda a descongestionar el flujo de expedientes y mejora el acceso a la justicia. Las herramientas que se emplean para asistir a los Jueces en la selección de jurisprudencia y en la estructuración de sus sentencias, tampoco plantea mayores problemas, siempre que el Magistrado actúe con la debida cautela y pueda desviarse de la recomendación del sistema cuando las circunstancias así lo requieran.

Ahora bien, el uso de algoritmos predictivos sí supone un mayor riesgo para los derechos humanos. Los datos empleados por el sistema pueden contener sesgos que contribuyan a perpetuar los estereotipos que afectan a comunidades históricamente marginadas<sup>87</sup>. Además, muchas veces el proceso intelectual utilizado por la máquina no es transparente, lo cual impide al interesado cuestionar sus conclusiones. En el

---

<sup>87</sup> CROTOOF, Rebeca, op. cit., Pág. 240.

futuro, las tecnologías predictivas podrían sustituir o reemplazar a los jueces. Sin embargo, actualmente no existen las tecnologías necesarias para ello. Aun así, debido a la rapidez en que están avanzando las nuevas tecnologías, los gobiernos deberían preguntarse si este tipo de herramientas deben ser permitidas. Son varios los que defienden la postura de que el Juez humano debería seguir desempeñando un papel central en la dirección del proceso.<sup>88</sup> Las razones en las que se basa esta postura son, esencialmente, que: el Robot-Juez carece de autoridad jurisdiccional para emitir una decisión con fuerza ejecutiva; es difícil traducir el sentido y alcance de la ley en un algoritmo; la máquina carece de cualidades humanas, como la intuición y la discreción, necesarias para la toma de decisiones<sup>89</sup>.

Este ensayo no pretende desincentivar el uso de IA para mejorar el sistema de justicia. Más bien, el objetivo es concientizar sobre las posibles amenazas que pueden derivarse de su uso desproporcionado. La IA no puede constituir un fin en sí misma, sino que debe ser tomada como un medio para mejorar el bienestar de los seres humanos. Si se combina las habilidades humanas de los Jueces con la capacidad intelectual de la máquina, se puede conseguir un ecosistema digital justo y accesible. No obstante, la tecnología no debería ser utilizada sin supervisión, ya que existe el riesgo de que garantías fundamentales como el acceso a la justicia y el derecho a un juicio justo puedan verse seriamente comprometidas. En suma, la aplicación equilibrada de la tecnología puede generar importantes beneficios, siempre que su aplicación esté subordinada al respeto de los derechos humanos.

## Bibliografía

‘Home’ (Docket Navigator) <https://brochure.docketnavigator.com/>.

‘Legal Analytics by Lex Machina’ <https://lexmachina.com>.

ALARIE, Benjamin; NIBLETT, Anthony y H YOON, Albert, 2018, How Artificial Intelligence Will Affect the Practice of Law, 68(1) University of Toronto Law Journal.

---

<sup>88</sup> Ver MM, Plesničar y K ŠUGMAN, op. cit., Pág. 145 y KERR, Ian y MATHEN, Carissima, op. cit., Pág. 1-45.

<sup>89</sup> SOURDIN, Tania, op. cit., Pág. 143.



BARRERA ARRESTEGUI, Luis, 2012, Fundamentos Históricos y Filosóficos de la Inteligencia Artificial, UCV-HACER Revista de Investigación y Cultura, núm. 1.

BECKER, Daniel y FERRARI, Isabella, 2020, Victor, The Brazilian Supreme Court's Artificial Intelligence: A Beauty Or a Beast, Regulacao 40, núm 2(1).

BELL, Felicity; MOSES, Lyria; LEGG, Michael; SILOVE, Jake, 2022, AI Decision-Making and the Courts: A Guide for Judges, Tribunal Members and Court Administrators, Australasian Institute of Judicial Administration.

Big brother Watch (6 de Abril de 2018) Police use Experian Marketing Data for AI Custody Decisions.

CAPDEFERRO VILLAGRASA, Óscar, 2020, La inteligencia artificial del sector público: desarrollo y regulación de la actuación administrativa inteligente en la cuarta revolución industrial. IDP. Revista d'Internet, Dret i Política, núm. 30.

Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad (CETyS), 2021, Preparación del Sector Judicial para la Inteligencia Artificial en América Latina [en línea], Proyecto de Investigación de la Universidad de San Andrés.

CEPEJ, 2018, Carta Ética Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial en los Sistemas Judiciales y su entorno.

Comisión Europea, 2020, White Paper on Artificial Intelligence. A european approach to excellence and trust. European Commission. COM(2020) 65 final. (Brussels, 19.2.2020)

COMISIÓN EUROPEA, 2021, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos Legislativos de la Unión, Bruselas.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950.

CORDERO, Pablo, 2021, Aplicaciones y Oportunidades de la Inteligencia Artificial para la justicia penal: Predicción del riesgo de reincidencia de reos y policía predictiva. Trabajo final de Grado, Comillas Universidad Pontificia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 12: debido proceso, Autoedición.

CROTOOF, Rebeca, 2019, Cyborg Justice and the Risk of Technological-Legal Lock-In, Columbia Law Review Forum, núm. 7.

DA COSTA ABREU, Marjory and SILVA, Bruno, 2020, A critical analysis of 'Law 4.0': The use of Automation and Artificial Intelligence and their impact on the judicial landscape of Brazil. Revista de Direitos Fundamentais e Tributação, núm 1 (3).

DANZINGER, Shai; LEVAV, Jonathan, y AVNAIM-PESSO, Liora, 2014, Extraneous factors in judicial decisions. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America 118 (17).

DU, Goudon y YU, Meng, 2021, Why Chinese Courts Promote E-Filing System, Justice China Observer [online].

FINDER, Susan (18 de junio de 2015) New Docketing Procedures come to the Chinese Courts, Supreme People's Court Monitor: A blog discussing China's Highest Court.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, 2022, Derechos fundamentales, proceso e Inteligencia Artificial: una reflexión, CALAZA LÓPEZ, Sonia y SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes, Inteligencia Artificial Legal y Administración de Justicia, Sevilla, Editorial Aranzadi, S.A.U.

HUDSON, Mathew (02 de mayo de 2017). Artificial Intelligence Prevails at predicting Supreme Court Decisions, Science Magazine.

KERR, Ian y MATHEN, Carissima, 2018, Chief Justice John Roberts is a Robot, Working Paper, University of Ottawa.

LE FEVRE CERVINI, Enzo, 2022, Uso estratégico de datos e inteligencia artificial en la justicia. Informe 6. Caracas: Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe (CAF).

LIN, Zhiyuan; JUNG, Jongbin; GOEL, Sharad y SKEEM Jennifer, 2020, The Limits of Human Prediction of Recidivism, Science Advances, vol. 6, núm. 7.



LIU, Nanping y LIU Michelle, 2011, Justice without Judges: The Case filing system in the People's Republic of China, *UC Davis Journal of International Law & Policy*, vol. 17-2.

MARCIN NOWOTKO, Pawel, 2021, AI in judicial application of law and the right to a court, *Procedia Computer Science*, vol. 192.

MARTINEZ BAHENA, Carolina Goretty, 2018, La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho, *Alegatos*, [S.l.], núm. 82.

MM, Plesničar y K ŠUGMAN, Stubbs, Subjectivity, 2018, Algorithms and the Courtroom, ALEŠ Završnik (ed), *Big Data, Crime and Social Control* (Routledge).

MORISON, Jhon y HARKENS, Adam, 2019, Re-Engineering Justice? Robot Judges, Computerized Courts and (Semi) Automated Legal Decision-Making, *Legal Studies*.

MUÑOZ H, Ricardo A, 2020, Inteligencia Artificial y el Derecho Administrativo - Un enfoque basado en derechos, Buenos Aires, IJ Editore.

NECKET, Nick (25 de agosto de 2017) China launches the first internet court in Hangzhou, *CMS Law-Now™*, [Consulta: 01 de Octubre 2023].

NG, Christy, 2022, AI in the Legal Profession, DIMATTEO, Larry A; PONCIBÒ, Cristina y CANNARSA, Michel; *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence global perspectives on law and ethics*, Cambridge, University Printing House.

ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 diciembre 1948, 217 A (III).

ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999.

Organización de los Estados Americanos (OEA), *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, 22 noviembre 1969.

OSWALD, Marion; GRACE, Jamie, URWIN, Sheena y BARNES, Geoffrey, 2018, Algorithmic Risk Assessment Policing Models: Lessons from the Durham HART Model and "Experimental" Proportionality, *Information & Communications Technology Law*, núm. 2, vol. 27.

PENG, Junlin y WENG, Xiang, 2019, The Rise of Smart Courts in China: Opportunities and Challenges to the Judiciary in a Digital Age, *Naveiñ Reet: Nordic Journal of Law and Social Research (NNJLSR)*, núm. 9.

Raquel Martin de Mejía v. Perú, Caso 10.970 Informe No. 5/96, Corte Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.91 Doc. 7 at 168 (1996).

ROA AVELLA, Marcela del Pilar y SANABRIA-MOYANO, Jesús Eduardo, 2022, Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos, *Rev. Bras. Direito Processual Penal*, núm. 1.

SALERNO ANTELO, Lucas Ezequiel, 2022, La mejora de la eficiencia y la eficacia en la administración de justicia a través del uso de la IA en España, Trabajo fin de mestrado (UDC.DER), Mestrado Universitario en Dereito Dixital e da Intelixencia Artificial, Universidade da Coruña. Facultade de Dereito.

SAMOILI, Sofía; LOPEZ COBO, Montserrat; GOMEZ, Emilia; DE PRATO, Giuditta; MARTINEZ-PLUMED, Fernando y DELIPETREV, Blagoj, 2020, AI Watch: Defining Artificial Intelligence. Towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence. JRC Research Reports JRC118163, Joint Research Centre (Seville site).

SEGURA, Estefanía Romina, 2023, Inteligencia Artificial y Administración de Justicia: Desafíos derivados del contexto Latinoamericano, *Revista Bioética y Derecho* [online], núm. 58.

Sentencia 13 de julio de 2016: *State v. Loomis*, 881, N.W.2d 749, 7532 (Wis, 2016).

Solomonic Litigation Intelligence <https://www.solomonic.co.uk>.

SOURDIN, Tania y CORNES, Richard, 2018, Do Judges Need to Be Human? The implications of Technology for Responsive Judging, Editors SOURDIN, Tania y ZARISKI, Archie, *The Responsive Judge: International Perspectives*, Springer Editorial, vol. 67.

SOURDIN, Tania, 2021, *Judges, Technology and Artificial Intelligence*. The Artificial Judge, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited.

SUSSKIND, Richard, 2021, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford University Press.



THEMELI, Erlis y PHILIPSEN, Stefan, 2020, *AI as the Court: Assessing AI Deployment in Civil Cases*, Editor BENYEKHFLEF, Karim, *AI and Law: A Critical Overview*, Montreal, Les Éditions Thémis.

VEGA-IRACELAY, Jorge J, 2018, *Inteligencia Artificial y Derecho: Principios y propuestas para una Gobernanza eficaz*. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático (Segunda Época)*, núm 5.

XU, Zichun, 2022, *Human Judges in the Era of Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities*, *Applied Artificial Intelligence*, núm. 1.



# **DERECHO AMBIENTAL**



## RESPONSABILIDAD SOCIAL Y BASES PARA SU REGULACIÓN JURÍDICA EN EL PARAGUAY

Alfredo Lorenzo Torales Villalba \*

### Resumen

El presente artículo tiene por objetivo interpretar los contenidos teóricos y documentales esenciales conforme con los instrumentos nacionales e internacionales, en lo que se refiere a la Responsabilidad Social y el Desarrollo Sostenible, con miras a su aplicación efectiva en las Instituciones Públicas del Paraguay. Para lo cual, en principio, se expone la investigación basada en normas, y documentos internacionales y nacionales relacionados con el tema, extraídos de fuentes secundarias –en su colección– de manera sintética; a continuación, como producto del análisis en cuanto a su interpretación, se presentan los resultados y posteriormente, tomando como punto de partida las instituciones públicas, conforme con la argumentación, se procede a la discusión del tema, confrontando lo ideal con la realidad actual y las posibles opciones para que el Estado pueda promover el desarrollo sostenible mediante el cumplimiento del deber de Responsabilidad Social.

*Palabras clave:* Responsabilidad social, desarrollo sostenible, estado.

---

\* Magíster en Planificación y Conducción Estratégica Nacional. Magíster en Política y Estrategia Aeroespacial. Egresado de la Escuela Judicial. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA. Abogado. Notario y Escribano Público. Licenciado en Tecnología de Producción.



### **Abstract**

*This writing aim to perform those essential theory and documental contents according to local and international instruments, respect to social responsibility and sustainable development, in order to be effectively applied at State Offices in Paraguay. For instant, it is firstly demonstrated that the search is based on domestic and international regulations related to the topic, picked up from secondary sources in its synthetic collection, following as an analysis product regarding to interpretations as the results are presented and then under the foundations, so discussion about the topic is carried out, comparing the real with the actual reality and possible issues for the government to accurately promote sustainable progress, setting as the starting for state institutes.*

**Keywords:** *Social responsibility, sustainable development, states.*

### **Introducción**

Dado al incremento de la preocupación en cuanto a la gestión de los estados en cumplir uno de sus roles principales, cual es la consecución del bien común, para pretender un desarrollo sostenible en condiciones de seguridad, atendiendo a los problemas relacionados con la degradación ecológica del planeta y la satisfacción de necesidades actuales, que podrían ir en detrimento de las generaciones futuras, surge la necesidad de abordar un tema de interés tanto a nivel mundial, regional y nacional, y en casi todos los estamentos, cual es el de la Responsabilidad Social (RS).

En ese contexto, el tema de este artículo está íntimamente relacionado con la problemática del conocimiento de la RS, para su posterior aplicación efectiva en el contexto de la realidad nacional, en cuanto al logro del desarrollo sostenible y bienestar general en el Paraguay, mediante un marco legal cuya propuesta se hará en la siguiente fase de la investigación.

El trabajo busca contribuir en la prevención de problemas futuros de la población, no solamente del Paraguay, sino de todo el mundo que está en riesgo; se trata de intereses difusos relacionados con la misma continuidad de la especie humana y, además el producto de utilidad para la realización de investigaciones posteriores.

Es necesario considerar que la República del Paraguay es un país mediterráneo lo cual aparentemente le resta muchas oportunidades de desarrollo, sin embargo ocupa una posición geoestratégica muy importante en el corazón de América del Sur, situación que le concede un potencial muy valioso para su desarrollo, a nivel local, regional y mundial, atendiendo los intereses y objetivos nacionales consagrados en la Constitución Paraguaya, las políticas, planes estratégicos y el derecho positivo, todos ellos en orden a que el Estado Paraguayo pueda disponer de los instrumentos legales que permitan lograrlo.

La relevancia de este artículo se basa en la búsqueda de la consecución del bien común, que sintetiza los deseos y aspiraciones de un pueblo para lograr el bienestar general en condiciones de seguridad; es el contexto en el cual un Estado de Derecho con leyes actualizadas, operativas y armónicas pueda dar una respuesta jurídica eficiente a los requerimientos mencionados.

La aportación fundamental en la siguiente fase de elaboración del trabajo será presentar una evaluación de gestiones de las organizaciones del Estado, a partir de un modelo aprobado internacionalmente con estándares basados en estudios científicos en la materia, como solución al problema planteado; éstos son utilizados actualmente solo de manera voluntaria, por lo que se propondrá que lo sean de forma obligatoria, conforme con la regulación jurídica que se plantea.

Y en cuanto a su aporte a la ciencia, se ajustará a las bases principales de conocimientos ciertos, verificables, objetivos, sistemáticos en procesos; su contribución será muy positiva, considerando que su incumplimiento podría impactar negativamente no sólo en los aspectos económicos, sociales y ambientales, sino también en los educativos y cognitivos; los dos primeros atañen a la responsabilidad social en general, y los dos últimos a la responsabilidad social universitaria, la cual se inserta en la corriente más actualizada con respecto al tema.

La aplicación efectiva, en la siguiente fase del trabajo, no requerirá gastos adicionales al Estado, puesto que éste ya cuenta con los órganos jurisdiccionales para su puesta en marcha, solo se requeriría una regulación jurídica consistente con algunas modificaciones y armonizaciones normativas, sin afectar el orden jurídico ni la ética.

En cuanto a la originalidad, este tema se encontrará abocado a saber si algunos países han implementado un marco jurídico similar, debido a que la mayoría de los



instrumentos internacionales y nacionales relacionados con la responsabilidad social son de cumplimiento voluntario.

Cabe resaltar que el objetivo de este estudio está en consonancia con las líneas de investigación de la FDCS - UNA establecidas por el Honorable Consejo Directivo a través de la Resolución N° 3469/2021, cuyos objetivos generales son: “Generar procesos e investigación que tengan relevancia y pertinencia social y académica con participación de docentes y estudiantes”, “Contribuir a la reflexión teórica, epistemológica de las disciplinas con las cuales se vincula la línea de investigación” y “Fomentar la actividad investigativa y crear conciencia de la necesidad de una cultura de la investigación en el ámbito académico”.

En particular, el artículo se relaciona con la primera línea de investigación: Paz, Justicia e Instituciones Sólidas, concretamente con sus objetivos específicos: Promover el Estado de Derecho, contribuir a la construcción de instituciones eficaces, inclusivas, transparentes y que rindan cuentas, apoyar la lucha contra la corrupción, y proporcionar herramientas útiles en la creación de leyes sistémicas, comprensibles y aplicables.

También se relaciona con la tercera línea de investigación: Reducción de las Desigualdades, concretamente con sus Objetivos Específicos: Contribuir a la promoción de la inclusión social, económica y política, contribuir a garantizar la igualdad de oportunidades, contribuir a la erradicación de la esclavitud, trata y el trabajo infantil, y contribuir a la protección de los derechos laborales y el trabajo seguro.

Si bien el Estado Paraguayo, a través de sus órganos representativos constitucionalmente establecidos, ha aprobado en varias formas una gran cantidad de tratados, acuerdos, convenios, planes y acciones conducentes al desarrollo sostenible, entre otras gestiones interinstitucionales muy bien intencionadas, sin embargo persisten en la actualidad algunas circunstancias tales como: la falta de transparencia con tendencia a la corrupción, el cumplimiento parcial de los derechos de los trabajadores en organizaciones del Estado, el aumento de la contaminación del aire, suelo, agua y subsuelo, con graves problemas de salud, sociales y ambientales, y con riesgo para la calidad de vida de la población y su supervivencia, como en el caso de pandemias u otras catástrofes, las deficiencias en la gobernabilidad del Estado, con impacto en el desarrollo sostenible del país, y el desconocimiento, en la gestión de las organizaciones del Estado, acerca de la Responsabilidad Social y Desarrollo Sostenible, por

falta de información y de una evaluación objetiva, unificada, de acceso público, fácil y permanente para la población y sus autoridades.

En este contexto, en un análisis previo se podría señalar como causas posibles la ausencia de una regulación jurídica de la Responsabilidad Social, a nivel nacional; la falta de Proyecto de Estado y Política de Gobierno en cuanto a Responsabilidad Social y Desarrollo Sostenible; el cumplimiento solo parcial de la Constitución Nacional, los Tratados y Acuerdos Internacionales de DD HH, y el desconocimiento de lo que cabalmente implica la Responsabilidad Social, que va desde las autoridades estamentales al funcionariado, a pesar de la incipiente puesta en marcha de planes, programas o proyectos a nivel nacional que puedan mitigar el efecto de todas las dificultades señaladas más arriba. Después de una contrastación preliminar, se sindicó como la causa más probable a la ausencia de una regulación jurídica a nivel nacional de la Responsabilidad Social, desde la perspectiva del Derecho Constitucional y normativas internacionales, para el Desarrollo Sostenible y la Gobernabilidad.

En el mismo sentido, cabe la pregunta ¿Cuál sería una propuesta viable para la inserción de la Regulación Jurídica de Responsabilidad Social en el Derecho Positivo, desde la perspectiva del Derecho Constitucional y normativas internacionales, que contribuya al Desarrollo Sostenible y la Gobernabilidad en el Paraguay?

Sin embargo, antes de elaborar las bases para dicha propuesta, es imprescindible efectuar una investigación previa sobre algunos contenidos esenciales que podrían prestar su soporte a dicho trabajo. De esta ponencia surge la pregunta en forma preliminar a los efectos de este artículo: ¿Conocen los Directivos y Funcionarios de los estamentos públicos el significado y alcance de la RS, en el desarrollo sostenible, conforme a los instrumentos nacionales e internacionales y teoría en dichas materias?

Por consiguiente, el objetivo de este artículo es interpretar los contenidos teóricos y documentales esenciales conforme con los instrumentos nacionales e internacionales, en lo que se refiere a la Responsabilidad Social y el Desarrollo Sostenible, con miras a su aplicación efectiva en las Instituciones Públicas del Paraguay.



## Informe Brundtland

Por Resolución de la Asamblea General de la ONU se estableció la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1983, con 21 miembros, para presentar un informe sobre el medio ambiente y la problemática mundial hasta el año 2000 y más adelante, incluidos proyectos de estrategias para lograr un desarrollo duradero; en 1984 la Comisión se reunió por primera vez para establecer una agenda global para el cambio, presidida por Gro Harlem BRUNDTLAND (política, ambientalista y primera médica en asumir la OMS, primera mujer Primera Ministra de Noruega) y en 1987 se publicó el Informe Brundtland.

Dicho informe resalta que el desarrollo duradero (sostenible) trata de satisfacer las necesidades y las aspiraciones del presente sin comprometer la facultad de continuar haciéndolo en el futuro, y que las actividades humanas están modificando el sistema de nuestro planeta con riesgos que amenazan la vida, realidad que debe ser reconocida, e intenta armonizar los intereses económicos con la necesidad de supervivencia para construir un futuro más próspero, justo y seguro, con base en acciones políticas sostenible (Naciones Unidas, 1987)

También aborda algunas preocupaciones comunes, tales como que todos dependemos de una biósfera para mantenernos en vida; que, en lo social, es urgente luchar contra la pobreza, el hambre, la carencia de viviendas, servicios de agua potable y de desagües, y la falta de equidad en la distribución de la riqueza; en lo ambiental, el uso indiscriminado de los recursos como consecuencia de la elevación de los niveles de población y de producción, con disponibilidad de muy poco tiempo para acciones correctivas y, en algunos casos, cerca del umbral de transgresión crítica (Naciones Unidas, 1987).

En ese contexto se define: “El desarrollo duradero es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”, (Naciones Unidas, Informe Brundtland, pág. 59, 1987). Para su logro se requiere: un sistema político democrático participativo; un sistema económico eficiente; un sistema social equilibrado; y un sistema de producción que preserve el medio ambiente.

En cuanto a los esfuerzos comunes, afirma que las formas de soberanía nacional plantean problemas particulares cuando se trata de administrar ecosistemas

compartidos, por lo cual se deben tener en cuenta: la gestión de riesgos, con capacidad de evaluar posibles daños ecológicos irreversibles que amenacen la supervivencia y la paz; la seguridad mundial, ya que no existen soluciones militares y/o policiales para la inseguridad del medio ambiente; que los gobiernos y organismos internacionales promuevan políticas, programas y presupuestos que apoyen un desarrollo que sea duradero; que se eliminen las lagunas que existen en la legislación nacional e internacional en lo que respecta al medio ambiente y protejan los derechos de la generación presente y las generaciones futuras (Naciones Unidas, 1987).

Finalmente hace un llamado a la acción, dado que los próximos decenios son decisivos en las tentativas de mantener la estabilidad social y ecológica, adoptando un enfoque para buscar la seguridad mediante el cambio. “Las propuestas de la Comisión para dicho cambio en los planos nacional, regional e internacional se expresan en seis sectores prioritarios: ir a las fuentes, encarar los efectos, evaluar los riesgos mundiales, elegir conscientemente, proporcionar los recursos jurídicos e invertir en nuestro futuro”, (Naciones Unidas, Informe Brundtland, pág. 348, 1987).

### **Responsabilidad Social y la ISO 26.000**

La fuente consultada a la RS en todo este apartado corresponde al Profesor Antonio Argandoña, Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo Nº 11, Junio de 2011, “ISO 26000, UNA GUÍA PARA LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS ORGANIZACIONES”, IESE – Business School - Escuela de Dirección de Empresas - Instituto de Estudios Superiores de la Empresa - Universidad de Navarra - Barcelona - España, basado en la Guía de Responsabilidad Social ISO 26000 (traducción oficial), 2010.

Según esta fuente, se puede contribuir al desarrollo sostenible con un comportamiento socialmente responsable para producir el funcionamiento eficiente de la organización. Sin embargo, cuando ésta se plantea cómo integrar la RS en sus actividades diarias no sabe cómo proceder, por lo cual es imperativo que los directivos de organizaciones y empresas conozcan la ISO 26000, como primera norma universal de RS.

Las actividades se iniciaron en el 2001 cuando el Comité ISO sobre Política de los Consumidores (COPOLCO) publicó un informe sobre el valor de los estándares de responsabilidad social corporativa (RSC). En el 2004 se celebró la Conferencia



Internacional de ISO sobre RS, organizada en Estocolmo por el Instituto Sueco de Normalización (SIS), que contó con 355 participantes de 66 países y múltiples sectores (público, privado y sociedad civil). Y en enero de 2005, el grupo de Trabajo ISO/TMB (Technical Management Board - Junta de Gestión Técnica), /WG/SR (Working Group / Social Responsibility - Grupo de Trabajo de Responsabilidad Social) dio comienzo a su trabajo.

En total, el grupo de trabajo ISO/TMB/WG/SR, liderados por el SIS y la Asociación Brasileña de Normalización Técnica (ABNT), contó con la participación de alrededor de 450 expertos y 210 observadores de 99 países, y 42 organizaciones internacionales y regionales. Se celebraron conferencias internacionales sucesivas en Salvador de Bahía y Bangkok (2005), Lisboa (2006), Sídney y Viena (2007), Santiago de Chile (2008), Quebec (2009) y Copenhague (2010).

Estos hechos demuestran que la ISO 26000 fue el resultado de un largo proceso de documentación, toma de opiniones, discusión, unificación de posturas y esfuerzos para alcanzar un consenso, lo cual explica que la Guía ISO 26000 sea una excelente síntesis de las ideas, sugerencias y debates, que se han ido generando en torno a la RS durante esos años, evitando posiciones extremas. (Argandoña, 2010).

La misma fuente muestra la definición que la ISO 26000 da a la RS como: “responsabilidad de una organización ante los impactos que sus decisiones y actividades ocasionan en la sociedad y el medio ambiente, mediante un comportamiento ético y transparente que: o tome en consideración los intereses de sus partes interesadas; o cumpla con la legislación aplicable y sea coherente con la normativa internacional de comportamiento; y o esté integrada en toda la organización y se lleve a la práctica en sus relaciones” (Cap. 2, Apdo. 2.18). Y, entre otros, define al Desarrollo Sostenible, como: “desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades” (Cap. 2, Apdo. 2.23)

Afirma también que, desde el punto de vista del alcance geográfico, es una norma global, pensada para todo el mundo; se dirige a todo tipo de organizaciones, sin importar si operan en países desarrollados o en países en desarrollo. Es un estándar único, aplicable tanto a empresas comerciales como a instituciones públicas, sindicatos, partidos políticos, organizaciones sin ánimo de lucro, etc., grandes y pequeñas, públicas y privadas. La ISO 26000 no es una norma jurídica, de cumplimiento

obligatorio, es decir, lo que contiene son orientaciones, no requisitos. Trata de hacer operativa la RS y asiste a las organizaciones en su implementación, mantenimiento y mejora de los marcos y estructuras (Argandoña, 2010)

La Guía establece los **siete principios básicos de RS** que toda organización debería tener en cuenta para maximizar su contribución al desarrollo sostenible y son: 1. Rendición de cuentas; 2. Transparencia; 3. Comportamiento ético; 4. Respeto a los intereses de las partes interesadas; 5. Respeto al principio de legalidad; 6. Respeto a la normativa internacional de comportamiento; y 7. Respeto a los derechos humanos. También delinea **siete materias fundamentales de RS** que toda organización debería considerar en su estrategia de integración, y que deben ser abordadas de un modo integral al reconocer que todas son igualmente importantes y se interrelacionan entre sí, y son: 1. **Gobernanza de la organización**; 2. Derechos humanos; 3. Prácticas laborales; 4. El medio ambiente; 5. Prácticas justas de operación; 6. Asuntos de consumidores; y 7. Participación activa y desarrollo de la comunidad, todos con sus respectivos indicadores. A continuación se grafica la interrelación integral de las materias fundamentales (Argandoña, 2010):



Fig. 1

### Pacto global e iniciativa de reporte global (GRI)

El Pacto Global es una iniciativa voluntaria promovida por la ONU, en la cual las organizaciones se comprometen a alinear sus estrategias y operaciones con diez principios universalmente aceptados en cuatro áreas temáticas: derechos humanos, derechos laborales, medio ambiente y anticorrupción para coadyuvar con los ODS,



al cual la Red del Pacto Global Paraguay se sumó en el 2009, para promover el compromiso responsable de las organizaciones, la difusión de buenas prácticas y la gestión del conocimiento (<http://pactoglobal.org.py/red-del-pacto-global-paraguay>).

El GRI es una ONG fundada en 1997 por CERES y por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en los EE.UU., que tiene como objetivo impulsar los Reportes de Sostenibilidad y de ESG (Medio ambiente, Social y Gobierno Corporativo); es una de las más utilizadas en el mundo para impulsar una mayor transparencia. Su estructura establece un formato con los principios e indicadores sistémicos y transversales, que todo tipo de organización puede utilizar para medir y reportar su desempeño económico, ambiental y social, es de carácter voluntario, para informar sobre sus actividades, productos y servicios, apuntando al desarrollo sostenible (<http://www.observatoriodeltrabajo.org/ftp/GRI.pdf>, 2000).

### **Indicadores Ethos de responsabilidad social empresarial**

Los Indicadores Ethos de Responsabilidad Social plantean esta gestión desde siete ejes temáticos, dos de los cuales son transversales (Medio ambiente y Ética, que incluye Valores, Transparencia y Gobierno Corporativo) a los cinco grupos de interés (Público Interno, Proveedores, Consumidores/Clientes, Comunidad, Gobierno y Sociedad), con un conjunto de indicadores y sub indicadores, los cuales reflejan la situación organizacional en un abarcante espectro, particularmente lo que atañe a RS y desarrollo sostenible (<https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/111.pdf>, 2012).

### **Agenda 2030 ONU – De los 17 ODS y el compromiso del Estado**

El 25 de septiembre de 2015, más de 150 Jefes de Estado, de Gobierno y representantes, incluyendo Paraguay, se reunieron en la Cumbre del Desarrollo Sostenible en la que aprobaron la Agenda 2030, en la cual se considera el crecimiento económico, aunque promoviendo prioritariamente las necesidades sociales, la lucha contra el cambio climático y la protección del medio ambiente, con miras al desarrollo sostenible y el futuro de la población mundial.

Los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y sus 169 metas presentan una nueva agenda universal como continuidad de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) vigente hasta el 2015, y pretende lograr lo que éstos no consiguieron; sus

metas estarán vigentes hasta el año 2030 con acción en cinco esferas críticas para la humanidad: las personas, el planeta, la prosperidad, la paz y las alianzas, éstas son universales y afectan tanto a los países desarrollados como a los que están en desarrollo, son de carácter integrado e indivisible y conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible (económica, social y ambiental).

Los ODS y sus metas entraron en vigor el 1º de enero de 2016 y guiarán las decisiones que los estados miembros de la ONU hasta el año 2030; a pesar de no ser jurídicamente obligatorios, se tiene la expectativa que los gobiernos los internalicen con marcos nacionales para su logro, asumiendo la responsabilidad del monitoreo y evaluación en el cumplimiento de los objetivos, los cuales se resumen en el cuadro detallado más abajo (<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/1>).



Fig. 2

A nivel nacional, por Decreto del P. E. N° 5887/16, se creó la Comisión Interinstitucional de Coordinación para la implementación, seguimiento y monitoreo de los compromisos internacionales en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (Comisión ODS Paraguay), integrada por representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Ministerio de Hacienda, de la Secretaría Técnica de Planificación para el Desarrollo Económico y Social, y del Gabinete Social de la Presidencia de la República del Paraguay, para promover el desarrollo sostenible el marco de políticas públicas tendientes al cumplimiento de los ODS, entre otras funciones.

El 24 de julio del año 2017 los titulares de los tres Poderes del Estado firmaron en Asunción el Acta de Declaración conjunta inter poderes de la República del Paraguay, por la cual el país se comprometió al cumplimiento de los ODS, en oportunidad de



lanzamiento de la Agenda 2030, con participación de autoridades nacionales y de la ONU.

Entre las actividades realizadas por la Comisión ODS Paraguay, en el marco de su Plan de Gestión Integral, se encuentran la firma de acuerdos y proyectos con organismos nacionales e internacionales, reuniones, seminarios y presentación de informes, en el cual se resaltan las felicitaciones recibidas por Paraguay por la presentación del Primer Informe Nacional Voluntario de los ODS el 23, de julio de 2018, en el Foro Político de Alto Nivel sobre Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, en Nueva York, Estados Unidos; informe que ya había sido presentado por 45 países a esa fecha, y que contiene los avances registrados, entre ellos el Plan País para el cumplimiento del ODS 16.2, denominado Paraguay y la Protección de la Niñez contra el abuso y todas formas de violencia en la nueva Agenda para el Desarrollo Sostenible 2015-2030 y el Plan Nacional de Desarrollo Paraguay 2030 (diciembre de 2014). Cabe señalar que dicha Comisión está abocada en la armonización de este plan de tres ejes estratégicos y cuatro transversales, con las metas de los ODS, en coordinación con los estamentos nacionales ([comisionods.mre.gov.py](http://comisionods.mre.gov.py)).

### **Materiales y métodos**

El diseño investigativo es no experimental, al estudiar fenómenos que están en la realidad y el investigador no puede manipularlos, de corte formalmente transversal por ser levantados en el corriente año.

El alcance es de nivel exploratorio, por el estado incipiente de la investigación y el enfoque es cualitativo, con el uso de técnicas de Análisis de Contenido teórico y documental, aporte investigativo consistente en la colección y análisis de documentos en cuanto a la interpretación, argumentación y síntesis del tema seleccionado.

Como avance de la investigación se agrega al final el cuadro de operacionalización de categorías de análisis a ser efectuadas a posteriori.

### **Corolarios**

El Informe Brundtland pronosticó un problema ecológico y de estabilidad social, adoptando un enfoque integral para buscar la seguridad mediante el cambio como estrategia de contribución al desarrollo sostenible.

Asimismo, la ISO 26000 señala que la RS corresponde a todas las organizaciones de la sociedad, no es norma jurídica, sino voluntaria, sin certificación para hacerla operativa, insta a adoptar una conducta socialmente responsable e integrarla institucionalmente, en contribución al desarrollo sostenible y su materialización en decisiones concretas.

También, se cuenta con la adhesión de la Red del Pacto Global Paraguay para promover los ODS, y con los Reportes de Sostenibilidad de GRI de las organizaciones que posibiliten informar públicamente con transparencia su desempeño económico, ambiental y social, sobre sus actividades, productos y servicios, con miras al desarrollo sostenible.

Por su parte, los Indicadores Ethos de Responsabilidad Social abarcan integralmente la evaluación de las organizaciones, en cuanto a RS y desarrollo sostenible.

En todo este contexto, los ODS de la Agenda 2030 de la ONU presentan un instrumento muy válido para todas las acciones gubernativas de los Estados en consecución al desarrollo sostenible, visualizando todas las expresiones de la realidad internacional para priorizar las áreas más sensibles.

## **Discusión**

Desde el año 1987, hace más de 20 años, la publicación del Informe Brundtland ya vaticinó los problemas relacionados al cambio climático, sin embargo muy pocas acciones han sido hechas al respecto; algunas reacciones se dieron con los ODM a partir del 2000 y la GRI, y a partir del 2010 con la aparición de la ISO 26000, con pocos resultados positivos. Actualmente existen solamente ocho organizaciones en Paraguay que presentan formalmente el GRI, y otras pocas que suscribieron el Pacto Global, pero sólo elaboraron un comunicado de progreso.

Sería muy útil la aplicación de Indicadores Ethos de Responsabilidad Social, por la integralidad de aspectos que abarcan enfocando la RS y el desarrollo sostenible, pero ello es muy poco socializado en las esferas educativas e instituciones públicas.

En cuanto a los ODS, los titulares del Estado se comprometieron a su cumplimiento, y con la conformación de la Comisión ODS Paraguay, se realizaron varias gestiones, tales como la presentación del Primer Informe Nacional Voluntario de los ODS; el



Paraguay se halló entre los primeros países en hacerlo, entre más de 150 que lo suscribieron, hecho bastante significativo.

También el Plan Nacional de Desarrollo Paraguay 2030 ha aportado su grano de arena, pero hay mucho que mejorar para alinear este plan con las metas de los ODS, en coordinación con los estamentos nacionales, para cual es indispensable la capacitación de los recursos humanos en estas materias, porque si bien se realizan las reuniones de trabajo, muy poco personal que participa desde sus puestos organizacionales públicos tienen la información previa disponible o la capacitación necesaria para su desempeño eficiente; ello es indicativo de que existe muy poca preocupación del estamento educativo, en todos los niveles, para promover la educación en RS.

En todos los casos, no hay excusas para dejar de lado todos estos instrumentos; se deben adoptar, armonizar y/o adaptar, porque, a pesar de ser de cumplimiento voluntario, su internalización en forma integral en el marco nacional, ya sea como políticas, planes, programas, diseños o proyectos, es esencial para que su cumplimiento no sea una mera utopía y sirva como una especie de declaración jurada o cédula de identidad de todas las instituciones públicas del país; consecuentemente, es menester plasmarlo en el ordenamiento legal vigente. De esta manera se pretende que el planteamiento del tema investigado sirva como base para una investigación futura, a fin de proponer soluciones viables a corto plazo, y así poder contribuir efectivamente al tan mentado desarrollo sostenible, **“ante un planeta que nos necesita, y nosotros de él”**.

Objetivos específicos	Categorías	Dimensiones / Enfoques	Indicadores / Objeto o Sujeto de Estudio	Instrumentos Recolección de datos
Verificar la existencia de instrumentos legales relacionados con la Responsabilidad Social y la percepción de la transparencia en el cumplimiento de los derechos de los trabajadores en las organizaciones del Estado.	Transparencia en las organizaciones públicas. Derechos de trabajadores en organizaciones del Estado.	Factores legales. Factores de gestión. Factores administrativos.	Regulaciones legales, normativas institucionales. Impunidad versus corrupción. Publicaciones de la prensa.	Técnica: Encuesta. Instrumento: Cuestionario estructurado.
Analizar la incidencia de los inconvenientes de carácter social y ambiental que plantean riesgo para la calidad de vida de la población.	Problemas sociales con riesgo para la vida de la población. Problemas ambientales con riesgo para la vida de la población.	Organizaciones estatales responsables y Sistemas creados para el efecto con sus componentes ejecutivos.	Medidas de Monitoreo y Control. Protocolo de Operaciones. Intervenciones de las autoridades competentes.	Técnica: Encuesta. Instrumento: Cuestionario estructurado.
Describir las gestiones en la gobernabilidad de algunas organizaciones del Estado que tienen impacto en el desarrollo sostenible del país.	Gobernabilidad del Estado y su impacto en el desarrollo sostenible.	Gestiones efectivas para garantizar y salvaguardar los intereses vitales de la Nación.	Regulaciones normativas para la identificación y seguimiento en función a los acuerdos internacionales. Capacidades asociadas a la formación continua, medios, tecnología y otros. Impunidad versus corrupción.	Técnica: Entrevista focal. Instrumento: Guía de entrevista.



<p>Indagar sobre el conocimiento de las organizaciones del Estado acerca de Responsabilidad Social y Desarrollo Sostenible en su gestión, mediante una evaluación objetiva, unificada, de acceso público, fácil y permanente para la población y sus autoridades.</p>	<p>Evaluación de las gestiones del Estado, sobre Responsabilidad Social y Desarrollo Sostenible</p>	<p>Corroboración del estado actual de conocimiento y conciencia sobre la Responsabilidad Social, en el estamento del funcionariado público.</p> <p>Acciones relativas a la disponibilidad de informaciones a disposición de la población.</p>	<p>Planificación Estratégica del Estado sobre Responsabilidad Social y Desarrollo Sostenible o similar, ante su ausencia.</p>	<p>Técnica: Encuesta.</p> <p>Instrumento: Cuestionario estructurado.</p>
<p>Proponer el marco jurídico regulatorio de la Responsabilidad Social, desde la perspectiva del Derecho Constitucional y la normativa internacional, para el desarrollo sostenible y la gobernabilidad en PY.</p>	<p>Marco jurídico de la Responsabilidad Social del Estado para el desarrollo sostenible y la gobernabilidad</p>	<p>Instrumento legal para coadyuvar al desarrollo sostenible y la gobernabilidad.</p>	<p>Gestión de procedimientos legales y operativos para su cumplimiento eficiente.</p>	<p>Técnica: Análisis Documental.</p> <p>Instrumento: Lista de Co-tejo.</p>

## Definición y operacionalización de categorías de análisis consideradas

### Bibliografía

ARGANDOÑA Antonio, Cuadernos de la Cátedra “la Caixa” de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo N° 11, Junio de 2011, “ISO 26000, UNA GUÍA PARA LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS ORGANIZACIONES”, IESE – Business School - Escuela de Dirección de Empresas - Instituto de Estudios Superiores de la Empresa - Universidad de Navarra - Barcelona - España, basado en la Guía de Responsabilidad Social ISO 26000 (traducción oficial), 2010.

Comisión ODS Paraguay, <http://comisionods.mre.gov.py>.

ETHOS <https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/111.pdf>.

GLOBAL REPORTING INITIATIVE GRI <http://www.observatoriodeltrabajo.org/ftp/GRI.pdf>, Junio 2000 Directrices de informes de sostenibilidad, Guía para la Elaboración de Memorias de Sostenibilidad sobre actuaciones económicas, medioambientales y sociales de la empresa.

PG PY (<http://pactoglobal.org.py/red-del-pacto-global-paraguay>).

NACIONES UNIDAS, 1987, Informe Brundtland.

NACIONES UNIDAS, Agenda 2030, 2015. “Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015” [en línea]. A/RES/70/1. 21 de octubre. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/70/1>. Página web de las Naciones Unidas [www.un.org/sustainabledevelopment/es](http://www.un.org/sustainabledevelopment/es) y las metas de cada Objetivo corresponden a las incluidas en la resolución 70/1 de la Asamblea General titulada “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”





## EL PAPEL DE LA REGULACIÓN DE LOS CRÉDITOS DE CARBONO EN PARAGUAY

Sofía Rattazzi \*

### Resumen

Con el objetivo de profundizar en el análisis de la regulación de los créditos de carbono en Paraguay, este ensayo destaca su papel fundamental en la mitigación del cambio climático y su influencia en el desarrollo sostenible del país. Se explora en detalle cómo esta regulación establece un sólido marco legal que garantiza la transparencia y la adecuada contabilidad en el comercio de carbono, alentando la inversión extranjera en proyectos de reducción de emisiones. Además, se resalta que la regulación del mercado de los créditos de carbono no solo contribuye significativamente a la disminución de las emisiones, sino que también impulsa el crecimiento económico y crea nuevas oportunidades de empleo en Paraguay.

**Palabras clave:** *Créditos de carbono, regulación de mercado de carbono, cambio climático.*

### Abstract

*With the objective of deepening the analysis of the regulation of Carbon Credits in Paraguay, this essay highlights their fundamental role in climate change mitigation and their influence on the sustainable development of the country. It explores*

---

\* Abogada por la Universidad Nacional de Asunción. Estudiante de la Especialización en Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública en la Universidad Columbia y la George Washington University. Miembro del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la UNA. Contacto: sofiarattazzi13@gmail.com



*in detail how this regulation establishes a solid legal framework that guarantees transparency and proper accounting in carbon trading, encouraging foreign investment in emission reduction projects. In addition, it is highlighted that the regulation of the Carbon Credits market not only contributes significantly to the reduction of emissions, but also boosts economic growth and creates new employment opportunities in Paraguay.*

**Keywords:** *Carbon credits, market regulation, climate change.*

## Introducción

A finales del siglo XX el mundo comenzó a tomar conciencia de la urgente necesidad de abordar el cambio climático y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI). Los GEI comprenden aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropogénicos (resultado de actividades humanas), que absorben y reemiten radiación infrarroja (MADES, 2019). Esta característica es responsable de generar el fenómeno conocido como efecto invernadero. Entre los principales GEI presentes en la atmósfera terrestre se encuentran el vapor de agua (H<sub>2</sub>O), el dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), el óxido nitroso (N<sub>2</sub>O), el metano (CH<sub>4</sub>) y el ozono (O<sub>3</sub>).

Actualmente, el CO<sub>2</sub> es el principal gas de efecto invernadero asociado con las actividades humanas, y ocupa el segundo lugar en importancia para el calentamiento global, tan solo superado por el vapor de agua. Ese gas tiene origen tanto antropogénico como natural. La principal fuente de emisión de CO<sub>2</sub> proviene de la quema de combustibles fósiles, que incluye el carbón, el petróleo y sus derivados, así como el gas natural, utilizados en la generación de energía. Además, la deforestación, resultante de la tala y quema de bosques (según la FAO, aproximadamente el 38% de la superficie terrestre se dedica a la agricultura y, en torno a un tercio se utiliza como tierra de cultivo, mientras que los dos tercios restantes son praderas y pastizales para el pastoreo), así como ciertos procesos industriales, como la producción de cemento, también contribuyen significativamente a la liberación de CO<sub>2</sub> en la atmósfera.

En este contexto, el Protocolo de Kioto, adoptado en 1997 como un anexo a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUUC), se convirtió en un hito crucial en la lucha contra el calentamiento global “comprometiendo a los países industrializados a limitar y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) de conformidad con las metas individuales acordadas”<sup>1</sup>. Este acuerdo internacional, que entró en vigencia en 2005, además de establecer metas de reducción de emisiones para los países industrializados también introdujo un concepto revolucionario: los créditos de carbono.

Un crédito de carbono representa una unidad certificada de resultados de mitigación, comprendiendo emisiones evitadas, reducciones o capturas de gases de efecto invernadero. Cada crédito se equipara a una tonelada de CO<sub>2</sub> equivalente (tCO<sub>2</sub>e), cuya emisión se ha evitado, reducido o capturado mediante un proyecto de mitigación específico<sup>2</sup>. El mecanismo para un desarrollo “limpio” permite que los países industrializados financien proyectos que reduzcan emisiones de GEI o sumideros que cumplan el mismo objetivo en países en desarrollo. Cada crédito de carbono corresponde a una tonelada de dióxido de carbono equivalente y es intercambiable con las demás unidades que generan los distintos compromisos y mecanismos del Protocolo de Kioto.

El Protocolo de Kioto dio lugar a la creación de un mercado de carbono global que revolucionaría la forma en que las empresas y los países abordan sus emisiones de GEI. A través de la implementación de mecanismos de mercado, como el Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL)<sup>3</sup> y el Comercio de Emisiones, se estableció un sistema

---

<sup>1</sup> Naciones Unidas. (2019). ¿Qué es el Protocolo de Kyoto?; UNFCCC. [https://unfccc.int/es/kyoto\\_protocol](https://unfccc.int/es/kyoto_protocol)

El Protocolo de Kyoto se basa en los principios y disposiciones de la Convención y sigue su estructura basada en los anexos. Sólo vincula a los países desarrollados y les impone una carga más pesada en virtud del principio de “responsabilidad común pero diferenciada y capacidades respectivas”, porque reconoce que son los principales responsables de los actuales altos niveles de emisiones de GEI en la atmósfera.

<sup>2</sup> MAyDS. (2023). Mercados de Carbono. Preguntas Frecuentes. [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/06/preguntas\\_frecuentes\\_mercados\\_de\\_carbono\\_v2\\_04\\_2023\\_.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/06/preguntas_frecuentes_mercados_de_carbono_v2_04_2023_.pdf)

<sup>3</sup> MAyDS. (2023). Mercados de Carbono. Preguntas Frecuentes. [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/06/preguntas\\_frecuentes\\_mercados\\_de\\_carbono\\_v2\\_04\\_2023\\_.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/06/preguntas_frecuentes_mercados_de_carbono_v2_04_2023_.pdf) El Mecanismo para un Desarrollo Limpio (MDL) (2008-2020) fue el esquema crediticio de



mediante el cual los países desarrollados podían invertir en proyectos de reducción de emisiones en países en desarrollo a cambio de “créditos de carbono” que les permitían cumplir con sus objetivos de reducción.

### **El Mercado de Créditos de Carbono**

El Mercado de Carbono es el sistema de comercio a través del cual gobiernos, empresas o individuos pueden vender o adquirir unidades de reducción de emisiones de GEI, ya sea para cumplir con sus obligaciones actuales o futuras, o de manera voluntaria. Esto no solo impulsa la reducción de emisiones, sino que también crea un incentivo económico para participar en la lucha contra el cambio climático.

En el corazón del mercado de carbono se encuentran los “créditos de carbono”, que representan una unidad de emisión de un GEI, generalmente una tonelada de dióxido de carbono equivalente (CO<sub>2</sub>e). Estos créditos pueden ser generados a través de proyectos de mitigación que reduzcan, eviten o capturen emisiones de GEI. Lo que hace que este mercado sea particularmente interesante es que estos créditos pueden ser comprados, vendidos o negociados, lo que brinda flexibilidad a las empresas y los países para alcanzar sus metas de reducción de emisiones (Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional, o NDC por sus siglas en inglés).

La estructuración del mercado de créditos de carbono a partir del Protocolo de Kioto no solo abrió nuevas oportunidades para la mitigación del cambio climático, sino que también generó un sector económico en crecimiento. Empresas, inversores y gobiernos comenzaron a participar activamente en el comercio de estos créditos, lo que llevó a la evolución de una industria global de carbono. Los créditos se emiten de acuerdo con un estándar, que puede ser tanto privado como público, después de que un tercero ha verificado que el proyecto y sus resultados cumplen con los requisitos de ese estándar. Cada estándar posee procedimientos y metodologías particulares adaptados a diferentes tipos de actividades. En la actualidad existen los mercados de carbono regulados y los voluntarios.

Por una parte, los mercados regulados están respaldados por regulaciones gubernamentales que establecen límites máximos para las emisiones de GEI. Uno de los

---

compensación principal que permitía la compra y venta de créditos de carbono (denominados Certificados de Emisiones Reducidas, CERs).

ejemplos más notables es el Sistema de Comercio de Emisiones de la Unión Europea (EU ETS), que abarca una amplia gama de sectores industriales en Europa. Aquí, las empresas deben poseer suficientes derechos de emisión para cubrir sus emisiones anuales, y estos derechos pueden ser comprados o vendidos en un mercado abierto. Además, los mecanismos de mercado como el Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL) y la Implementación Conjunta (IC) permiten a los países bajo el Protocolo de Kioto cumplir con sus compromisos de reducción de emisiones a través de proyectos de mitigación específicos.

En cambio, los mercados voluntarios, no están respaldados por regulaciones gubernamentales obligatorias, lo que significa que las organizaciones y empresas participan de manera voluntaria. Aquí, las organizaciones pueden comprar créditos de carbono generados por proyectos de mitigación certificados, como la energía renovable o la reforestación, para compensar sus propias emisiones de GEI. Aunque no hay una obligación legal de participar, muchas organizaciones eligen hacerlo como parte de sus esfuerzos para reducir su huella de carbono y demostrar su compromiso con la sostenibilidad ambiental.

Los Mercados de Carbono, independientemente de si sean voluntarios o regulados, contribuyen a la consolidación de una estrategia clara para la reducción de emisiones, ya que al establecerse un límite se busca que las emisiones de los sectores cubiertos estarán por debajo de ese límite.

### **Créditos de Carbono en Paraguay**

En el corazón de América del Sur, Paraguay, un país conocido por su exuberante naturaleza y vastas extensiones de tierras fértiles, está dando pasos significativos hacia un futuro más verde y sostenible. El aumento de las temperaturas, eventos climáticos extremos y la pérdida de biodiversidad son señales inequívocas de que es necesario tomar medidas audaces para frenar este fenómeno global. Paraguay, al igual que otros países, se ha enfrentado a la urgencia de abordar el cambio climático y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI).

Los proyectos de créditos de carbono se han convertido en una alternativa atractiva para individuos y empresas que poseen tierras no explotadas, y optan por esta ruta más sostenible y rentable. Esto se debe a que dichos proyectos propician la transición hacia un crecimiento económico sostenible y bajo en carbono, ofrecen una



opción diferente a las empresas para cumplir sus obligaciones, ayudándoles a adaptarse gradualmente según sus circunstancias, y también son una fuente de ingresos adicionales para los gobiernos.

En este viaje hacia la mitigación del cambio climático y la promoción de prácticas respetuosas con el medio ambiente, se ha buscado durante un período prolongado la creación de un marco regulatorio. Por lo que durante el año 2023 se ha impulsado un Proyecto de Ley de Créditos de Carbono<sup>4</sup> que aspira a definir la propiedad del carbono reducido, evitado y/o capturado, y los créditos de carbono generados por proyectos en el Paraguay; se erige así como una hoja de ruta que marcará un antes y un después en el compromiso del país con un futuro más ecológico.

### **Puntos claves del Proyecto de Ley de Créditos de Carbono en Paraguay**

El Proyecto de Ley presentado ante el Congreso de la Nación Paraguaya tiene el objetivo principal de establecer un marco legal sólido para la titularidad de los créditos derivados de la reducción, evitación y captura de carbono. Esta ley no solo sienta las bases para la propiedad de los créditos de carbono generados por proyectos en Paraguay, sino que también crea un mecanismo formal de contabilización y registro de estos créditos. Su propósito es claro: incentivar y facilitar la participación de los sectores público y privado en la mitigación de las emisiones de GEI, y en los mercados de carbono.

El Proyecto de Ley introduce al país en la revolución de los créditos de carbono, un sistema que permite a Paraguay contribuir activamente a la reducción de emisiones globales de GEI y, al mismo tiempo, beneficiarse económicamente. Facilita la evaluación de la situación actual en cuanto al impacto ambiental, lo que se traduce en la capacidad de atraer inversiones internacionales y establecer una regulación efectiva. Los beneficios económicos del mercado de créditos de carbono se hacen particularmente evidentes, ya que los esfuerzos de conservación se ven recompensados mediante incentivos económicos, lo que contribuye con el progreso sostenible y a la gestión adecuada de los recursos ambientales en Paraguay.

---

<sup>4</sup> SilPy. (2023). Proyecto de Ley de los Créditos de Carbono. Silpy.congreso.gov.py. <http://silpy.congreso.gov.py/expediente/129089>

Conforme lo establecido en el Proyecto de Ley, será el Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADES) quien desempeñará el papel fundamental de Autoridad de Aplicación del Proyecto de Ley. Su labor abarca la regulación y supervisión de proyectos relacionados con la reducción de emisiones de carbono, lo que garantiza la aplicación de estándares ambientales rigurosos.

Además, el MADES tendrá la facultad de recaudar cánones por el registro de estos créditos, lo que proporciona recursos para financiar iniciativas adicionales de conservación y sostenibilidad ambiental. Asimismo, tiene atribución para emitir la Constancia de No Objeción, que certifica la inexistencia de doble contabilidad de los créditos de carbono de un proyecto, lo que asegura a inversionistas y socios internacionales que los susodichos proyectos cumplen con requisitos ambientales y legales, y permite generar confianza en el mercado de créditos de carbono en Paraguay.

El Proyecto de Ley establece que los proyectos de mitigación pueden provenir de diversos sectores, como el forestal, la agricultura, la energía y el transporte, entre otros. Esto permite una amplia variedad de iniciativas que contribuyan a la reducción de emisiones en Paraguay. Además, se establece un requisito importante: al menos el 50% de la mano de obra en los proyectos debe ser paraguaya, lo que promueve el desarrollo local y la inclusión de profesionales técnicos en estas iniciativas.

Una de las piezas fundamentales propuestas en el Proyecto de Ley es la creación del Registro de Créditos de Carbono, bajo la jurisdicción del Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible, que desempeñará un papel de vital importancia en el contexto de la regulación de los créditos de carbono en el Paraguay. Este registro público cumplirá múltiples funciones, esenciales para garantizar la efectiva implementación de la mencionada legislación.

Así, en primer lugar, proporciona una valiosa fuente de información detallada sobre los proyectos activos en Paraguay que generan créditos de carbono. Esto abarca datos fundamentales como el tipo de proyecto, su ubicación geográfica, las emisiones de gases de efecto invernadero reducidas como resultado de dichos proyectos y, por supuesto, la cantidad de créditos de carbono generados.

Además, el Registro de Créditos de Carbono desempeña un papel crucial en la prevención de la doble contabilidad, un desafío significativo en el comercio de créditos de carbono a nivel global. Este registro es fundamental para garantizar la integridad



del sistema, ya que evita que un mismo crédito de carbono se registre y se venda en múltiples ocasiones. Al hacerlo, asegura que cada crédito de carbono sea único y se utilice de manera adecuada, evitando duplicaciones perjudiciales.

En otro aspecto esencial, el registro facilita la contabilización de transacciones de créditos de carbono; ello implica llevar un seguimiento de las operaciones comerciales realizadas con estos créditos, lo que es de suma importancia en los mercados internacionales de carbono para mantener la transparencia y la confiabilidad. La capacidad de rastrear las transacciones garantiza que el comercio de créditos de carbono se realice de manera justa y eficaz, contribuyendo a la lucha contra el cambio climático. Además, el registro identifica a los adquirentes de estos créditos, lo que resulta esencial para mantener la trazabilidad y asegurarse de que los créditos de carbono se utilicen de acuerdo con los objetivos de mitigación y sostenibilidad ambiental, al tiempo que se respeta la integridad del sistema.

Como toda normativa, también prevé infracciones y sanciones ante el incumplimiento de alguna disposición. Estas sanciones varían en gravedad y van desde amonestaciones hasta multas significativas, y la inhabilitación para ciertas actividades relacionadas con los créditos de carbono. Tales medidas son esenciales para mantener la integridad del sistema y garantizar que los participantes cumplan con las regulaciones establecidas en la ley.

### **Importancia de la regulación para los actores de la sociedad**

La regulación de los créditos de carbono desempeña un papel fundamental en la efectividad y la equidad de este mercado; proporciona un marco legal que garantiza la transparencia, la contabilidad adecuada y la protección de los intereses de Paraguay en el comercio de carbono a nivel internacional. Además, promueve la inversión extranjera en proyectos de mitigación, lo que contribuye al desarrollo sostenible del país.

En efecto, en primer lugar, asegura el futuro sostenible del Paraguay. Mediante la valoración económica de los bosques en Paraguay, que es esencial no solo para su conservación, se abren las puertas a oportunidades económicas a través de los créditos de carbono. Esto puede ser un paso significativo en la dirección correcta para garantizar la sostenibilidad a largo plazo de estos recursos naturales, y contribuir a la mitigación del cambio climático. Si bien existen antecedentes de proyectos de

créditos de carbono ya desarrollados en el Paraguay, la seguridad jurídica que brinda una correcta regulación permite que el índice de inversiones aumente y se expanda, facilitando así mayores proyectos, útiles para la conservación de nuestros bosques.

En segundo lugar, además de los beneficios ambientales positivos, la regulación de los créditos de carbono en Paraguay conlleva un impacto socioeconómico significativo. Al promover activamente proyectos de mitigación y el desarrollo local, esta legislación contribuye de manera notable a la generación de empleos y al estímulo de la economía paraguaya. La creación de puestos de trabajo y el fomento de oportunidades laborales no solo fortalecen la estabilidad económica del país, sino que también mejoran la calidad de vida de sus ciudadanos.

Asimismo, al abrir las puertas al comercio de créditos de carbono, Paraguay se encuentra en una posición ventajosa para generar ingresos significativos. Estos ingresos pueden destinarse a iniciativas de desarrollo sostenible en diversas áreas, como la infraestructura, la educación, la salud y la conservación del medio ambiente. Este flujo de recursos adicionales no solo impulsa la inversión en proyectos beneficiosos para la sociedad, sino que también fortalece la capacidad del país para hacer frente a los desafíos socioeconómicos y medioambientales a largo plazo.

En tercer lugar, contribuye a la reducción de emisiones. Uno de los sectores clave que se beneficia de esta regulación es el sector forestal. Aquí, la reforestación y la gestión sostenible de los bosques no solo restauran áreas degradadas y conservan la biodiversidad, sino que también generan créditos de carbono al absorber CO<sub>2</sub> de la atmósfera. Esto contribuye directamente a reducir las emisiones totales del país, fortaleciendo así su compromiso con la mitigación del cambio climático.

### **Rol de la educación y la sensibilización**

Para que el Proyecto de Ley tenga un impacto completo, es esencial invertir en educación y sensibilización pública sobre los temas relacionados con el cambio climático y los créditos de carbono. Esto puede incluir programas educativos en escuelas y universidades, así como campañas de concienciación en la sociedad. Cuando la población entiende la importancia de la mitigación del cambio climático, es más probable que apoye y participe en proyectos de reducción de emisiones.



La educación en derecho ambiental permite a los ciudadanos y profesionales comprender las leyes y regulaciones relacionadas con la protección del medio ambiente. Esto incluye aspectos clave de la legislación, que afectan a los créditos de carbono, como los marcos regulatorios y los requisitos para la participación en mercados de carbono. Una población informada está en mejor posición para cumplir con las leyes ambientales y aprovechar las oportunidades que brindan los créditos de carbono.

Una comprensión sólida de los créditos de carbono y su regulación permite a las empresas y los individuos maximizar su uso. Pueden identificarse oportunidades para participar en proyectos de mitigación, rastrear y contabilizar con precisión sus emisiones, y garantizar que estén cumpliendo con los estándares requeridos. Esto no solo contribuye a la reducción de emisiones, sino que también brinda beneficios económicos a través de la generación y el comercio de créditos de carbono.

### **Conclusión**

El Proyecto de Ley de Créditos de Carbono es un paso audaz y esencial hacia un Paraguay más sostenible y resiliente. Al abrazar la realidad de los créditos de carbono y establecer un marco regulatorio sólido, el país se coloca en una posición privilegiada para enfrentar el desafío del cambio climático y aprovechar las oportunidades económicas que ofrece la mitigación de emisiones de carbono. Con un enfoque en la conservación de sus recursos naturales, el desarrollo local y la participación activa en el mercado de carbono global, Paraguay se encamina hacia un futuro más verde y prometedor.

Este proyecto legislativo no solo promueve la reducción de emisiones y el respeto por el medio ambiente, sino que también fortalece la economía nacional al crear empleos y atraer inversiones extranjeras. Además, garantiza que Paraguay esté alineado con los estándares internacionales de sostenibilidad y protección ambiental.

A medida que Paraguay se convierte en un actor clave en el mercado de créditos de carbono, está contribuyendo de manera significativa a la mitigación del cambio climático y al desarrollo sostenible. Este es un paso adelante en la dirección correcta, y el país podrá hallarse bien posicionado para cosechar los beneficios económicos y ambientales que se derivan de una gestión cuidadosa de los recursos naturales y una mayor conciencia pública sobre la importancia de la mitigación de emisiones de

carbón. A través de esta regulación, Paraguay está forjando un camino hacia un futuro más ecológico y próspero para las generaciones futuras.

### **Bibliografía**

- DÍAZ CRUZ, M. C. (2016). Bonos de carbono: un instrumento en el sistema financiero internacional. Libre Empresa. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6586760>
- LIR. (2023). The Legal Industry Reviews, Paraguay Vol.4, September 2023. <https://www.flipsnack.com/cejchile/the-legal-industry-reviews-paraguay-vol-4-september-2023/full-view.html>
- NACIONES UNIDAS. (2019). ¿Qué es el Protocolo de Kyoto?; UNFCCC. [https://unfccc.int/es/kyoto\\_protocol](https://unfccc.int/es/kyoto_protocol)
- MADES. (2019). Inventario Nacional de Gases de Efecto Invernadero. <http://dncc.mades.gov.py/wp-content/uploads/2019/10/Resumen-del-cap%C3%ADtulo-del-INGEI-del-Segundo-Informe-Bienal-de-Actualizaci%C3%B3n-del-Paraguay-%E2%80%93-IBA2.pdf>
- US EPA, O. (2021). Emisiones de dióxido de carbono. US EPA. <https://espanol.epa.gov/la-energia-y-el-medioambiente/emisiones-de-dioxido-de-carbono>
- MAyDS. (2023). Mercados de Carbono. Preguntas Frecuentes. [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/06/preguntas\\_frecuentes\\_mercados\\_de\\_carbono\\_v2\\_04\\_2023\\_.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/06/preguntas_frecuentes_mercados_de_carbono_v2_04_2023_.pdf)
- FAO. (2020). Uso de la tierra en la agricultura según las cifras. Food and Agriculture Organization of the United Nations. <https://www.fao.org/sustainability/news/detail/es/c/1279267/>
- SilPy. (2023). Proyecto de Ley de los Créditos de Carbono. Silpy.congreso.gov.py. <http://silpy.congreso.gov.py/expediente/129089>





# **DERECHO ELECTORAL**



## **NORMATIVA JURÍDICO-ELECTORAL APLICABLE A LAS ELECCIONES DE REPRESENTANTES DE ABOGADOS ANTE EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA**

A la luz de las normas constitucionales y sub-constitucionales, ¿cuáles son las condiciones de determinación del derecho de sufragio activo y del sistema de representación proporcional aplicables a las elecciones de representantes de Abogados ante el Consejo de la Magistratura?

*Legal-Electoral Regulations applicable to the elections of representatives of Lawyers before the Council of the Judiciary.*

In light of the constitutional and subconstitutional norms, what are the conditions for determining the right to active suffrage and the system of proportional representation applicable to the elections of representatives of Lawyers before the Council of the Judiciary?

**Guillermo Andrés Casco Espínola \***

### **Resumen**

Una situación actual, en permanente debate, son las elecciones de representantes de abogados ante el Consejo de la Magistratura, evento que, cada tres años, concentra la atención de abogados y magistrados de la República.

---

\* Prof. Abogado Guillermo Andrés Casco Espínola, Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, Promoción del año 2000, mejor Egresado, Medalla de Oro, promedio 5,0. Escribano. Profesor Encargado de Cátedra de Derecho Electoral desde el año 2010 hasta el año 2022. Profesor Asistente de la Cátedra de Derecho Electoral desde el año 2012 hasta la fecha.



Abstrayéndonos del análisis sobre la legitimidad de estos representantes, debemos preguntarnos si a la luz de las normas constitucionales y sub-constitucionales cuáles son las condiciones de derecho de sufragio activo y, asimismo, qué sistema de representación proporcional debe ser asumido. Existen posturas hoy adoptadas por la Corte Suprema de Justicia y por el Tribunal Superior de Justicia Electoral al respecto, pero las mismas no están exentas de polémica debido al sesgo de su interpretación y a la aparente injerencia de otro tipo de intereses extraños a la interpretación puramente jurídica. Este trabajo no pretende menoscabar las resoluciones adoptadas, pero sí considera necesario un análisis desde la perspectiva académica sobre el ajuste normativo constitucional y sub-constitucional aplicables. Se formula una construcción jurídica basada en la interpretación de las normas jurídicas que regulan los derechos de sufragio activo y pasivo, entendiendo que ellas deben surgir expresas de la misma ley, por el principio *in dubio pro voto*, entendiendo que donde la ley no distingue no puede hacerlo el órgano jurisdiccional. Del análisis de estas posturas podemos concluir que el sistema normativo es un todo orgánico y estructurado, por lo que las soluciones jurídicas adoptadas deben ser congruentes con todo el sistema jurídico.

**Palabras clave:** Elecciones en Consejo de la Magistratura, derecho de sufragio activo, Justicia Electoral, Corte Suprema de Justicia.

### **Abstract**

*A current situation, in permanent debate, is the elections of lawyers' representatives before the Council of the Judiciary, an event that, every three years, concentrates the attention of lawyers and magistrates of the Republic.*

*Abstracting from the analysis of the legitimacy of these representatives, we must ask ourselves if, in light of the constitutional and subconstitutional norms, what are the conditions of the right to active suffrage and also whether the system of proportional representation should be assumed. There are positions today adopted by the Supreme Court of Justice and the Superior Court of Electoral Justice in this regard, but they are not free from controversy due to the bias of their interpretation and the apparent interference of other types of interests foreign to the purely legal interpretation. . . This work does not intend to undermine the resolutions adopted, but it does consider necessary an analysis from an academic perspective on the*

---

*applicable constitutional and subconstitutional regulatory adjustment. A legal construction is formulated based on the interpretation of the legal norms that regulate the rights of active and passive suffrage, understanding that they must arise expressly from the same law, by the principle in dubio pro vote, understanding that where the law does not distinguish, The Jurisdictional Body can do it. From the analysis of these positions we can conclude that within the regulatory system it is an organic and structured whole, so the legal solutions adopted must be consistent with the entire legal system.*

**Keywords:** *Elections in the Judicial Council, right to active suffrage, Electoral Justice Paraguay, Supreme Court of Justice Paraguay.*

## **Normativa Jurídico-Electoral aplicable a las elecciones de representantes de Abogados ante el Consejo de la Magistratura.**

A la luz de las normas constitucionales y sub-constitucionales ¿cuáles son las condiciones de determinación del derecho de sufragio activo y del sistema de representación proporcional aplicables a las elecciones de representantes de Abogados ante el Consejo de la Magistratura?

A efectos didácticos distribuiremos este análisis en dos partes, primero analizaremos las condiciones de determinación del derecho de sufragio activo, y en un segundo término el sistema de representación proporcional que debe ser adoptado para las elecciones de representantes de Abogados ante el Consejo de la Magistratura.

### **1. Condiciones de derecho de sufragio activo<sup>1</sup>**

Conforme con el Art. 19 de la Ley 296/1994, la convocatoria de las elecciones de representantes de abogados ante el Consejo de la Magistratura corresponde a la Corte Suprema de Justicia, que asimismo debe procesar el pre-padrón y luego determinar el padrón de abogados habilitados, es decir, decidir sobre las condiciones del derecho de sufragio activo.

---

<sup>1</sup> Derecho de sufragio activo es la capacidad de votar en determinadas elecciones.



Concretamente, la Corte Suprema de Justicia al momento de la convocatoria<sup>2</sup> a las elecciones referidas ha resuelto excluir a funcionarios públicos: fiscales, defensores, policías, militares y funcionarios públicos en general, del padrón de abogados matriculados, decisión polémica, pues en el considerando de la convocatoria no se encuentran los fundamentos de tal decisión, y, asimismo, en periodos anteriores había resuelto la inclusión de estos mismos en el padrón definitivo<sup>3</sup>.

En principio, el derecho de sufragio activo de los abogados en la elección de su representante ante el Consejo de la Magistratura está regulado por el Art. 262<sup>4</sup> de la Constitución de la República del Paraguay y desarrollado en el Art. 20<sup>5</sup> de la Ley 296/1994, ambas disposiciones delimitan este derecho de sufragio activo a los abogados matriculados legalmente, sin hacer mayor aclaración al respecto; es decir, no hace distinciones o delimitaciones de lo que debe entenderse como abogado matriculado.

Efectivamente, las disposiciones de la Ley 296/1994 no hacen referencia al ejercicio efectivo de la profesión ni a la existencia de algún impedimento para el ejercicio de la misma; esto es que el requisito establecido es la matriculación como abogado, la que se encuentra regulada en el Código de Organización Judicial (COJ)<sup>6</sup> el cual

---

<sup>2</sup> Resolución C.S.J. N° 10.338, de fecha 19 de julio de 2023 disponible <https://www.pj.gov.py/notas/24402-convocatoria-a-eleccion-de-abogados-para-integrar-el-consejo-de-la-magistratura>.

<sup>3</sup> Resolución C.S.J. Nro. 6637/2016.

<sup>4</sup> **Artículo 262 - DE LA COMPOSICIÓN:** El Consejo de la Magistratura está compuesto por: [...] 4.- dos abogados de la matrícula, nombrados por sus pares en elección directa; [...] La ley reglamentará los sistemas de elección pertinentes.

<sup>5</sup> Artículo 20.- De la elaboración del padrón. Dentro del mismo plazo de 20 (veinte) días establecido en el artículo anterior, la Corte Suprema de Justicia elaborará un padrón provisional en el que constará la nómina de los abogados matriculados legalmente.

<sup>6</sup> Art. 89.- Para ejercer la abogacía ante Jueces y Tribunales se requiere: a) título de abogado expedido por una Universidad Nacional, o extranjera debidamente revalidado; y b) mayoría de edad, honorabilidad y buena conducta debidamente justificadas.

Art. 91.- A más de los requisitos exigidos en los artículos anteriores, los abogados y procuradores deberán estar inscriptos en el libro de matrícula, y haber prestado juramento ante la Corte Suprema de Justicia. Esta inscripción es de carácter permanente y sólo podrá ser casada o anulada en los casos y en la forma previstos en este Código.

limita el ejercicio de la profesión a los funcionarios públicos, pero no así la matriculación como abogados, pues únicamente prohíbe la matriculación de los notarios y escribanos públicos que ya se encuentren matriculados como tales. Podemos observar que el Art. 97 del COJ previene incluso que la limitación del ejercicio de la profesión tiene excepciones. La norma jurídica regulatoria (el Art. 20 de la ley 296/1994) establece como marco de subsunción la matriculación como abogados, no el ejercicio efectivo de la profesión, en consecuencia los habilitados en la matrícula y que no se encuentren suspendidos deben ser incluidos en el padrón.-

**La primera conclusión a la que arribamos necesariamente es que todos los abogados matriculados tienen el derecho de sufragio activo para participar en la elección de representante de abogados ante el Consejo de la Magistratura.-**

Por otra parte, principios de hermenéutica generales y propios del derecho electoral favorecen a una interpretación inclusiva que permite la participación amplia de todos los abogados matriculados. Efectivamente, debemos recurrir a los principios de interpretación a efectos de delimitar adecuadamente el sentido y el alcance de la norma que rige el ejercicio del derecho de sufragio activo en la elección de representantes de abogados en el Consejo de la Magistratura.-

El primer principio hermenéutico general que favorece la participación de todos los abogados de la matrícula en el padrón de elecciones es un principio general de interpretación en materia de normativa que regula la relación entre el Estado y el ciudadano (**criterio *pro homine***), la interpretación es siempre restrictiva cuando se trata de limitación de derechos del individuo y es extensiva cuando le otorga derechos. **Siendo que se otorga un derecho a los abogados para elegir representantes, la interpretación debe ser extensiva, a favor de la participación y del ejercicio del derecho de sufragio activo sin más limitaciones que la propia Ley; el**

---

Art. 97.- El ejercicio de la profesión de abogado o procurador es incompatible con la calidad de funcionario público dependiente del Poder Ejecutivo o Judicial, o miembro de las Fuerzas Armadas y Policiales en servicio activo.

Esta prohibición no rige: a) cuando se trate de asuntos propios o de sus padres, esposas, hijos menores de edad, o personas bajo su tutela o curatela; b) para el ejercicio de la docencia; y, c) para los asesores jurídicos del Poder Ejecutivo y de entidades autónomas o autárquicas, y para los abogados incorporados al Servicio de la Justicia Militar. No podrán matricularse como abogado quienes ejercen la profesión de Notario y Escribano Público.



**mismo Art. 262 de la Constitución hace expresa referencia a la calidad de abogados de la matrícula sin agregar ninguna otra limitación. En estas condiciones, no corresponde agregar ninguna limitación al ejercicio del derecho de sufragio activo además de lo dispuesto en las disposiciones citadas.**

La concepción de que los pares a que el Art. 262 de la Constitución hace referencia serían únicamente los abogados que ejercen la profesión es una interpretación extensiva de lo expresado en la norma, interpretación que no es permitida cuando ella va a cercenar el ejercicio del derecho de sufragio. Más aun que muchos funcionarios públicos siguen ejerciendo la profesión, dentro de los límites del Art. 97 del Código de Organización Judicial.

Asimismo, en materia electoral se viene aplicando el criterio jurisprudencial, sustentado en forma pacífica por los Tribunales Electorales de la República, de que a efectos del perfeccionamiento del derecho de sufragio activo, conforme lo disponen concordantemente los arts. 4 y 7<sup>7</sup> de la Ley 834/1996, la interpretación de las inhabilidades en materia electoral es restrictiva y se debe estar siempre a lo que sea más favorable al voto y a la participación ciudadana. Es decir, se trata del principio general del derecho electoral denominado *“in dubio pro voto”*.

Entendemos, también, que el principio hermenéutico resumido en la máxima latina *“Ubi lex non distinguit, nec nos trumest distinguere”* (CUANDO LA LEY NO DISTINGUE, TAMPOCO NOS INCUMBE DISTINGUIR) es totalmente aplicable al caso sometido a este análisis. Ni la Constitución en su Art. 262, ni la ley 296/1994 en su Art. 20 hacen distinción más allá del concepto de abogados de la matrícula o abogados matriculados, por lo que cualquier distinción adicional está vedada al órgano de aplicación. Efectivamente, las reglas de hermenéutica tienen por objeto el estudio y la sistematización de los procesos de interpretación de las normas para

---

<sup>7</sup> Artículo 4. El voto es universal, libre, directo, igual, secreto, personal e intransferible. En caso de duda en la interpretación de este Código se estará siempre a lo que sea favorable a la validez del voto, a la vigencia del régimen democrático representativo, participativo y pluralista en el que está inspirado y a asegurar la expresión de la auténtica voluntad popular. El ejercicio del sufragio constituye una obligación para todos los ciudadanos habilitados, cuyo incumplimiento será sancionado conforme lo establece el artículo 332 de este Código.

Artículo 7. Las causales de inhabilidad e incompatibilidad son de interpretación restringida. Todo ciudadano puede elegir y ser elegido, mientras la ley no limite expresamente ese derecho.

precisar el sentido y alcance de las expresiones jurídicas. En la aplicación del derecho se tienen en cuenta el hecho y la norma jurídica referida a ese acontecimiento. Existen reglas y principios hermenéuticos propios para cada rama del derecho; en el derecho electoral las normas de interpretación favorecen la participación ciudadana y el ejercicio pleno de los derechos electorales, estatuyendo que la interpretación de las inhabilidades es siempre restrictiva. Los Arts. 4 y 7 de la Ley 834/1996 concordantemente establecen que la interpretación de las inhabilidades para el ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo en materia electoral es restrictiva, y se debe estar siempre a lo que sea más favorable al voto y a la participación. No existiendo impedimentos expresos procede que todos los matriculados sean habilitados en el padrón.

Por otra parte, el Art. 119 de la C.N. es claro al expresar “*DEL SUFRAGIO EN LAS ORGANIZACIONES INTERMEDIAS Para las elecciones en las organizaciones intermedias, políticas, sindicales y sociales, se aplicarán los mismos principios y normas del sufragio*”; ello nos remite al buscar las reglas del sufragio, en forma primaria, al Art. 118 de la C. de la R., que expresa: “*DEL SUFRAGIO El sufragio es derecho, deber y función pública del elector. Constituye la base del régimen democrático y representativo. Se funda en el voto universal, libre, directo, igual y secreto; en el escrutinio público y fiscalizado, y en el sistema de representación proporcional.*”, y en forma secundaria a las normas contenidas en la Ley 834/1996 “Código Electoral”. Efectivamente, las disposiciones que rigen al sufragio, entendido por nuestra Constitución como la facultad política y constitucional de participar en la formación de las autoridades, de ejercer la soberanía como pueblo (de la que hablan el preámbulo y los tres primeros artículos de la Constitución), también se traslada a las organizaciones intermedias por imperio de la propia Constitución en su Art. 119, con lo cual, *mutatis mutandi*, debemos necesariamente aplicar las reglas referentes al derecho de sufragio activo (la capacidad del elector ciudadano o abogado matriculado de elegir sus autoridades) y al derecho de sufragio pasivo (la capacidad de ser electo). En consecuencia, las normas jurídicas electorales desarrolladas en el Código Electoral, *mutatis mutando*, son de aplicación a las organizaciones previstas en el Art 119 de la Constitución, y con mayor razón a elecciones de orden público estatal como las del Consejo de la Magistratura, que es órgano extrapoder.

Consecuencia de esto es que las reglas del sufragio contenidas en los Arts. 119 y concordantes de la C. de la R., y 4 y 7 de la Ley 834/1996 nos llevan a la misma



conclusión, que los abogados que son defensores públicos, fiscales, policías, militares y funcionarios públicos en general tienen derecho de sufragio activo suficiente para participar en el proceso electoral de elección de representantes de Abogados en el Consejo de la Magistratura, por reunir la condición de abogados de la matrícula.

**En este mismo sentido nos permitimos citar *in extenso* la Resolución C.S.J. Nro. 6.637/2016 que expresa:**

“Que, por el Art. 2 de la Resolución N° 6619 del 15 de noviembre de 2016 “Por la que convoca a Elección de Abogados para integrar el Consejo de la Magistratura”, la Corte Suprema de Justicia resolvió “Ordenar la actualización del padrón que contiene la nómina de abogados matriculados, con la inclusión de quienes se hubieren matriculado hasta el día martes 15 de noviembre de 2016”.

Los Abogados Antonio Cuevas Salinas, Roberto Rojas y Gerardo Benítez presentan tachas contra Agentes Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público, Defensores Públicos y funcionarios del Ministerio de la Defensa Pública, funcionarios de las Fuerzas Armadas y funcionarios de la Policía Nacional solicitando sean excluidos del Padrón de la Matrícula de profesionales abogados.

El Colegio de Abogados del Paraguay, ha solicitado la exclusión de todos los abogados matriculados que a la fecha son funcionarios públicos en cualquier institución del país.

En el análisis de los planteamientos, es oportuno transcribir la normativa que rige para las cuestiones electorales en nuestro país. Así, el Artículo 118 de la Constitución de la República “DEL SUFRAGIO” dispone: “El sufragio es derecho, deber y función pública del elector. Constituye la base del régimen democrático y representativo. Se funda en el voto universal, libre, directo, igual y secreto; en el escrutinio público y fiscalizado, y en el sistema de representación proporcional.” Por su parte el Artículo 119 – DEL SUFRAGIO EN LAS ORGANIZACIONES INTERMEDIAS establece: “Para las elecciones en las organizaciones intermedias, políticas, sindicales y sociales, se aplicarán los mismos principios y normas del sufragio.”

A su vez, la normativa aplicable en forma supletoria a este acto electoral es el Código Electoral, Ley N° 834/1996, que en su Artículo 4° dispone: el voto es universal, libre directo, igual, secreto, personal e intransferible. En caso de duda en la interpretación

de este Código se estará siempre a lo que sea favorable a la validez del voto, a la vigencia del régimen democrático representativo, participativo y pluralista en el que está inspirado y asegura la expresión de la auténtica voluntad popular. . . .”

Surge así que el sistema electoral en el Paraguay, tanto a nivel nacional, municipal como para las organizaciones intermedias, se basa en el principio de la universalidad del voto. Siendo recogido dicho principio tanto por la jurisprudencia internacional como por la doctrina especializada v.g. en *Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia del 23 de junio de 2005, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló: Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político [ . . . ] El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política.”

“Con su incorporación a la Constitución, este derecho alcanza además el rango de fundamental [ . . . ] El carácter “fundamental “de la participación se deriva, pues, de su inclusión en la norma superior del ordenamiento, que le otorga un objeto y un contenido determinados, sobre los que el legislador podrá realizar determinadas concreciones, pero siempre en el marco impuesto por el texto constitucional.” (Miguel Ángel Presno Linera, “El derecho de voto como derecho fundamental “en la *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 2, julio-diciembre de 2012, pp. 109-151, México, D.F.

En relación a los reclamos para la exclusión del padrón de los abogados matriculados que forman parte del Ministerio de la Defensa Pública, del Ministerio Público, de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y en general de todo aquel que ocupe una función pública, esto último conforme a lo solicitado en forma genérica por el Colegio de Abogados del Paraguay, es preciso notar que no existe normativa que excluya expresamente de la matrícula a los abogados que cumplen funciones en las citadas instituciones públicas, por lo que dichos pedidos no pueden prosperar.

**El Art. 19 de la Ley N° 296/1995 “Que organiza el funcionamiento del Consejo de la Magistratura”, regula sobre “la elección de abogados matriculados”. Así, al otorgarse la matrícula tanto a los miembros de la Policía Nacional como de las Fuerzas Armadas, los mismos pasan a formar parte del padrón de abogados matriculados, no existiendo una norma que inhabilite en ese carácter para**



**ejercer su derecho al voto. Por tanto, en ese sentido los mismos se encuentran habilitados para la elección de abogados que elegirán representantes ante el Consejo de la Magistratura.**

Conforme a la normativa constitucional y legal, y fundados en los principios de interpretación en materia electoral que favorecen la participación, los cuales establecen que las inhabilidades son siempre de carácter restrictivo, se concluye que no corresponde excluir del padrón a los abogados matriculados pertenecientes al Ministerio de la Defensa Pública, al Ministerio Público, a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, como de cualquier otro abogado que sea funcionario público fuera del Poder Judicial o de la Justicia Electoral, respetando así el principio rector de que en caso de duda se debe estar siempre a lo que sea más favorable al ejercicio del derecho al voto.

Por tanto;

Art. 1º.- NO HACER LUGAR a las tachas presentadas por los Abogados Antonio Cuevas Salinas, Roberto Rojas y Gerardo Benítez contra Agentes Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público, Defensores Públicos y funcionarios del Ministerio de la Defensa Pública, funcionarios de las Fuerzas Armadas y funcionarios de la Policía Nacional.

Art. 2º.- NO HACER LUGAR a la tacha presentada por el Colegio de Abogados del Paraguay, solicitando la exclusión de todos los abogados matriculados que a la fecha sean funcionarios públicos en los organismos o entidades del Estado”.

Como se puede apreciar, existía una clara y constante interpretación de la misma Corte Suprema de Justicia<sup>8</sup> en referencia a que el único requisito para el ejercicio del derecho de sufragio activo en la elección de representante de los Abogados Matriculados para el Consejo de la Magistratura es la de estar matriculado legalmente, sin agregarse ningún requisito adicional, lo que ha cambiado en la convocatoria efectuada por la Resolución C.S.J. Nº 10.338, de fecha 19 de julio de 2023, sin que pueda apreciarse en el considerando de la citada resolución argumentación alguna que haga referencia a ese punto.-

---

<sup>8</sup> Resolución C.S.J. Nro. 6.637/2016.

## **2. Sobre el sistema de representación proporcional que debe ser aplicado al momento de integrar los cargos electos:**

En este estadio debemos proceder a analizar cuál de los sistemas de representación proporcional es de aplicación a la elección de los representantes de Abogados ante el Consejo de la Magistratura, examinando las disposiciones de la misma Constitución y entendiendo que el plexo jurídico paraguayo lo constituye un conjunto armónico de normas jurídicas, que deben ser interpretadas en forma tal que no se produzcan contradicciones entre las mismas normas; se ha de buscar la eliminación de cualquier vaguedad, recurriendo siempre a la función unificadora de la norma jurídica fundamental, en nuestro caso la Constitución.

El ya citado Art. 118 de la Constitución de la Republica del Paraguay establece, entre las bases del régimen democrático y representativo, el sistema de representación proporcional. Esto implica que debemos acudir a alguno de los sistemas de representación que permitan transformar votos en escaños, pero no a cualquier sistema sino únicamente al que haya sido elegido dentro del mismo plexo jurídico paraguayo, y este resultado no puede ser contradictorio con otras normas, ni afectar el lineamiento determinado por la norma constitucional en la materia.

Atendiendo a la vigencia de la Ley 6.318/2019, que ha establecido el sistema de listas cerradas y desbloqueadas para los cargos pluripersonales (Convención Nacional Constituyente, Senado, Diputados, Juntas Departamentales y Juntas Municipales), entendemos, bajo el criterio del Art. 118 y 119 del Constitución, que TODOS los cargos pluripersonales de órganos o personas jurídicas de derecho público deben ser electos también por este sistema de representación electoral adoptado por la Legislación Paraguaya.

Efectivamente, el Art. 118 de la Constitución, arriba transcrito, impone la necesidad de aplicar un sistema de representación proporcional unificado a todo el sistema electoral paraguayo. Este sistema de representación proporcional es el que debe ser definido en las normas subconstitucionales, en nuestro caso por medio del Art. 258 de la Ley 834/1996 (conforme la redacción de su última modificatoria, la Ley 6.318/2019), que determina la aplicación del sistema de listas cerradas y desbloqueadas con voto preferencial.



Existe una aparente contradicción entre la actual redacción del Art. 258 de la Ley 834/1996 (conforme su texto en la Ley 6.318/2019) que habla de listas desbloqueadas y el Art. 23 de la Ley 296/1994 que literalmente menciona que "...Los candidatos deberán ser propuestos en listas cerradas e integradas por 2 (dos) titulares y 2 (dos) suplentes...", y por ello debemos acudir a los principios hermenéuticos, a fin de evitar o eliminar esta contradicción.

En efecto, de la redacción del mismo Art. 23 de la Ley 296/1994, que dispone que las listas son cerradas, sin hacer mención a si ellas son bloqueadas o desbloqueadas, se entiende que deja esta conclusión a merced de la interpretación sistemática, en este caso un párrafo del Art. 258, que textualmente expresa: "El presente sistema de votación y asignación de bancas o escaños para cargos electivos de cuerpos colegiados será de aplicación obligatoria en las elecciones internas de los Partidos, Movimientos Políticos, u otras organizaciones similares, y en las elecciones generales...", con lo cual ese sistema de representación proporcional por listas desbloqueadas es asumido como propio del sistema electoral paraguayo para todos los cuerpos colegiados. Por su parte, el Art. 30 de la misma Ley 296/1994 claramente indica la remisión a la aplicación del sistema establecido en el Art. 273 del Código Electoral entonces vigente (que determinada la aplicación del sistema D´Hont), y a los efectos prácticos debemos entender que hace mención del Art. 258 de la Ley 834/1996 (conforme a la redacción de la ley 6.318/2019). En este contexto, la redacción del Art. 118 y el *in fine* del Art. 262<sup>9</sup> de la Constitución y del Art. 258 de la Ley 834/1996, completarían la redacción del Art. 23 de la Ley 296/1994, entendiéndose así que el sistema proporcional a ser aplicado para la integración del cuerpo colegiado respectivo necesariamente debe ser el adoptado por el sistema electoral paraguayo, ergo, las listas cerradas y desbloqueadas con voto preferencial conforme con la ley 6.318/2019.

Finalmente, atendiendo al argumento *sedes materiae*, tratándose de una elección, debemos acudir a los principios generales del derecho electoral, entendiéndose, conforme el Art. 4 de la Ley 834/1996, que se debe optar por la interpretación que sea más favorable a la participación, en este caso el sistema de voto preferencial con

---

<sup>9</sup> La Ley reglamentará los sistemas de elección pertinentes.

listas cerradas y desbloqueadas es el más favorable para el ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo de los abogados.

Tratándose de la elección de un cuerpo colegiado de un órgano de derecho público, un organismo extra poder de rango constitucional como lo es el Consejo de la Magistratura, y no existiendo una mención expresa en contrario, ni en la norma constitucional ni en la Ley 296/1994, por aplicación de una interpretación sistémica de la normativa constitucional y sub-constitucional y entendiendo necesaria una armonización entre los Arts. 118, 119 y 262 de la Constitución, corresponde aplicar al proceso electoral de elección de representantes de Abogados ante el Consejo de la Magistratura, como una integración de la norma jurídica (en cuanto a la remisión que hace el Art. 30 de la Ley 296/1994), el sistema de representación proporcional adoptado por el Código Electoral en su Art. 258 (conforme redacción de la Ley 6.318/2019), vale decir, el sistema de listas cerradas y desbloqueadas con voto preferencial.

### 3. Resumiendo

Desde la perspectiva de aplicación de normas y principios netamente electorales, contenidos en la normativa constitucional y sub-constitucional, procediendo a una interpretación e integración sistemática de la normativa contenida en de la Ley 296/1994, llegamos a las siguientes conclusiones:

1. Con referencia a los derechos de sufragio activo, el único requisito para el ejercicio del mismo en la elección de representante de los Abogados Matriculados para el Consejo de la Magistratura es la de estar matriculado legalmente, sin que pueda válidamente excluirse al funcionariado público.
2. Con referencia al sistema de representación a ser utilizado, debe aplicarse el sistema de representación **proporcional** adoptado por el Código Electoral en su Art. 258 (conforme redacción de la Ley 6.318/2019), utilizando el sistema de listas cerradas y desbloqueadas con voto preferencial.



### **Bibliografía**

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY año 1992.

Ley 296/1994.

Ley 834/1996.

Ley 6.318/2019.

Resolución de la Corte Suprema de Justicia Nro. 6.637/2016.



# **FILOSOFÍA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**



## FILOSOFÍA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

### *Los usos de la lógica en el Derecho desde una óptica ferrajoliana*

Roberto de Jesús Salas Cruz \*

#### Resumen

La presente obra es una introducción básica pero concisa a la comprensión de la lógica desde la perspectiva teórica de Luigi Ferrajoli, padre del garantismo, y un acercamiento a los rudimentos de la lógica formal con una doble intención: difundir el pensamiento de Ferrajoli e incitar al lector a profundizar sobre el aprendizaje, dominio y aplicación activa de la lógica en el ejercicio diario de la profesión jurídica.

**Palabras clave:** *Lógica, nomodinámica, axioma, silogismo, argumentar.*

#### Abstract

*This paper aims to be a basic but concise introduction to the understanding of Logic from Luigi Ferrajoli's theoretical standpoint, and an approach to the basics of formal logic with a double goal: spread Ferrajoli's thought and incite the reader to deepen, dominate and actively apply Logic into the daily juridical exercise.*

**Key words:** *Logic, nomodynamics, axiom, syllogism, argue.*

---

\* Licenciado en Derecho por el Instituto de Estudios Superiores de Chiapas. Maestro en Derecho Constitucional por la Facultad Libre de Derecho de Chiapas. Litigante en materias familiar, burocrático y amparo.



## 1. Introducción.

El Derecho consiste fundamentalmente en argumentar. Y para argumentar bien es imprescindible el adecuado manejo y comprensión de la lógica en el ejercicio práctico y el análisis teórico del Derecho y sus disciplinas.

La lógica formó parte del estudio de las artes liberales durante la época clásica y se remonta hasta la Grecia de los tiempos de los tres grandes filósofos, como podemos observar, por ejemplo, en *The Trivium* de Miriam Joseph y los compendios de Lógica de Aristóteles, que consistía básicamente en el estudio de las formas correctas de razonamiento, lo cual, acompañado de otras disciplinas como la oratoria y retórica, sirve para entender y desentrañar las estructuras formales de los argumentos a efecto de transmitirlos de la mejor manera posible con el propósito ya de convencer, ya de persuadir.

Sin embargo, nos centraremos en el análisis, no tanto de las categorías propias de la lógica en sentido estricto, sino en el estudio de los usos, relación e implicaciones de la lógica en el Derecho, desde la perspectiva teórica del maestro italiano Luigi Ferrajoli.

Ferrajoli explica su comprensión de la lógica en el campo jurídico fundamentalmente en dos grandes obras: *Principia Iuris I* y *La Lógica en el Derecho*.

En aquella el florentino señala el lugar que ocupa la lógica como conjunto de tesis analíticas que imponen a la teoría del Derecho, como principios externos a la misma, los requisitos de plenitud y coherencia, esto es, la necesidad de no tener lagunas y de no contradecirse; en esta, el italiano señala y explica al menos diez aporías o malos entendidos en contra del uso de la lógica en el Derecho, derivado de las críticas kelsenianas a la misma, haciendo énfasis en la estructura normativa en grados y en la nomodinámica del Derecho moderno, es decir, en el hecho de que existen normas superiores que son condicionantes de la validez de otras normas de menor rango y de que las normas en un sistema jurídico no se deducen ni añaden o expulsan automáticamente de otras, sino que necesariamente debe mediar un acto de la voluntad para introducir las o expulsarlas mediante el procedimiento señalado.

Claro está, Ferrajoli igualmente aborda el tema y lo explica en otras obras de menor envergadura, pero de las cuales echaremos mano igualmente.

## 2. La teoría del Derecho.

FERRAJOLI definió a la teoría del Derecho como “disciplina autónoma y sistemática, dirigida a la identificación y al análisis de las estructuras formales de los ordenamientos jurídicos con independencia de los valores que los informan y de sus concretos y variados contenidos empíricos”<sup>1</sup>, para ello, y tomando como fundamento la teoría de los signos de Charles MORRIS (1939), divide a la teoría en tres grandes segmentos, conocidos por él como “metateorías” o niveles de análisis lingüístico: sintáctico, que hace referencia al conjunto de reglas de formación y transformación de los términos primitivos y teoremas de la teoría; semántico, que estudia los particulares y concretos contenidos empíricos y conceptos de las diferentes ramas del Derecho; pragmático, que estudia las razones y motivaciones del teórico para la elección de los términos y postulados de la propia teoría, así como la posterior crítica de sus divergencias.

Se destaca que, desde la metateoría semántica, se distinguen tres grandes divergencias: (i) entre justicia y validez (la ley no es válida por ser justa ni inválida por no ser justa), (ii) entre validez y vigencia (la ley no es válida solo por estar vigente, sino que debe ser coherente con los significados de normas de rango superior) y (iii) entre vigencia y efectividad (que una norma exista no significa que sea cumplida u observada). Divergencias que, desde una postura pragmática, tendrán que resolverse en el campo de la dogmática, de la moral/filosofía política y la sociología, para lo cual se puede echar mano de:

*“los juicios y valoraciones acerca del derecho positivo a cargo de la filosofía política, desde el punto de vista axiológico externo de la justicia; el análisis y valoración de las leyes vigentes a cargo de las disciplinas jurídicas positivas, desde el punto de vista interno de la validez; las investigaciones y valoración acerca de la práctica jurídica a cargo de la sociología del derecho, desde el punto de vista externo de la efectividad”.*<sup>2</sup>

Así, el Derecho puede ser interpretado desde tres aristas diferentes, y juzgar los contenidos técnicos concretos de sus diversos conceptos y las definiciones propias del

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi, 2013, Principia Iuris, t. I. Teoría del derecho y de la democracia, Madrid, Trotta, p. 3.

<sup>2</sup> Ídem. pp. 24-25.



léxico de los juristas, la moral o justicia de sus contenidos, y la eficacia de sus normas y consecuente obtención de sus fines. Por lo que vemos, esta división tripartita del lenguaje legal es vital para dar cuenta de los sistemas jurídicos, pues permite generar discursos de cualquier tema que tenga relación directa o indirecta con el Derecho.

Ahora bien, aparte de estos tres niveles de discurso, es vital señalar dos de las características más importantes del sistema jurídico que se desprenden de la formalización ferrajoliana de la teoría del Derecho; estas son: la estructura normativa en grados y la nomodinámica, ambas en el contexto y presupuesto de que el Derecho regula su propia producción.

La estructura normativa en grados, concepto eminentemente kelseniano, consiste en que el Derecho moderno se estructura en niveles –superiores unos respecto a otros– donde los superiores determinan y condicionan la validez de los inferiores. La nomodinámica hace referencia al hecho de que las normas positivas no se añaden ni extraen del sistema jurídico por mera implicación o derivación, no son normas naturales, eternas ni inmutables, sino que requieren de un acto jurídico concreto de la voluntad estatal para crearlas o expulsarlas.

Así, es necesario que el legislador concreta y activamente, mediante los procedimientos adecuados, cree, derogue o abrogue las normas positivas del sistema jurídico, y como estas no se añaden ni expulsan del sistema por mera lógica, es posible que las normas inferiores contradigan o bien no satisfagan los requerimientos de las de rango superior, dando lugar así a las divergencias arriba señaladas, es decir, que su vigencia, validez y efectividad no se correspondan, pudiendo existir normas que se contradigan, normas que existiendo no se cumplan o normas inexistentes pero que deberían existir.

*“En los sistemas estáticos la hipótesis de que un comportamiento esté prohibido por una determinada norma y permitido por otra es simplemente imposible dado que, gracias al estatus puramente lógico que en ellos tiene la contradicción entre permitido y prohibido, si en ellos un comportamiento está prohibido entonces es inconcebible que esté también permitido. Por el contrario, en los sistemas dinámicos, [...] pueden ser producidas normas contradictorias entre sí, o no producidas normas implicadas por las normas sustanciales sobre la producción normativa, es decir, antinomias y lagunas, que solo las tesis lógico-deónticas de la teoría hacen reconocibles como violaciones: como violaciones*

*por comisión de las normas supraordenadas por parte de las normas en contradicción con ellas (p. ej., porque limitan o suprimen, y por ello contradicen, derechos fundamentales constitucionalmente establecidos), pero también como violaciones por omisión, es decir, por falta de producción de normas debidas en la medida en que están implicadas por normas igualmente supraordenadas.*<sup>3</sup>

En otras palabras:

*“Es claro que en un sistema nomoestático estas tesis son analíticas, de carácter asertivo, internas al sistema investigado por más que sean respecto al mismo metateóricas y metalingüísticas, al igual que lo son, por otra parte, los demás principios de la lógica. Por el contrario, en un sistema nomodinámico—en el que la existencia de una figura deóntica, esto es, de las que llamaré en su momento ‘situaciones jurídicas’ y ‘normas jurídicas’, es siempre el producto de un acto jurídico— estas tesis son tesis teóricas que bien puede suceder que resulten desmentidas (o mejor, violadas) en el plano empírico: son tesis ya no descriptivas sino normativas, es decir, principia iuris tantum, no internos sino externos al ordenamiento estudiado”.*<sup>4</sup>

### 3. La deóntica.

Ahora bien, uno de los corolarios de Ferrajoli es su uso y manejo de la lógica deóntica, la cual “se encarga del estudio de las relaciones inferenciales que tienen lugar entre formulaciones normativas desde un punto de vista estrictamente formal”<sup>5</sup>, es decir, “se interesa por las inferencias deductivo-formales entre normas o proposiciones normativas”<sup>6</sup>.

Peculiar y propio de nuestro autor es su concepción de dicha lógica, no como una lógica en sí misma (valga la redundancia), sino como un elemento de la teoría del

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi, 2019, Lógica, método axiomático y garantismo, Doxa, núm. 42, p. 22.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, op. cit. 2, p. 165.

<sup>5</sup> VELÁZQUEZ, Hugo, 2019, El Sistema Clásico de Lógica Deóntica: una mirada crítica, Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo, Núm. 47, p. 3.

<sup>6</sup> VELÁZQUEZ, Hugo, 2021, Esclareciendo el concepto de lógica deóntica, Andamios, vol. 18, núm. 45, p. 446.



Derecho, esto es, como un elemento tendiente a la identificación de la estructura formal normativa del Derecho: como otra(s) tesis teórica(s).

En uno de sus artículos señala:

*“he tratado lo que comúnmente se entiende por “lógica deóntica” no como una lógica, sino como una parte de la teoría empírica del derecho, asumiendo a los operadores deónticos (permitido, prohibido, obligatorio, facultativo, etc.) como términos teóricos primitivos o indefinidos, y las tesis de la deóntica no como tesis analítica, sino como tesis teórica del sistema formalizado”*<sup>7</sup>.

Lo cual significa que *“la totalidad de la lógica deóntica se tratará como una teoría y se utilizará como parte o premisa de la teoría del derecho”*<sup>8</sup>.

Por ello, veremos que “la lógica” no formará parte del Derecho en sí, o en otras palabras no formará parte del discurso del Derecho, sino más bien del discurso *sobre o acerca* del Derecho, como un elemento externo a este, pero que le impone la necesidad, como requisito de inteligibilidad, de ser pleno y coherente, es decir, carecer de vacíos y contradicciones. Vemos aquí como la deóntica impondrá la necesidad de visibilizar, criticar y resolver las antinomias y las launas en el sistema jurídico, para que el discurso sobre el Derecho sea comprensible y performativo.

Para ello echa mano de cuatro relaciones fundamentales entre modos deónticos: permitido, permitido que no, prohibido y obligatorio. De donde obtenemos un primer acercamiento práctico al ejercicio de la argumentación jurídica, pues nos permite inferir la validez de juicios normativos, en el sentido de que:

*“Las dos relaciones de contradictoriedad (o de alternatividad) —en las que las expresiones de cada pareja son una verdadera y la otra falsa, no pudiendo ser ni ambas verdaderas ni ambas falsas— se dan entre «permitido que (o de la comisión)» (PERx) y «no permitido que» ( $\neg$ PERx) y entre «permitido que no (o de la omisión)» (PER x) y «no permitido que no» ( $\neg$ PER x)...*

*La relación de disyunción (o de subcontrariedad) —en la que al menos una de las dos expresiones es verdadera, no pudiendo ser ambas falsas, pero*

---

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi, 2019, La lógica en el derecho: una respuesta a Ricardo Guastini, Isonomía, núm. 50, p. 135.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, op. cit. 2, p. 107.

***pudiendo ser ambas verdaderas***— se da entre «permitido que» y «permitido que no»...

***La relación de incompatibilidad (o de contrariedad)*** —en la que ***al menos una de las dos expresiones es falsa, no pudiendo ser ambas verdaderas, pero pudiendo ser ambas falsas***— se da entre «no permitido que» y «no permitido que no»...

***Las dos relaciones de implicación (o de subalternancia)*** —en las que ***la segunda expresión nunca es falsa si la primera es verdadera, pudiendo sin embargo ser ambas verdaderas, o ambas falsas, o la primera falsa y la segunda verdadera***— se dan entre «no permitido que» y «permitido que no» y entre «no permitido que no» y «permitido que»...<sup>9</sup>. (negritas y algunas propias).

Con dichos elementos (aunque en *Principia Iuris*, Ferrajoli señala la existencia de dos modos deónticos más: lo facultativo y lo vinculado, que son la conjunción de los dos primeros y la disyunción de los dos últimos), y entendiendo la estructura normativa en grados así como la nomodinámica de los modernos sistemas jurídicos, tenemos un panorama suficiente para señalar que la lógica, todos sus primeros principios, las reglas de su silogismo y las demás categorías propias de esta materia se aplicarán —deben aplicarse— al discurso sobre el Derecho, como condición para, según se mencionó, la inteligibilidad sobre cualquier discurso sobre el Derecho, ya no solamente descriptivo, sino práctico, como lo es en la interpretación y argumentación jurídica.

Con ella se podrá dar cuenta de la coherencia y plenitud, o más bien de la incoherencia e implenitud del sistema jurídico y nos permitirá, según el nivel del discurso jurídico en que nos encontremos, criticar y proyectar las posibles soluciones para adaptarlas al caso concreto. Funge además como base de los elementos que explican la normatividad de los principios *iure et in iure* (los Derechos fundamentales y las disposiciones constitucionales de tipo orgánico) respecto de las normas inferiores.

Señala Ferrajoli:

---

<sup>9</sup> FERRAJOLI, op. cit. 2, pp. 106-107.



*“Coherencia y plenitud, exigidas por la lógica a la teoría como condiciones de consistencia de cualquier discurso sobre el derecho que enuncie implicaciones entre figuras deónticas, no son ni pueden ser características intrínsecas del derecho que es objeto de la teoría[...] Esto quiere decir que los principios de la lógica y todos los de la teoría que hacen uso de los conceptos de la lógica deóntica —como la contradicción entre permitido y prohibido o la implicación entre expectativa positiva y obligación correspondiente— son principios del derecho, pero no principios en el derecho. Dicho de otro modo, al no estar expresados por normas jurídicas no constituyen principios internos al derecho positivo, es decir, lo que en el párrafo precedente he llamado principia iuris et in iure. Son, por el contrario, principia iuris tantum, que imponen al derecho positivo, como principios externos al mismo, la lógica que éste de hecho no tiene pero que, de derecho, debería tener. Expresan, en un ordenamiento positivo o nomodinámico, el «deber ser» del derecho establecido por el derecho mismo y, por lo tanto, la normatividad, respecto a sus fuentes, de los principia iuris et in iure establecidos comúnmente por normas de grado supraordenado a ellas.*

*Por eso su papel resulta esencial en el paradigma de la democracia constitucional, estructurado en varios grados o niveles normativos: porque en dicho paradigma las normas constitucionales, de grado supraordenado a cualesquiera otras, al establecer normas y derechos fundamentales como principia iuris et in iure, son normativas respecto a las fuentes de grado subordinado, a las que imponen prohibiciones u obligaciones de legislación cuya lesión genera en el primer caso antinomias y en el segundo lagunas. Y así es como los principia iuris tantum desarrollan un papel normativo o, si se prefiere, metanormativo: en el sentido de que explican el carácter normativo de los principia iuris et in iure cualesquiera que sean, pero que, en la definición de ‘constitución democrática’, se identificarán aquí con los principios de la representación política, la separación y la división de poderes, la paz y las garantías de los derechos establecidos como fundamentales”<sup>10</sup>.*

---

<sup>10</sup> FERRAJOLI, op. cit. 2, pp. 26-27.

#### **4. Interpretación y Argumentación.**

El Derecho es, como se dijo al principio, una actividad práctica consistente en descubrir, diseñar y expresar enunciados (argumentos) en favor de una determinada posición, de acuerdo con la interpretación que se tenga sobre determinado tópic.

La interpretación será en todo caso el primer paso a realizar. Interpretar consiste en comprender un enunciado a la luz de las reglas universales de la lógica (identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente), las generales de la comunicación (sintaxis, semántica y pragmática), y las particulares del derecho (tipología de argumentos jurídicos), esto es, asignar un significado plausible y convincente a la luz del panorama jurídico (normas jurídicas aplicables de forma espacial, temporal, personal, por materia y jerárquica) que envuelve un caso particular.

De su lado, argumentar consistirá en diseñar una cadena de enunciados que demuestren la validez, corrección y/o verdad de la interpretación que hemos asignado, para que, al momento de expresarlos, logren convencer al auditorio de que la interpretación que hemos desarrollado es la correcta. Para ello existe un amplio catálogo de argumentos según su estructura y los fines a alcanzar.

Interpretar y argumentar, consistiendo en actividades eminentemente racionales y prácticas, deben estar acompañadas de un sólido dominio de la gramática, lógica y retórica, por lo cual el estudio de los niveles del lenguaje/comunicación, las reglas lógicas básicas y las técnicas jurídicas específicas deben ser materia obligada para el abogado.

#### **5. Elementos fundamentales de lógica formal.**

Como corolario a todo lo señalado en este trabajo, no podemos dejar pasar la oportunidad de manifestar algunos elementos vitales de la lógica formal, de manera tal que sirvan como punto de partida para aquellos que deseen ahondar en el tema de la lógica.

Dividiré este apartado en dos grandes secciones:

##### **5.1. Las proposiciones y los términos**

Existen cuatro tipos de proposiciones, que, dependiendo de su extensión y de su cualidad, esto es, de si abarcan la totalidad o parcialidad de una clase, y de si niegan



o afirman algo sobre dicha clase, se pueden dividir en: universal afirmativa, universal negativa, particular positiva y particular negativa.

Ejemplos de lo anterior serían:

- Universal positiva: todos los soles son estrellas.
- Universal negativa: no todos los perros son pitbulls.
- Particular positiva: algunos hombres son calvos.
- Particular negativa: algún país no es americano.

Ahora, bien, tal como se señaló anteriormente, estas proposiciones se relacionan entre sí, pudiendo dar lugar a relaciones de contrariedad, subcontrariedad, subalternidad y contradictoriedad.

Dichas relaciones se pueden subsumir dentro del concepto de oposición, es decir, según se oponga una a la otra será el tipo de relación de oposición que se dé.

Para Gutiérrez Sáenz<sup>11</sup>:

- Se llaman contradictorias las proposiciones que difieren en cantidad y cualidad.
- Se llaman contrarias a las que difieren en cualidad, pero siendo ambas universales.
- Se llaman subcontrarias a las que difieren en cualidad, siendo ambas particulares.
- Se llaman subalternas a las que difieren en cantidad, siendo ambas afirmativas o ambas negativas.

Con ellas es posible obtener inferencias inmediatas, siguiendo las reglas que a continuación se enuncian, de acuerdo con el citado autor<sup>12</sup>:

---

<sup>11</sup> GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, 2006, *Introducción a la lógica*, 9ª Ed., Estado de México, Esfinge, p. 139.

<sup>12</sup> Ídem, pp. 141-142.

- Las contradictorias no pueden ser simultáneamente verdaderas ni simultáneamente falsas.
- Las contrarias no pueden ser simultáneamente verdaderas; pero sí pueden ser simultáneamente falsas.
- Las subcontrarias no pueden ser simultáneamente falsas; pero sí pueden ser simultáneamente verdaderas.
- Si la universal es verdadera, también es verdadera la subalterna; si la subalterna es falsa, la universal también es falsa. Pero cuando la universal es falsa, la particular puede ser falsa o verdadera; en cambio, cuando la particular es verdadera la universal puede ser falsa o verdadera.

Los términos, por su parte, hacen referencia a la extensión que tomen los sujetos o los predicados de cada proposición. Por ello en la proposición o premisa mayor existe un término medio y uno mayor; en la premisa menor existe un término medio y uno menor. Como se ve, el término medio se repite en ambas premisas, enlazando el término menor con el mayor.

## 5.2. El silogismo y sus reglas

Como es bien sabido el silogismo es la forma básica del razonamiento deductivo, compuesto por una premisa mayor, una menor y una conclusión, en donde, a su vez, existe un término mayor, uno medio y uno menor.

Ahora bien, para un correcto desarrollo del silogismo es necesario comprender las reglas de su estructuración; mismas que, por cuestiones didácticas, citaremos directamente de nuestro autor Gutiérrez Sáenz<sup>13</sup>:

- *Primera: El silogismo consta de tres conceptos: mayor, menor y medio.*
- *Segunda: Ningún término debe tener mayor extensión [no debe abarcar más cosas] en la conclusión que en las premisas*
- *Tercera: El término medio jamás pasa a la conclusión.*
- *Cuarta: El término medio debe ser universal por lo menos una vez.*

---

<sup>13</sup> Ídem, p. 180.



- *Quinta: Dos premisas negativas no dan conclusión.*
- *Sexta: Dos premisas afirmativas no pueden dar conclusión negativa.*
- *Séptima: Dos premisas particulares no dan conclusión. Octava: La conclusión siempre sigue la parte más débil”.*

Las primeras cuatro se aplican para los términos y las últimas cuatro para las proposiciones. Con dichas reglas podremos generar los silogismos adecuados y correctos para la argumentación formal en el quehacer jurídico práctico.

## 6. Axiomas jurídicos.

Para este punto, el lector conoce ya el fundamento del uso de la lógica en el Derecho, los rudimentos de la lógica formal y es momento de presentar una serie de proposiciones consideradas como evidentes y generalísimas, que aplican y, por tanto, califican las conductas que son, a su vez, el objeto de regulación del Derecho.

Dichas proposiciones son denominadas “axiomas jurídicos”.

La RAE define al axioma como “1. *m. Proposición tan clara y evidente que se admite sin demostración.* 2. *m. Mat. Cada uno de los principios indemostrables sobre los que, por medio de un razonamiento deductivo, se construye una teoría”.*

Por su lado, Benítez Morales señala:

*“Un axioma es el elemento básico de un sistema de lógica formal y junto con las reglas de inferencia definen un sistema deductivo. La palabra viene del griego αξιοειν (axioein) que significa “valorar”, que a su vez procede de αξιος (axios) que significa “valuable” o “digno”. Entre los antiguos filósofos griegos, un axioma era aquello que parecía ser verdadero sin ninguna necesidad de prueba. La lógica del axioma es partir de una premisa calificada verdadera por sí misma (el axioma) e inferir sobre esta, otras proposiciones por medio del método deductivo, obteniendo conclusiones coherentes con el axioma. Los axiomas han de cumplir sólo un requisito: de ellos, y sólo de ellos, han de deducirse todas las demás proposiciones de la teoría dada”<sup>14</sup>.*

---

<sup>14</sup> BENÍTEZ MORALES, Alejandro, s/f, Probabilidad y estadística. Apuntes digitales, Hidalgo, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.

El prolijo autor mexicano Eduardo García Máynez —por demás tomado como fundamento y referencia para el propio Ferrajoli— desarrolló un sistema completo de lógica jurídica, en donde, entre otros, expuso una serie de axiomas, denominado por él como “axiomática jurídica”.

Para ello el filósofo mexicano del Derecho señala la naturaleza, diferencias y convergencias de los primeros principios lógicos respecto de los primeros principios aplicados al Derecho. Es decir, explica cómo los principios de no contradicción, identidad, tercero excluido y razón suficiente aplican también —como ha quedado patente— al discurso sobre el Derecho.

Para ello, dejaremos que sea tal autor quien, en sus palabras, nos señale en qué consisten los principios de:

*“Los principios supremos de la lógica jurídica aluden también a juicios, pero no a enunciaciones, sino a normas, y en todo caso afirman o niegan algo de su validez o invalidez. El principio lógico de **contradicción**, por ejemplo, dice que dos proposiciones contradictorias no pueden ser ambas verdaderas; el principio jurídico enseña, en cambio, que dos normas contradictoriamente opuestas no pueden ambas ser válidas. De manera semejante, el principio lógico de **tercero excluido** afirma que dos juicios contradictorios no pueden ser ambos falsos, en tanto que el correspondiente jurídico declara que normas de derecho contradictorias entre sí no pueden carecer de validez las dos. Por último, el principio lógico de **razón suficiente** expresa que todo juicio, para ser verdadero, ha menester de una razón suficiente, mientras el jurídico indica que toda norma, para ser válida, necesita un fundamento suficiente de validez[...] mientras que el de **identidad**, en su sentido lógico señala que “todo objeto de conocimiento es idéntico a sí mismo”, y en su acepción jurídica señala “la norma que permite lo que no está jurídicamente prohibido o prohíbe lo que no está jurídicamente permitido es necesariamente válida” (2006:104;134. Negritas y algunas itálicas propias).<sup>15</sup>*

---

<sup>15</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, 2006, Introducción a la lógica jurídica, Ciudad de México, Colofón, pp. 104;134.



Copiando, pues, y dejando expresarse por sí mismos a los axiomas de Máñez tenemos que<sup>16</sup>:

- *“Todo objeto del conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo”;*
- *“Ninguna conducta puede hallarse, al mismo tiempo, jurídicamente prohibida y jurídicamente permitida”;*
- *“La conducta jurídicamente regulada sólo puede hallarse prohibida o permitida”;*
- *“Lo que está jurídicamente ordenado está jurídicamente permitido”;*
- *“Lo que estando jurídicamente permitido no está jurídicamente ordenado puede libremente ejecutarse u omitirse”.*

Es decir, tendremos como principios generalísimos el de que toda conducta se halla necesariamente regulada, ya sea permitida o prohibida, y que no podrá hallarse al mismo tiempo prohibida y permitida; el de que de entre las normas positivas que regulen las mismas conductas, necesariamente una debe ser válida, y su validez requiere que se halle fundada en otra norma asimismo válida superior a ella; y, finalmente, el de que el permiso es la cualificación deóntica fundamental del Derecho, pues de sus variaciones dependerá el resto de figuras deónticas, y por extensión el tipo de proposiciones y relaciones que entre ellas se den.

## 7. Conclusiones.

Es menester distinguir la lógica en el Derecho y la lógica sobre el Derecho, ya que, tal como ha quedado demostrado de acuerdo con Ferrajoli, la lógica (entendida como sistema deductivo formal) se aplica a los discursos sobre el Derecho y no al Derecho en sí, pues los principios de plenitud y coherencia son *principia iuris tantum*, es decir, principios externos al Derecho que imponen a la teoría y al discurso la necesidad de usarlos como condición de inteligibilidad y de adecuación; son, por así decirlo, una metanorma ajena al Derecho, que le impone al discurso jurídico, para su plenitud y coherencia, la aplicación de los principios básicos de la lógica.

---

<sup>16</sup> Ídem, p. 132.

Por ello, la deóntica, entendida como aquella particular lógica que analiza las relaciones entre proposiciones normativas, esto es, en términos del “deber ser”, impondrá a la teoría estos principios y los demás de la lógica formal —de la cual parte— para la formulación de discursos sobre o acerca del Derecho; especialmente para expresar la normatividad de las normas de mayor rango respecto de las inferiores o, de otro modo dicho, la necesidad de adecuación de las inferiores a las superiores, tanto en el sentido de no contradecirse como de desarrollar el contenido y consecuencias que se desprenden lógicamente de aquellas para positivarse en normas jurídicas.

Así las cosas, es claro que el jurista debe dominar los elementos de la lógica formal para aplicarlas debidamente en su quehacer jurídico, de forma tal que sus argumentos e interpretaciones sean adecuados y eficaces, a cuyo menester debe usar al marco jurídico como referencia sistémica, y manejar a cabalidad las reglas del silogismo deductivo y de las diversas técnicas específicas de argumentación jurídica.

### **Bibliografía**

BENÍTEZ MORALES, Alejandro, s/f, Probabilidad y estadística. Apuntes digitales, Hidalgo, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.

FERRAJOLI, Luigi, 2013, Principia Iuris, t. I. Teoría del derecho y de la democracia, Madrid, Trotta.

FERRAJOLI, Luigi, 2019, La lógica en el derecho: una respuesta a Ricardo Guastini, Isonomía, núm. 50.

FERRAJOLI, Luigi, 2019, Lógica, método axiomático y garantismo, Doxa, núm. 42.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, 2006, Introducción a la lógica jurídica, Ciudad de México, Colofón.

GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, 2006, Introducción a la lógica, 9ª Ed., Estado de México, Esfinge.

VELÁZQUEZ, Hugo, 2019, El Sistema Clásico de Lógica Deóntica: una mirada crítica, Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo, Núm. 47.

VELÁZQUEZ, Hugo, 2021, Esclareciendo el concepto de lógica deóntica, Andamios, vol. 18, núm. 45.





## **II. MONOGRAFÍAS E INFORMES DE INVESTIGACIÓN**

### **MONOGRAFÍA DE LA INVESTIGACIÓN**



## ALCANCES Y LIMITACIONES DE LA EXHUMACIÓN JUDICIAL EN LA INVESTIGACIÓN PENAL. AÑO 2023

María Yerutí González Cuba \*

### Declaración sobre los derechos intelectuales y ausencia de plagio

La que suscribe María Yerutí González Cuba con C.I. N° 4.714.915, quien se presenta para el primer concurso de monografías y ensayos jurídicos titulado: “Homenaje al Dr. Juan José Soler” realizado por la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, manifiesto que la presente monografía ha sido íntegramente elaborado por mi persona y que no existe plagio de ninguna naturaleza, ni copia de otro trabajo de investigación o similar presentado por cualquier persona ante cualquier instituto educativo. Dejo constancia expresa que las citas bibliográficas de otros autores han sido identificadas debidamente en el trabajo, de tal manera no he asumido como mías las opiniones vertidas por terceros, ya sea de fuentes encontradas en manuales escritos o de internet. Asimismo, afirmo que he leído el trabajo monográfico en su totalidad y soy plenamente consciente de todo su contenido, por tanto, asumo la responsabilidad de cualquier error u omisión en el documento y soy consciente que este compromiso de fidelidad tiene implicaciones éticas, pero también de carácter legal.

### Resumen

Este trabajo aborda uno de los aspectos más importantes de la investigación fiscal relacionada con la exhumación judicial. Su objetivo general es establecer los

---

\* Estudiante de la carrera de Derecho de la U.N.A. sede central, cursando el 6to semestre del turno noche. yeru.cuba\_94@hotmail.com



alcances y las limitaciones de la exhumación judicial en la investigación penal; se realiza una descripción de las actuaciones efectuadas desde el momento del levantamiento del cadáver, continuando con las interrogantes que motivaron el pedido de la exhumación solicitado por la Fiscalía, hasta llegar a los resultados de la necropsia basados en los dictámenes de patología forense. Finalmente se hace un comentario de las falencias encontradas. A tal efecto, se procedió a examinar las notas de oficios con los puntos periciales solicitados por la Fiscalía que motivaron el pedido de exhumación para la práctica de la necropsia, como así también al análisis de los resultados de dicho procedimiento efectuado por el personal de patología forense y los documentos obrantes en la Morgue Judicial del Ministerio Público, institución en la cual fue llevada esta investigación. Para la obtención de los resultados se utilizó el método cualitativo y la revisión documental. El resultado obtenido fue que no todos los puntos periciales solicitados por la fiscalía fueron respondidos satisfactoriamente de modo tal a colaborar eficientemente con la administración de la justicia. Los alcances y las limitaciones de la exhumación dependen de varios factores, como el tiempo transcurrido entre la muerte y el pedido de exhumación, los puntos periciales concretamente solicitados y el estado de conservación del cadáver.

**Palabras clave:** *Exhumación judicial, alcances, limitaciones, puntos periciales, necropsia, patología forense, tanatosemiología, conservación del cadáver.*

### **Abstract**

*This investigation addresses one of the most important aspects of the fiscal investigation related to judicial exhumation. The general objective is to establish the scope and limitations of judicial exhumation in criminal investigation. A description of the actions carried out from the moment of the removal of the corpse is made, continuing with the questions that motivated the exhumation request requested by the prosecution, until reaching the results of the necropsy, based on the forensic pathology reports to finally make constructive criticism of the shortcomings found. For this purpose, the official notes were analyzed with the expert points requested by the prosecution that motivated the exhumation request for the practice of the necropsy, as well as the analysis of the results of said procedure carried out by the forensic pathology personnel, documents in the Judicial Morgue of the Public Ministry; institution where this research*

*was conducted. To obtain the results, the qualitative method and documentary review were used. The result obtained was that not all the expert points requested by the prosecution were answered satisfactorily in order to collaborate with the administration of justice. The scope and limitations of the exhumation will depend on various factors; such as the time elapsed between the death and the request for exhumation, the cause of death, the expert points requested and the state of conservation of the corpse.*

**Keywords:** *Judicial exhumation, scope, limitations, expert points, necropsy, forensic pathology, cause of death, preservation of the corpse.*

## **Introducción**

La muerte es un tema de interés natural y es objeto de preocupación social, más aún cuando se produce de manera brusca e imprevista, o dentro del contexto criminal. En este sentido, es fundamental el apoyo multidisciplinario: Del fiscal interviniente, del Médico Forense, de la Policía Nacional y de los profesionales de Criminalística del Laboratorio Forense del Ministerio Público; todos ellos comparten un interés común que consiste en llegar a la verdad de los hechos.

Como se destaca, son varias las especialidades científicas que intervienen en la investigación de una muerte sospechosa de criminalidad, con la finalidad de que a través de un buen análisis e interpretación del lugar del hecho, de los indicios hallados y del cuerpo de la víctima se logre determinar la causa de muerte y su modalidad en orden de esclarecer quién es autor del hecho. En este contexto, la labor del médico forense cumple una función fundamental, pues de la inspección física del cuerpo de la víctima dependerá el direccionamiento que llevará la investigación; si constata una muerte natural se cierra la causa investigativa, si, por otro lado, se encuentra ante una muerte de posible etiología criminal se abrirá el proceso de investigación penal.

El médico forense es el profesional que determina la causa de muerte en el lugar de los hechos, si no tiene dudas respecto de ello, el cuerpo se entrega a los familiares para la posterior inhumación. Sin embargo, si el hecho corresponde a un homicidio y se necesita constatar indicios varios debe remitir el cuerpo a la Morgue Judicial del



Ministerio Público, ya sea para una mejor inspección ocular médica o para la autopsia correspondiente. Hasta ese momento la investigación resulta eficiente, pero no siempre es así; tal es el caso en que, luego del entierro del cadáver, se susciten varias interrogantes con respecto de la causa de muerte, a la existencia o ausencia de lesiones corporales y sus características, a la presencia o ausencia de fracturas óseas, o a la extracción de proyectil de arma de fuego, etc., situaciones que ya debieron ser dilucidadas durante la etapa del levantamiento del cadáver. Estas inquietudes motivan que el fiscal interviniente proceda a solicitar al juez penal de garantías el permiso de exhumación del cuerpo de la víctima para la realización de una necropsia.

La exhumación judicial es un indicativo de que las actuaciones en el proceso del levantamiento del cadáver no se realizaron con la diligencia debida; en este trabajo de investigación se dará a conocer aquellas falencias, pues es de ellas que surgirá la necesidad de la exhumación y los puntos periciales solicitados por la Fiscalía, que deberán ser respondidos por los profesionales del Departamento de Tanatología Forense de la Morgue Judicial del Ministerio Público.

El cuerpo del cadáver, con el transcurso del tiempo sufre varias transformaciones cadavéricas que alteran la morfología externa e interna de su organismo, por lo cual es imperioso que exista una buena formulación de los puntos periciales y que los mismos guarden relación con lo que razonablemente, debido al paso del tiempo y al estado de putrefacción del occiso, se pueda encontrar; de esto depende el éxito o el fracaso de los resultados de la exhumación judicial.

La exhumación genera una fuerte carga emocional en los familiares, pues reviven el dolor de la pérdida de un ser querido y se les obstaculiza cerrar el ciclo de duelo; a ello se suma la esperanza o expectativa de que se llegará a la verdad a través de los resultados de la necropsia y se logrará la tan ansiada justicia; junto a esto existe un proceso administrativo que deben realizar la Fiscalía, los encargados del cementerio y la funeraria respectiva.

Como se logra apreciar, este procedimiento moviliza a todo un sistema operativo que conlleva gastos económicos.

Estas situaciones motivaron e inspiraron a la elaboración de este trabajo de investigación denominado "Alcances y limitaciones de la exhumación judicial en la investigación penal".

El Capítulo 1 inicia con el marco teórico que incluye el marco conceptual en el cual se describen aquellos conceptos relevantes que se abordan en todo el trabajo, algunas definiciones son de elaboración propia de la autora, las definiciones extraídas de otros autores fueron citadas. Seguidamente se encuentra el marco referencial como sustento teórico de la investigación, continuando con el marco normativo que contiene las leyes vigentes relacionadas al tema investigado. Este capítulo concluye con el marco ético. En el Capítulo 2 se describe el marco metodológico aplicado para el manejo y la recolección de los datos de estudio. En el Capítulo 3, se detalla el análisis e interpretación de los resultados. La investigación finaliza con la conclusión y las recomendaciones.

## **Preguntas de investigación**

### **Pregunta general**

1. ¿Cuáles son los alcances y las limitaciones de la exhumación judicial en la investigación penal?

### **Preguntas específicas**

1. ¿Cuáles son los puntos periciales obrantes en las notas de oficio solicitados por la fiscalía para el pedido de exhumación judicial?

2. ¿Cuáles son los resultados del dictamen de patología forense en respuesta a los puntos periciales solicitados por la fiscalía?

3. ¿Qué puntos periciales deben ser solicitados por la fiscalía en casos de exhumaciones judiciales que darán resultados favorables a la investigación?

## **Objetivos de la investigación**

### **Objetivo general**

1. Establecer los alcances y las limitaciones de la exhumación judicial en la investigación penal.

### **Objetivos específicos**

1. Conocer los puntos periciales obrantes en las notas de oficio solicitados por la fiscalía para el pedido de exhumación judicial.



2. Conocer los resultados del dictamen de patología forense en respuesta a los puntos periciales solicitados por la fiscalía.
3. Determinar los puntos periciales que deben ser solicitados por la fiscalía en casos de exhumaciones judiciales que darán resultados favorables a la investigación penal.

## Capítulo I

### MARCO TEÓRICO

#### 1. Marco conceptual

**1.1. Inhumación:** La palabra deriva del latín “*in*” (en) y “*humus*” (tierra), que en una acepción interpretada sería la “acción de enterrar un cadáver” en los sitios determinados para tales fines. El uso de los cementerios y panteones proviene de costumbres heredadas del pueblo hebreo al cristiano, ratificada por la inquisición cuando el tributo a los seres humanos practicantes de una cierta corriente o religión exigía la ubicación de estos sitios destinados para la recepción y el respectivo entierro de los cuerpos fenecidos. Jurídicamente, el vocablo de inhumación no tiene otra ventaja que el derivado de la prohibición del enterramiento de un cadáver sin que se hayan cumplido determinados requisitos establecidos por las autoridades sanitarias, por las municipales y/o federales, tales como transcurso de determinado número de horas o días desde el fallecimiento hasta el sepelio, y la necesidad de la expedición del certificado médico de defunción y autorización que expida el encargado del Registro Civil o del organismo oficial a quien corresponda esa función<sup>1</sup>.

**1.2. Nota de oficio:** Es un documento que contiene todas las informaciones relacionadas al caso, con la identificación del occiso y los puntos periciales para el pedido de exhumación. Este documento es redactado por el actuario judicial dependiente del juzgado penal de garantías previa autorización del magistrado, a solicitud del fiscal interviniente, con el fin de desenterrar el cadáver. El documento es enviado

---

<sup>1</sup> GARCÍA JIMÉNEZ, Ricardo. “La exhumación y sus aportes a los procesos de investigación ministeriales y judiciales”. Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales. ISSN: 1988-7833. Año 2017. <https://www.eumed.net/rev/ccss/2017/03/exhumacion.html>

a la Morgue Judicial para comunicar el día y la hora en que se llevará a cabo la exhumación y su posterior necropsia.

**1.3. Puntos periciales:** Los puntos de pericia son aquellos pedidos específicos sobre los cuales un perito deberá expedirse, y emitir su análisis y dictamen pericial al respecto. En lo que a esta investigación respecta, son redactados por el fiscal interviniente, y los receptores son los patólogos y médicos forenses de la Morgue Judicial. Los puntos periciales varían según el caso y la especialidad del perito que llevará a cabo la pericia, pero generalmente se relacionan con cuestiones técnicas y/o científicas vinculadas con los objetos de pericia. Estos puntos periciales deben ser redactados correctamente, pues es el norte que guiará la labor del profesional experto.

**1.4. Patología forense:** Es una especialidad de la medicina y rama de la anatomía patológica que se encarga del análisis de los órganos del cadáver cuando existe una muerte sospechosa de criminalidad. El patólogo forense es el médico encargado de la autopsia o la necropsia; se vale del estudio histológico de las piezas biológicas que fueron obtenidas de los cadáveres, identificando aquellas alteraciones estructurales en los tejidos.

**1.5. Dictamen pericial de patología forense:** Es el documento realizado por el patólogo forense en el que se expide dando respuesta a los puntos periciales solicitados por la fiscalía, ya sea en el caso de autopsias o necropsias. Este documento contiene el membrete de la institución, la fecha de entrega que frecuentemente no coincide con la fecha de la práctica de la necropsia, debido a que la entrega del dictamen se realiza tiempo después de realizada la necropsia, no obstante, figuran las fechas de ambas actuaciones. Va dirigida al agente fiscal, especificando su identidad, unidad penal y fiscalía interviniente, con el número o código de autopsia. Consta de la identificación del occiso, y contiene el estudio del análisis externo del cuerpo, con los siguientes datos: antropométricos, (sexo, desarrollo muscular, color de piel, de cabellos, de ojos); cadavéricos, en este aspecto hace referencia a la forma de las conjuntivas, de las pupilas, de las uñas y de los genitales. Cuenta con las especificaciones del cadáver, como ser la presencia de rigidez, cambios del período de putrefacción, entre otros. En el examen interno se expide sobre el estado de la cabeza (aponeurosis, meninges, masa encefálica, etc.), sobre la cara (mucosa labial, bucal nasal, lengua y paladar), sobre el cuello (faringe, esófago, laringe, tráquea, hueso hioides, planos musculares, columna cervical); del tórax analiza las



estructuras óseas, la pleura, el pulmón, el pericardio, el corazón y la aorta. Del abdomen analiza el diafragma, estómago, hígado, vesícula biliar, etc.; de la pelvis (próstata, testículo, recto, esfínter, etc.), para finalmente emitir sus conclusiones.

En este sentido, es oportuno traer a colación la Ley N° 1.286/1998 Código Procesal Penal, el cual, en su Art. N° 223 establece que el dictamen pericial será fundado y contendrá una relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados. El dictamen se presentará por escrito, firmado y fechado, sin perjuicio del informe oral en las audiencias<sup>2</sup>.

**1.6. Tanatosemiología:** Consiste en la descripción de aquellas transformaciones cadavéricas que se producen en el cuerpo después de la muerte. Según su instalación y evolución estos signos pueden ser inmediatos, mediatos y tardíos.

**1.7. Certificado de defunción:** El certificado de defunción es un documento de carácter oficial, elaborado por un profesional médico, especializado en medicina forense, en el cual se acredita el fallecimiento de una persona. Tiene validez legal, por lo tanto, es un requisito fundamental para poder realizar gestiones que tengan relación con la persona fallecida.

Cuando una persona muere, su deceso debe ser inscripto en el Registro del Estado Civil dentro de las 24 horas posteriores al fallecimiento. El proceso y los datos necesarios para la inscripción del fallecimiento se encuentran contemplados en la Ley N° 1.266/1987 del Registro del Estado Civil.

El certificado de defunción elaborado por el médico forense del Ministerio Público se hace en cuadruplicado, es decir, consta de cuatro copias que son entregadas al familiar de la víctima quien deberá firmar al pie de página, también es entregada una al fiscal interviniente, otra al personal policial de la comisaría jurisdiccional y a la Morgue Judicial, pues de esta institución, posteriormente, es enviada al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.

---

<sup>2</sup> Ley N° 1.286/1998 Código Procesal Penal. Título IV Pericia. Art. N° 223.

## 2. Marco referencial

### 2.1. La exhumación

Consiste en desenterrar un cadáver para responder a las exigencias de la justicia. La palabra basa su etimología en dos términos latinos: “ex” fuera y “humus” tierra<sup>33</sup>.

Es una compleja actividad científica que incluye la extracción de un cadáver de cualquier sitio donde se halle inhumado, seguido de una posterior metodología aplicada sobre el mismo, basada en la realización de técnicas, prácticas y estudios complementarios, cuyo objetivo consiste en intentar dar respuesta a cuestiones planteadas previamente<sup>4</sup>.

Debido a que la exhumación judicial se encuentra ligada al estudio del examen físico del cadáver, surgen varias discrepancias entre diversos autores sobre los términos de autopsia y necropsia que guardan relación con la materia; para el presente trabajo de investigación resulta imperioso diferenciarlo y establecer una postura al respecto.

Según Osvaldo Raffo, médico forense argentino, autopsia y necropsia son diferentes; en el libro de su autoría denominado “Tanatología”, pág. 61, realiza un relato al respecto: “La palabra autopsia deriva del griego y significa examen con los propios ojos o comprobación personal. Necropsia es el examen externo del cadáver y necrotomía el interno; de la unión de autopsia y necrotomía resulta la necropsia, también utilizada en el ámbito forense”<sup>5</sup>.

En la “Guía de procedimientos para la realización de necropsias medicolegales” realizada por profesionales forenses de Colombia, se describe lo siguiente: “Autopsia o Necropsia son procedimientos mediante el cual a través de observación, intervención y análisis de un cadáver, en forma tanto externa como interna y teniendo en cuenta, cuando sea del caso, el examen de las evidencias o pruebas físicas

---

<sup>3</sup> RAFFO OSVALDO. “Tanatología”. Buenos Aires. Ed. Universidad (2006). Primera Edición. Pág. 87.

<sup>4</sup> LOSSETTI OSCAR. “La exhumación médico legal”. Buenos Aires. Ed. Dosityuna (2006). Primera Edición.

<sup>5</sup> RAFFO OSVALDO. “Tanatología”. Buenos Aires. Ed. Universidad (2006). Primera Edición. Pág. 61.



relacionadas con el mismo, así como las circunstancias conocidas como anteriores o posteriores a la muerte, se obtiene información para fines científicos o jurídicos” (sic)<sup>6</sup>.

Si bien se respetan las definiciones expuestas por los distintos autores, a criterio propio la definición queda incompleta; para una mejor interpretación, se considera que la autopsia es la apertura de las tres cavidades del cuerpo humano: cabeza, tórax y abdomen, que incluye el análisis externo e interno, sumado a ello la extracción de muestras biológicas con el objetivo de determinar la causa y el mecanismo de muerte a los efectos de auxiliar a los órganos encargados de la justicia. Por otro lado, para llegar a la necropsia previamente el cuerpo ya tuvo que haber sido inhumado, cumpliendo los requisitos legales para el efecto, como ser contar con el certificado de defunción y su inscripción en el Registro del Estado Civil; y ya con posterioridad a dicha inhumación, al surgir dudas en la investigación penal, se produce el pedido de exhumación por parte del agente fiscal dirigido al juez penal de garantías, con los puntos periciales que serán remitidos a la Morgue Judicial para la práctica de un examen médico-legal.

## 2.2. Clasificación de las exhumaciones según su finalidad

La clasificación de los diferentes tipos de exhumaciones se realiza según la finalidad que persiga, se tiene así una categorización realizada por el médico forense argentino Oscar Lossetti:

**2.2.1. Exhumación administrativa:** Se define como aquella en la que un cadáver es exhumado para dar cumplimiento a disposiciones reglamentarias pertenecientes a un ordenamiento interno de naturaleza administrativa, que regula la actividad de un cementerio. Las exhumaciones administrativas no requieren participación médico forense ni tienen interés desde lo pericial. Las razones más comunes que determinan una exhumación administrativa son las siguientes: cuando un cadáver debe ser cambiado de ataúd, o cuando debe ser extraído de su sitio de inhumación para

---

<sup>6</sup> AA.VV. “Guía de procedimientos para la realización de necropsias medicolegales”. Colombia. Ed. Instituto nacional de medicina legal y ciencias forenses. (2004). Pág. 106.

ser reducido o cremado en virtud de haberse extinguido el tiempo de permanencia inhumado (nicho o tierra), estipulado por las reglamentaciones<sup>7</sup>.

En lo que respecta al Paraguay, la exhumación con característica administrativa se encuentra contemplada en la Resolución N° 1.617/2018 de la Municipalidad de Asunción, la cual contempla los requisitos para realizar los trámites relacionados con el permiso de inhumación (entierro), usufructo de lote de cementerio, construcción de panteón y/o regularización de construcción en cementerio, permiso de traslado de cadáver (de un cementerio a otro o dentro del mismo cementerio), o transferencia de lote de cementerio para usufructo.

**2.2.2. Exhumación histórica:** Se define como aquella en la que un cadáver es exhumado para dar respuesta a problemas o interrogantes de hechos históricos, con objetivos de investigación histórica. Puede tener intervención médico-legal o no. Si bien los métodos de estudio pueden pertenecer a las ciencias forenses, los objetivos son aclarar e investigar cuestiones desde el punto de vista histórico. No obstante, ambas perspectivas pueden tener un complemento mutuo. Algunos ejemplos: El estudio de los cadáveres exhumados de la familia de zar Nicolás II, en cuanto a identificación de sus integrantes, circunstancias historio-geográficas, estudio y análisis de elementos culturales (joyas, ropas, etc.); la identificación de los restos de Cristóbal Colón respecto de su verdadera ubicación, ya en su tumba en España o en Santo Domingo; la búsqueda y exhumación de los restos de Ernesto “Che Guevara” en 1997, en Vallegrande, República de Bolivia, donde se logró su identificación efectiva; la exhumación de los cadáveres de los soldados napoleónicos de la *Grande Armée* fallecidos en el año 1812 hallados en Vilna, Lituania en el año 2002 en el tenor de investigar qué ropas tenían, qué armas usaban o detectar qué patologías pudieron haber sufrido<sup>88</sup>.

**2.2.3. Exhumación arqueológica:** Se define así a aquella en la que un cadáver es exhumado para dar respuesta a cuestiones o interrogantes antro-po-bio-socio-historiográficos, con objetivos de investigación arqueológica. Puede tener intervención médico-legal o no. El patrimonio es prácticamente resorte del antropólogo forense, ya que en su mayoría se trata de restos óseos exclusivamente o con remanentes de

---

<sup>7</sup> LOSSETTI OSCAR. “La exhumación médico legal”. Buenos Aires. Ed. Dosyuna (2006). Primera Edición. Págs. 16 y 17.

<sup>8</sup> *Ibidem*, Pág. 25.



partes blandas músculo-artro-ligamentarias. No obstante, no es infrecuente que ocurran hallazgos de restos óseos humanos inhumanos y que se ignore en un primer momento si se corresponden con piezas arqueológicas. Según el distrito o jurisdicción de que se trate casi seguramente el primer profesional que intervendrá es un médico legista, por lo tanto, es aconsejable en tanatología de exhumaciones tener conocimientos elementales de antropología forense para poder hacer un informe básico al respecto y, sobre todo, saber qué se debe y qué no se debe hacer, hasta que opere la derivación al profesional especializado. Algunos ejemplos: El estudio de restos de individuos pertenecientes a comunidades aborígenes argentinas; de embalsamamientos de culturas antiguas, como la egipcia; del hallazgo del cazador de los Alpes; de momias cordilleranas andinas; de cadáveres exhumados de las ruinas de Pompeya y Herculano (lava volcánica) o de otras ciudades de la antigüedad<sup>9</sup>.

**2.2.4. Exhumación jurídica o judicial:** Se define como aquella en la que un cadáver es exhumado para dar cumplimiento a disposiciones jurídicas pertenecientes a un ordenamiento legal, y es dispuesta por un juez competente que entiende en una causa judicial o por un fiscal dependiente del Ministerio Público. Estas exhumaciones son las que obviamente tienen el mayor interés médico-legal y a las que se hará especial referencia sobre su estudio particular en este trabajo. Es prácticamente obligatoria la intervención médico-legal, y su exclusión es excepcional, aunque en la práctica se han vivido estas situaciones de excepción cuando se exhumó un cadáver exclusivamente para su fotografiado o para extracción de interés criminalístico de las ropas o del interior del ataúd<sup>10</sup>.

**2.2.5. Exhumación sin pedido judicial:** Si bien este tipo de clasificación no figura en la bibliografía consultada, no obstante, se considera oportuno agregar como una categorización más. A criterio personal es aquella exhumación que se realiza por la comitiva fiscal sin pedido judicial, en razón de que el cuerpo previamente fue enterrado por el autor del hecho a los efectos de ocultar el crimen. Este tipo de situaciones puede ocurrir debido a la denuncia de testigos que tienen conocimiento sobre el posible entierro de un cadáver dentro de un inmueble, o debido a los olores fétidos que señalan la posible comisión de un hecho punible. En tal caso, no existen puntos periciales porque el análisis primordial se centra en desenterrar el cadáver

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, Págs. 25 y 26.

<sup>10</sup> *Ibidem*, Pág. 20.

para su posterior traslado a la Morgue, sin que haya existido antes una inhumación bajo los términos legales.

Como ejemplo se puede mencionar aquel hallazgo y desentierro de cadáver ocurrido en febrero del año 2022 en la ciudad de Ypané, de quien en vida fuera Mikhael Vasilievich Legotkin; el hallazgo fue posible tras la confesión realizada por uno de los supuestos asesinos. Mantuvieron el cadáver refrigerado hasta poder cercenarlo, embalarlo, para finalmente dejar los restos distribuidos en dos bolsones, que fueron hallados enterrados en la ciudad de Ypané<sup>11</sup>. Otro caso es aquel hecho ocurrido en el año 2018 en la llamada “Casa del Horror”, en el cual fueron desenterrados cuatro cuerpos, cuyo autor del hecho, Bruno Maravel, ya fue condenado. En este caso se procedió a excavar un sector de la vivienda, entre la cocina y un lavadero, donde se hallaron en una fosa los cuerpos de dos mujeres y un niño, juntos, mientras que los restos de otra criatura fueron hallados en una fosa contigua. Los restos fueron cubiertos por tierra, escombros y cal, lo que aceleró la putrefacción de los cuerpos<sup>12</sup>.

### **2.3. Clasificación de las exhumaciones según los períodos temporales de inhumación**

- a) Inmediatas: desde 1 día hasta 1 semana.
- b) Recientes: mayores de 1 semana hasta 1 mes.
- c) Tempranas: mayores de 1 mes y hasta 3 meses.
- d) Tardías: mayores de 1 año<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Última Hora. “El cadáver del empresario ruso fue refrigerado por varios días, según Policía Nacional”. Asunción 12 de febrero del 2022. <https://www.ultimahora.com/el-cadaver-del-empresario-ruso-fue-refrigerado-varios-dias-segun-policia-nacional-n2986441.html>

<sup>12</sup> Última Hora. “Macabro hallazgo de cinco cuerpos en pleno microcentro de Asunción”. Asunción. 9 de octubre del 2018. <https://www.ultimahora.com/macabro-hallazgo-cinco-cuerpos-pleno-microcentro-asuncion-n2749756.html>

<sup>13</sup> LOSSETTI OSCAR. “La exhumación médico legal”. Buenos Aires. Ed. Dosyuna (2006). Primera Edición. Pág. 27.



### 3. Tanatosemiología

Consiste en la descripción de las transformaciones que experimenta el cuerpo, una vez producida la muerte. Según su presentación y evolución los signos pueden ser inmediatos o alejados<sup>14</sup>.

#### 3.1. Fenómenos cadavéricos tempranos o inmediatos

Estos fenómenos son el enfriamiento, la deshidratación, las livideces, la rigidez y el espasmo cadavérico. El cuerpo mantiene su morfología macroscópica.

**3.1.1. Enfriamiento cadavérico:** También llamado *algor mortis*, obedece al hecho de que el cadáver trata de igualar su temperatura con la del medio circundante. Y si ésta es inferior a la temperatura corporal (37° C), el cuerpo empezará a enfriarse desde el momento en que se extingue la vida. El enfriamiento empieza a manifestarse en las partes expuestas (cara, manos y pies); luego, en los miembros, pecho y espalda; a continuación, en vientre, cuello y axilas; y finalmente en las vísceras. Este descenso de la temperatura corporal se efectúa a razón de 1° C por hora durante las primeras doce horas, y a razón de 0.5° C por hora en las segundas doce horas<sup>15</sup>.

**3.1.2. Deshidratación cadavérica:** Se debe a la pérdida de agua por evaporación. Las principales manifestaciones de deshidratación del cadáver se hallan en los ojos, y constituyen los signos de Stenon-Louis y de Sommer<sup>16</sup>.

Signo de Stenon-Louis: Estas alteraciones aparecen a los 45 minutos en el ojo abierto, y a las 24 horas en el ojo con los párpados cerrados. Consiste en hundimiento del globo ocular, pérdida de la transparencia de la córnea, que se vuelve opaca, formación de arrugas en la córnea depósito de polvo, que le da aspecto arenoso (“tetilla glerosa”)<sup>17</sup>.

Signo de Sommer: Llamado también de la mancha negra esclerótica, consiste en un triángulo oscuro con la base en la córnea, y otras veces en una simple línea oscura

<sup>14</sup> PATITÓ JOSÉ ÁNGEL. “Medicina Legal”. Buenos Aires. Ed. Centro Norte (2000). Primera Edición. Pág. 161.

<sup>15</sup> VARGAS ALVARADO EDUARDO. “Medicina Legal”. Mexico. Ed. Trillas (1999). Segunda Edición. Págs. 11.

<sup>16</sup> *Ibidem*, Pág. 12.

<sup>17</sup> *Ibidem*, Pág. 12.

en el nivel del ecuador del ojo. Aparece primero en la mitad externa del ojo. Esta mancha se debe al pigmento de la coroides, que queda visible al volverse transparente la esclerótica, por deshidratación. Aparece en las partes no cubiertas por los párpados, entre las 3 y 5 horas<sup>18</sup>.

**3.1.3. Livideces cadavéricas:** También conocidas como *livor moros*, son las manchas púrpuras en la piel del cadáver en el nivel de las partes que quedan en declive. En los órganos internos constituyen la hipostasia visceral. Cronología: Aparecen aproximadamente a las tres horas de la muerte, aunque en el cadáver de espaldas (en decúbito dorsal) pueden verse, ya a la media hora, en la parte posterior del cuello. Durante las primeras doce horas de formadas obedecen a los cambios de posición del cadáver; en las segundas doce horas pueden formarse nuevas manchas en la nueva posición, pero las anteriores no desaparecen. Después de las veinticuatro horas no se forman nuevas livideces y las existentes no desaparecen. Para comprobar si las livideces pueden modificarse, un recurso práctico consiste en comprimirlas con el dedo pulgar. Si la zona presionada se aclara, las livideces son aún modificables. Las livideces se deben a la acumulación de la sangre en el cadáver, por simple gravedad. Mientras la sangre se mantenga líquida y dentro de los capilares, se modifican con los cambios de posición. Coloración: El color púrpura habitual se debe a la hemoglobina no oxigenada. Puede variar a rosado cereza en la intoxicación por monóxido de carbono; achocolatado en la metahemoglobinemia; rojo claro con la oxihemoglobina; rosado pálido en los ahogados. Y aún pueden faltar si la persona se desangró<sup>19</sup>.

**3.1.4. Rigidez cadavérica:** También llamada *rigor mortis*, consiste en el endurecimiento y retracción de los músculos del cadáver. Se debe a la degradación irreversible del adenosintrifosfato (ATP), que en el cadáver se convierte en adenosindifosfato (ADP) y adenosinmonofosfato (AMP)<sup>20</sup>.

**3.1.5. Espasmo cadavérico o signo de Taylor:** Es la persistencia en el cadáver de la actitud o postura que el individuo tenía en el momento de la muerte. El espasmo cadavérico es un fenómeno poco frecuente. El espasmo cadavérico se diferencia de

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, Pág. 12.

<sup>19</sup> *Ibidem*, Págs. 12, 13.

<sup>20</sup> *Ibidem*, Pág. 13.



la rigidez en que no va precedido de una fase de relajación como ocurren en ésta, sino que es inmediato al fallecimiento<sup>21</sup>.

### 3.2. Fenómenos cadavéricos tardíos destructores

**3.2.1. Putrefacción cadavérica:** Es la descomposición de la materia orgánica del cadáver, por acción de las bacterias. Después de la muerte, la ausencia de agentes de protección del cuerpo facilita la diseminación de las bacterias que, durante la vida, están acantonadas en los intestinos. Los vasos sanguíneos son las vías de difusión. Cronología: La putrefacción empieza a manifestarse a partir de las 20 a 24 horas de la muerte. En el niño y en el adulto el proceso se inicia en la porción cecal del intestino grueso. En el feto expulsado y en el recién nacido empieza por las fosas nasales y los ojos, porque las bacterias son traídas por las moscas que se posan en estas regiones para depositar los huevos<sup>22</sup>.

#### 3.2. Periodos de la putrefacción cadavérica:

**3.2.1. Periodo cromático:** Se distingue por cambios de color de la superficie corporal. Sus manifestaciones sucesivas son la mancha verdosa abdominal, por lo general en la fosa iliaca derecha o en ambas fosas iliacas; el veteado venoso, que es la visualización de la red venosa de la piel por imbibición de la hemoglobina transformada y la coloración del resto del cuerpo, que de verde oscila a negruzco<sup>23</sup>.

**3.2.2. Periodo enfisematoso:** Se caracteriza por la presencia de gases en los tejidos, como resultado de la acción de las bacterias anaerobias. La piel y los órganos macizos adquieren un aspecto y consistencia esponjosa. Se forman ampollas por el desprendimiento de la epidermis, que luego caerá en colgajos, especialmente en palmas y plantas, incluyendo las uñas. El abdomen, las mejillas, los párpados y el escroto se tornan prominentes. Hay saliencia de ojos, lengua y recto. En el caso de embarazadas, se produce la expulsión *postmortem* del feto, debida a la presión de los gases<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, Pág. 14.

<sup>22</sup> *Ibidem*, Págs. 15, 16.

<sup>23</sup> *Ibidem*, Pág. 16.

<sup>24</sup> *Ibidem*, Pág. 16.

**3.2.3. Periodo colicuativo:** Consiste en la licuefacción de los tejidos blandos. Al comienzo se observa en las partes bajas y luego en las superiores. Confiere a la piel un aspecto acaramelado<sup>25</sup>.

**3.2.4. Periodo de reducción esquelética:** Se conoce también por esqueletización. En cadáveres enterrados o abandonados a la intemperie, este periodo avanza hasta la pulverización, que suele ser completa en un lapso que oscila entre 5 y 50 años<sup>26</sup>.

### **3.3. Fenómenos cadavéricos tardíos conservadores**

Son la momificación, la adipocira y la corificación. Tienden a preservar el cadáver.

**3.3.1. Momificación:** Es la desecación del cadáver por evaporación del agua de sus tejidos. Las condiciones para su desarrollo son: a) Medio seco, calor y aire circulante; b) Cadáver adelgazado o desangrado; c) Periodo mínimo de un año. Características. Importante pérdida de peso; piel retraída, oscura, adosada al esqueleto y de gran consistencia. De este modo, se preservan las formas exteriores y años después es posible la identificación y el diagnóstico de traumatismos<sup>27</sup>.

El hecho esencial de este proceso radica en la rápida desecación del cuerpo, que al estar privado de agua hace imposible el desarrollo de los gérmenes, por lo cual detiene e impide que continúe la putrefacción ordinaria. La piel se adapta a las prominencias óseas y se torna dura, ofreciendo dificultad al corte en la práctica de la autopsia; asume una coloración parda. El globo ocular pierde su turgencia y, por tanto, su forma redondeada, tornándose flácido. La totalidad del proceso de momificación tiene lugar en un periodo de uno a doce meses lo que depende de las condiciones ambientales<sup>28</sup>.

**3.3.2. Adipocira:** Es la transformación jabonosa de la grasa subcutánea del cadáver. Las condiciones para su desarrollo son: a) Medio húmedo, obstáculo a la circulación de aire; b) Cadáver con buen panículo adiposo; c) Periodo mínimo de seis meses. La adipocira consiste en el desdoblamiento de la grasa en glicerina y ácidos grasos. Con el calcio, potasio y magnesio del ambiente, esos ácidos constituyen jabones.

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, Pág. 16.

<sup>26</sup> *Ibidem*, Pág. 16.

<sup>27</sup> *Ibidem*, Pág. 18.

<sup>28</sup> GISBERT CALABUIG. "Medicina Legal y Toxicología". Barcelona. Ed. Masson (1998). Sexta Ed. Pág. 214.



**Cronología.** Aparece a los seis meses de la muerte y se completa al año y medio. Se inicia en mejillas, manos y glúteos<sup>29</sup>.

**3.3.3. Corificación:** Es el aspecto de cuero recién curtido que adquiere la piel del cadáver. Fue descrita por Dalla Volta (1935) en cadáveres inhumados en féretros de plomo o de zinc. **Características:** Deseccación de todos los tejidos, olor a éteres, trasudado en el fondo del féretro y conservación de las formas exteriores. **Cronología:** Aparece entre el final del primer año y comienzo del segundo de fallecido. Importancia médico-legal. Se divide en: 1. identificación del cadáver; 2. diagnóstico de la causa de muerte; 3. diagnóstico del intervalo postmortem<sup>30</sup>.

#### 4. Actuación fiscal durante el proceso de investigación

Antes de señalar los puntos periciales obrantes en las notas de oficio solicitadas por la Fiscalía para el pedido de la exhumación judicial, es imperioso conocer todo lo que acontece desde que se produce la muerte de una persona hasta que el cuerpo llega a la Morgue Judicial para la práctica de la necropsia. El proceso de investigación arranca desde el momento del levantamiento del cadáver.

##### 4.1. Etapa de levantamiento del cadáver

En las muertes sospechosas de criminalidad interviene el Ministerio Público como órgano extra poder protector de la sociedad; en su representación acude el agente fiscal, quien convoca al médico forense para la inspección física del cadáver, mediante la evaluación *in situ*; este profesional determinará la causa de muerte que constará en el certificado de defunción emitido por el mismo, ese documento es un requisito indispensable para dar inicio a la inscripción de la defunción en el Registro del Estado Civil para su posterior inhumación en el cementerio correspondiente.

La etapa de levantamiento del cadáver mediante la actuación del médico forense, con la presencia del agente fiscal, personal de Criminalística y de la Policía Nacional es determinante; es en este momento que se deben agudizar todos los sentidos para sacar el mayor provecho posible a la investigación; si el lugar del hecho se torna dificultoso en orden a examinar el cuerpo, el mismo debe ser remitido a la Morgue Judicial para una mejor inspección, habida cuenta que se tiene mejor iluminación,

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, Pág. 18, 19.

<sup>30</sup> *Ibidem*, Pág. 19.

más concentración y se está sin la presencia de curiosos que entorpezcan el procedimiento.

El agente fiscal es quien recibe todas las informaciones de lo sucedido, debe hacer una correcta interpretación de los datos recabados y comunicárselos al médico forense en orden a que este realice una evaluación más profunda; junto con el personal de Criminalística deben de recolectar todos los indicios, de acuerdo con las circunstancias de cada caso particular, por ejemplo: en el contexto de una muerte producida en una riña, en la cual se vieron involucradas varias personas, o cuando es perceptible la presencia de signos de lucha y/o defensas en las manos de la víctima es menester cortar las uñas del cadáver a los efectos de buscar material de ADN para compararlo con las del presunto autor; otra situación que puede darse es la sospecha de muerte por intoxicación, para lo cual será indispensable la toma de sangre o la extracción del cabello de la víctima, que será remitida al Laboratorio Forense; en las muertes producidas por disparos de proyectil de arma de fuego en las cuales se duda sobre la modalidad (homicidio o suicidio) es indispensable el hisopado de las manos del cadáver a los efectos de buscar plomo o bario con la prueba de Rodizonato de Sodio para establecer si la víctima tuvo contacto con el arma de fuego. También se debe proceder a la extracción de humor vítreo para establecer el intervalo *postmortem*, dato muy importante cuando se quiera determinar con exactitud la hora de muerte.

Si ameritan otros tipos de extracciones, como el hisopado vaginal en un contexto de feminicidio o de abuso sexual, el cuerpo puede ser trasladado a la Morgue Judicial para el efecto. Si bien esas exigencias se ven ciertamente limitadas en los hechos punibles ocurridos en el interior del país, considerando que la única Morgue Judicial se encuentra situada en la ciudad de Asunción, el médico forense debe ingeniar, en la medida posible, la extracción de todas las muestras biológicas que ayudarán a la investigación; como se puede notar, las diligencias mencionadas con anterioridad requieren primariamente la calidad del profesional y sus ganas de realizar un buen trabajo.

A la par del análisis forense, esta etapa encuentra la situación de los familiares de la víctima quienes merecen una correcta explicación de los hallazgos, a los efectos que no queden dudas sobre la causa de muerte. Si en esta etapa de levantamiento de cadáver se realizan correctamente todas las diligencias debidas, mencionadas con



anterioridad, se estaría disminuyendo en gran medida la necesidad de solicitar exhumaciones de cadáveres, pues el pedido de la exhumación obedece usualmente a que se ha omitido alguna diligencia esencial que no se realizó en el momento oportuno, cuando se contaba con la presencia del cadáver aún no inhumado, durante la etapa del levantamiento.

Ante la presencia de una muerte dudosa, en el mejor de los casos el cuerpo será trasladado a la Morgue Judicial para la práctica de la autopsia. En otras situaciones el cuerpo será enterrado con inmediata posterioridad a la entrega del certificado de defunción elaborado por el médico forense. Este certificado es un documento sobremanera importante; consiste en un formulario estandarizado por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social; los datos allí requeridos deben ser completados correctamente, con letra legible y sin borrones; contendrá la identificación del cadáver, la fecha y hora de muerte, la modalidad de la muerte (suicida, homicida, natural, etc.) y por sobre todo contendrá la causa de muerte; la experiencia demuestra que, pese a que el cadáver cuenta con certificado de defunción, el cuerpo igualmente es exhumado.

#### **4.2. Etapa en la que surgen las dudas en la investigación fiscal**

Con posterioridad a la inhumación pueden producirse dudas en la investigación; las interrogantes pueden surgir por parte de los familiares o por parte del propio fiscal interviniente. Las más frecuentes se dan en relación con la causa de muerte, lo que puede deberse a que no hubo una buena administración de información por parte del médico forense; este debe explicar de forma pausada y con términos sencillos a los familiares la causa de muerte de su ser querido, debe tomarse el tiempo necesario de explicar cuál es el mecanismo de muerte y la razón por la cual no considera necesario que el cuerpo deba ser trasladado a la Morgue Judicial para una autopsia; así también debe proceder con el agente fiscal.

Otra interrogante se puede deber a que durante el proceso investigativo surgieron nuevos elementos que ponen en duda la causa de muerte originalmente certificada por el médico; cuando las interrogantes en torno a la muerte no fueron subsanadas, se procede al pedido de exhumación judicial.

El procedimiento administrativo y documental necesario para el pedido de exhumación lo realiza el fiscal interviniente, quien debe abrir un expediente y frecuente-

mente lo realiza bajo la figura del anticipo jurisdiccional de prueba, describiendo el relato del hecho punible investigado, argumentando la necesidad de la exhumación judicial con los puntos periciales, identificando el número de causa, la identidad de la víctima, domicilio, ciudad y el cementerio en el cual se encuentra enterrado, este requerimiento fiscal lo remite al juzgado penal de garantías. El juez, luego de la lectura del requerimiento fiscal, puede solicitar la carpeta fiscal del caso para dictar la respectiva providencia.

Si el juez admite la exhumación, notifica al defensor público, al intendente municipal, a la policía jurisdiccional y a los familiares, a pedido del agente fiscal en el requerimiento presentado. Además, emite una orden judicial, dando lugar a la exhumación y traslado del cuerpo a la Morgue Judicial; la actuaria notifica esta resolución al agente fiscal y a la Dirección de Medicina Legal de la Morgue Judicial del Ministerio Público, confirmando la fecha y la hora en que se llevará a cabo el procedimiento. Puede o no determinar quiénes serán los profesionales forenses intervinientes, en algunos casos, a pedido del fiscal, solicita que el forense que practique la necropsia sea el mismo quien intervino en el levantamiento del cadáver, o bien puede dejar el asunto bajo la responsabilidad de los médicos de guardia de la Morgue Judicial. Por su parte, el fiscal también notifica a la Morgue Judicial mediante la nota de oficio con los puntos periciales solicitados por el mismo. Los gastos financieros que incluye la exhumación (desentierro del cajón por personales de la funeraria en el cementerio, traslado a la morgue, apertura del féretro en la morgue, cierre del féretro al terminar la necropsia, traslado del féretro desde la morgue hasta el cementerio y su posterior entierro nuevamente) corre a cuenta del Ministerio Público; el costo promedio de una exhumación judicial oscila los 5.000.000 de guaraníes, según informaciones obtenidas de la sección administrativa de la Morgue Judicial. El valor económico puede variar, dependiendo de la distancia que existe entre el sitio de sepultura y la morgue.

### **4.3. Etapa de la Necropsia**

Una vez que el cuerpo llega a la Morgue Judicial, se practica la necropsia en la fecha establecida por el juez. Primeramente, se deben tomar fotografías del féretro antes de que sea abierto; luego de abrirlo se continúa con la toma fotográfica a los efectos de evidenciar las condiciones cadavéricas en que se encuentra el cuerpo; se deberán



tomar asimismo placas radiográficas y proceder a la inspección del cadáver con miras a recabar información que ayudará a contestar los puntos de pericia.

El cuerpo, durante el paso del tiempo, es afectado por la putrefacción, lo que en gran medida dificulta el estudio del cadáver, y la extracción de órganos y/o materiales biológicos como sangre o humor vítreo.

Un punto no menos importante que se debe tener en cuenta es la formolización que consiste en la introducción de formol al cadáver a través de elementos vasculares sean estas venas o arterias para que posteriormente este líquido se irrigue por todo el cuerpo y así retardar el proceso de putrefacción. Esta formolización cobra importancia si lo que se busca son lesiones externas y/o internas en partes blandas, de ser así, su aplicación es de gran ayuda, pues debido a sus propiedades de conservación podrán ser visibles aquellas lesiones ya sean cortantes, punzantes o equimóticas; pero siempre se debe tener en cuenta el tiempo transcurrido entre la muerte y la necropsia, debido a que en ocasiones, independientemente de la formolización, si ya ha transcurrido bastante tiempo el cuerpo sufrirá los cambios propios del proceso de putrefacción.

Como se ha visto, el cuerpo formolizado es de gran ayuda; no obstante, será inútil si lo que se pretende es extraer muestras biológicas como sangre o humor vítreo para estudios toxicológicos, pues la muestra ya habrá sido contaminada por ese químico y no brindará un resultado confiable.

### **5. Puntos periciales solicitados por la Fiscalía para el pedido de exhumación**

La buena redacción de los puntos periciales es una labor fundamental, pues de ella dependerán las actuaciones de otros profesionales.

Para una correcta elaboración de los puntos de pericia en casos de exhumaciones judiciales no se debe delimitar el pedido exclusivamente a aquello que se necesita, sin antes haber dimensionado todo el contexto del hecho, como ser el tiempo que ha transcurrido entre la muerte y la exhumación debido a los cambios físicos y putrefactivos que experimenta el cuerpo; un ejemplo de ello es aquel punto de pericia en el que se solicita la determinación de la presencia de lesiones corporales, como ser equimosis, hematoma, excoriación, etc., sería más probable encontrarlas si no ha transcurrido mucho tiempo entre la muerte y la exhumación. También se deben tener en cuenta las circunstancias del deceso de la víctima, como por ejemplo: el

hallazgo de un cuerpo en el río durante una temporada calurosa acelerará la descomposición, sin embargo, en climas fríos el cuerpo sumergido en el agua tiende a conservarse.

Si se realiza un buen análisis entre lo que se busca y lo que se puede encontrar en atención al tiempo transcurrido, a la descomposición del cadáver y a las circunstancias de la muerte, es más probable que los puntos de pericia sean respondidos brindando resultados que ayudarán a la investigación penal.

Un caso de exhumación puede tener varios puntos de pericia; de los nueve casos de estudios de esta investigación se evidenciaron los siguientes puntos periciales, entre los cuales el pedido más frecuente fue la determinación de la causa de muerte.

1. Determinar la causa de muerte;
2. Determinar lesiones externas e internas compatibles a ahorcadura o estrangulamiento;
3. Buscar presencia de líquido (agua) en los pulmones;
4. Determinar algún rastro de tortura previo al deceso;
5. Determinar la presencia de proyectil de arma de fuego;
6. Determinar presencia de lesiones y/o signos de violencia;
7. Determinar naturaleza y gravedad de las lesiones;
8. Determinar existencia de agresiones sexuales;
9. Determinar presencia de tóxicos y/o drogas de abuso;

Determinar cuál de las dos lesiones produjo el deceso de la víctima. En caso de que el primer impacto haya sido en la cabeza, determinar si con posterioridad a ello fue posible que la misma se dispare en el corazón. En caso de que el primer impacto haya sido en el corazón, determinar si posterioridad a ello iba a ser posible que la misma se dispare en la cabeza.

Estos puntos de pericia fueron correlacionados con los resultados del dictamen de patología forense a los efectos de determinar cuáles lograron ser contestadas y cuáles no, para así determinar las situaciones que influyen en un resultado, ya sea favorable o desfavorable, que será abordado en el capítulo correspondiente.



En la experiencia se evidenció que durante el procedimiento de la necropsia surgieron nuevas interrogantes (puntos de pericias) que previamente no fueron plasmados en la nota de oficio y que el fiscal interviniente solicitó de manera verbal al patólogo y/o médico forense quienes se expedirán al respecto en sus dictámenes periciales.

### **MARCO NORMATIVO**

En este trabajo de investigación, la referencia al marco normativo se hará conforme con la jerarquía constitucional de prelación establecida en el Art. 137 de la Constitución de la República, y por orden de antigüedad según la fecha de publicación oficial de cada ley o norma relacionada con la materia.

#### **1. Constitución de la República**

De este ordenamiento jurídico por el cual se rige todo el Paraguay, surgen las leyes vigentes; ya en el Preámbulo reconoce y protege a la dignidad humana; dicha protección trasciende al ámbito de la vida, llegando a salvaguardar no solo a la integridad física y psíquica de la persona con vida, sino que esta protección se extiende hasta la muerte; tal es el caso de la protección a la memoria de quien en vida fuera un ciudadano paraguayo. En virtud a ello se reglamenta todo un proceso que debe realizarse antes de la inhumación, a los efectos de brindar una digna sepultura.

#### **2. Ley Nº 836/1980 Código Sanitario**

En su capítulo XII “De la disposición de cadáveres y de los cementerios”, Art. 114 establece que la inhumación y la exhumación de cadáveres humanos sólo podrán hacerse según las normas establecidas por el Ministerio de Salud Pública; seguidamente, en su Art. 115 prohíbe la inhumación de un cadáver sin que previamente se certifique la causa de muerte; de tal manera, se prescribe que el certificado de defunción es un requisito indispensable para inhumar un cadáver.

#### **3. Ley Nº 1.266/1987 del Registro del Estado Civil**

En lo que respecta al proceso de inhumación, este marco normativo hace referencia, en su Art. 97, a los datos que deben ser tenidos en cuenta al momento de confeccionar el certificado de defunción; se reafirma, así, nuevamente la importancia de este documento para el entierro del cadáver, pues de él depende la inscripción respectiva del fallecimiento en el Registro del Estado Civil. Luego de esta inscripción el oficial

del Registro Civil expedirá el permiso para la inhumación, que no podrá ejecutarse antes de las doce horas, ni después de treinta y seis del fallecimiento, salvo lo dispuesto por los reglamentos del Departamento Nacional de Higiene y de la Policía, o circunstancias especiales debidamente justificadas (Art. 15).

#### **4. Ley N° 1.160/1997 Código Penal Paraguayo**

En el apartado destinado a los “Hechos punibles contra la paz de los difuntos” se prohíbe, en el Art. 231, la sustracción de un cadáver o partes del mismo de su sitio de inhumación, cuando los fines fueren la perturbación de la paz de los difuntos. Es en este apartado normativo que se ve reflejado lo mencionado anteriormente en la Constitución de la República, el respeto a la dignidad humana de la persona trasciende hasta la muerte, respetando la memoria de los difuntos.

#### **5. Ley N° 1.286/1998 Código Procesal Penal Paraguayo**

En el Libro Tercero, relacionado con los Medios de Pruebas, se tiene el Art. 177 “Levantamiento e Identificación de Cadáveres”; antes de procederse a la inhumación del occiso y en ausencia del fiscal esta normativa faculta al personal policial realizar el levantamiento del cadáver; en la práctica generalmente ello no ocurre así, pues es el médico forense quien realiza el levantamiento del cadáver después de determinar la causa de muerte. Seguidamente, en el Art. 178 relacionado con la “Autopsia”, del contexto que se suscita durante la etapa del levantamiento del cadáver, cuando existen dudas en relación con la causa de muerte se procederá a la autopsia del cadáver, obligando al patólogo y/o médico forense a dilucidar la causa y las circunstancias de la muerte. Un dato a destacar en el mismo artículo *in fine* es la norma que expresa:

“Si el Ministerio Público no ha solicitado la realización de la autopsia, las otras partes podrán solicitar al juez que la ordene, conforme a las reglas de los actos irreproducibles”. En este sentido, la naturaleza de la autopsia se traduce en actos irreproducibles, es decir, la autopsia es única y no podrá ser repetida en las mismas condiciones que acaecieron.

Otro punto a destacar es lo concerniente a la figura del anticipo jurisdiccional de prueba, con frecuencia los fiscales recurren a esa figura jurídica para solicitar del juez el pedido de exhumación (Art. 320). Así también, en el Art. 214 se hace referencia a la pericia; se establece que se recurrirá a ella siempre que se busque descubrir y/o valorar un elemento probatorio, en este contexto es importante resaltar que el



perito debe ser un experto en el área sobre el cual va a peritar. El Art. 217 hace referencia a la orden de pericia.

### MARCO ÉTICO

La dignidad humana trasciende al momento de la muerte, el trato digno al cadáver consiste en el respeto por el ser humano que fue durante la vida. Tal es así que el Código Penal contempla la “Denigración a la memoria de un muerto”, su Art. 153 refleja el resguardo de la dignidad aun post mortem.

El Dr. Jorge Armando Guzmán, médico forense argentino, en su artículo titulado “Aspectos bioéticos y jurídicos del manejo del cadáver” expresa en la pág. 114 lo siguiente: “El respeto al cadáver se manifiesta por la conservación y protección de los restos humanos en su integridad, o también por las honras fúnebres. Complementario a este aspecto activo hay otro, pasivo, que consiste en que los vivos eviten causar daños u ofensa al cadáver antes y después de la sepultura, o las cenizas, después de la incineración”<sup>31</sup>.

Se considera que el respeto a la memoria del difunto surge del respeto a la dignidad humana, pues el cuerpo en su momento fue una persona y ese respeto trasciende hasta después de la muerte. Por tal motivo, en todo momento se mantendrá en anonimato la identidad de los cadáveres que fueron objetos de estudio, identificando los casos solamente con un código numérico, como caso 1, caso 2 y así sucesivamente; también se debe mantener en reserva la identidad de los auxiliares de la justicia que han operado como peritos en la exhumación y posterior necropsia. Las fotografías plasmadas en este trabajo, que fueron de vital importancia para observar y dimensionar el estado de descomposición de los cuerpos, serán censuradas en el sector del rostro a fin de evitar cualquier tipo de especulación en relación con su identidad. De tal manera, esta investigación se limitará a incluir solo aquellas informaciones que aporten y resulten relevantes para la ciencia.

---

<sup>31</sup> GUZMÁN LOZANO. “Aspectos bioéticos y jurídicos del manejo del cadáver”. Ed. Instituto de Bioética. U.C.A. (2018). Revista N° 2. Pag. N° 114.

## Capítulo II

### MARCO METODOLÓGICO

#### 1. Tipo de investigación

**1.1. Investigación aplicada:** Consiste en una investigación aplicada, porque este tipo de investigación crea un nuevo conocimiento y resuelve problemas. De tal manera, estableciendo los alcances y las limitaciones de la exhumación judicial se logrará conocer aquellos puntos periciales que deben ser solicitados y que con mayor frecuencia podrán ser respondidos con un resultado favorable, que ayudará a la investigación penal.

**1.2. De campo:** Porque los datos de estudio fueron extraídos de la realidad. En este sentido, se recopilaron y analizaron cada nota de oficio y cada dictamen de patología forense obrante en la Morgue Judicial del Ministerio Público, relacionando los resultados; además la autora participó en algunas necropsias que fueron objeto de estudio en esta investigación.

#### 2. Alcance de la investigación

**2.1. Descriptivo:** Porque los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis<sup>32</sup>. De tal modo, se especificaron los puntos periciales obrantes en las notas de oficios solicitados por la Fiscalía, junto con los resultados del dictamen de patología forense de cada caso particular.

**2.2. Explicativo:** Porque los estudios explicativos van más allá de la descripción de conceptos o fenómenos; están dirigidos a responder a las causas de los eventos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da éste<sup>33</sup>. Es así, que en este trabajo de investigación se explican los motivos por los cuales los puntos periciales solicitados por la Fiscalía no lograron ser respondidos adecuadamente.

---

<sup>32</sup> HERNÁNDEZ SAMPIERI ROBERTO. FERNÁNDEZ COLLADO CARLOS. BAPTISTA LUCIO, PILAR. "Metodología de la Investigación". México. Editorial McGraw-Hill (1997). Primera Edición. Pág. 71.

<sup>33</sup> *Ibidem*, Pág. 74.



**2.3. De corte transversal:** Porque se recopilan todas las informaciones atinentes a un momento determinado o en un período de tiempo puntual.

### **3. Enfoque de la investigación:**

**3.1. Cualitativo:** Porque se recopilan informaciones documentales que son analizadas para brindar una interpretación en su contexto natural, presentando comentarios y soluciones a los problemas hallados. De tal manera, este trabajo de investigación se centró en el análisis documental del contenido de las notas de oficio solicitado por la Fiscalía y los dictámenes de patología forense, identificando las falencias en la descripción de los puntos periciales en relación con las condiciones físicas del cadáver.

### **4. Técnicas y procedimientos de recolección de datos**

**4.1. Técnicas:** La técnica utilizada en esta investigación para analizar los alcances y limitaciones de la exhumación judicial en la investigación penal fue la observación y el análisis de documentos. La autora realizó la observación como participante en las necropsias, y analizó la documentación consistente en las notas de oficios en las que se describen los puntos periciales solicitados por la Fiscalía para la práctica de la necropsia, y los dictámenes de patología forense como resultado final en respuesta a los puntos de pericia.

**4.2. Muestra:** Fueron seleccionados los casos que contaban con la nota de oficio y con el resultado del dictamen de patología forense. Se eligieron aquellos casos de presunta etiología criminal (homicidio doloso), descartándose aquellas exhumaciones que fueron realizadas bajo el contexto de presunta negligencia médica, y las correspondientes a exhumaciones de fetos o recién nacidos.

**4.3. Procedimientos:** Los resultados obtenidos fueron sistematizados en un cuadro gráfico a fin de analizarlos en forma ordenada, a partir de lo cual se generaron las conclusiones con los hallazgos y discusiones de cada caso particular.

### Capítulo III

#### ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

La ejecución del trabajo de investigación se llevó a cabo en del Dpto. de Tanatología Forense de la Morgue Judicial.

En la primera etapa del estudio se procedió a la búsqueda de las notas de oficio pues ahí figuran los datos de interés médico-legal, como la identificación del occiso, la descripción del antecedente del caso que incluye el contexto en que se produjo el deceso, la fecha de muerte y, conjuntamente, los puntos periciales que solicita la Fiscalía, lo cual constituye una guía para el patólogo y el médico forense, pues les permite trazar un plan de operación que se adecue a las necesidades y condiciones del caso.

En una segunda etapa se llevó a cabo la búsqueda de los dictámenes de patología forense, en los cuales se hallan consignados los resultados de la necropsia con la respuesta a los puntos de pericia requeridos en la nota de oficio.

En la tercera etapa se realiza la revisión y análisis de los documentos en cuestión.

Se realizó además la evaluación fotográfica de los cadáveres exhumados para conocer las condiciones físicas en las que llegaron a la Morgue Judicial del Ministerio Publico para la necropsia correspondiente.

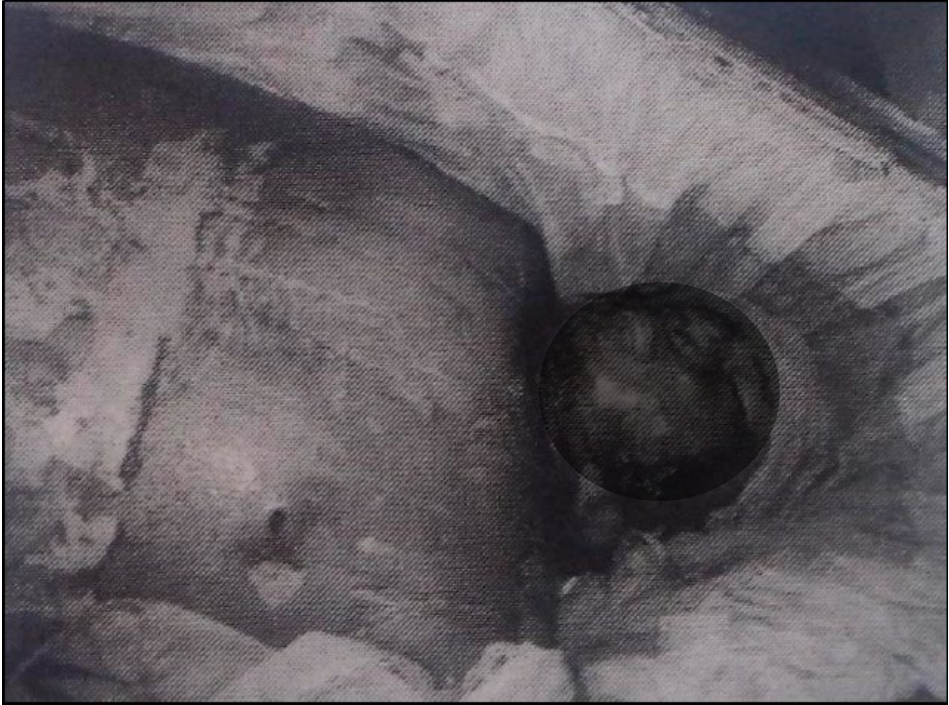
A los efectos de una mejor interpretación, los datos obtenidos de las notas de oficio y del dictamen de patología forense se plasmaron en un cuadro gráfico, empezando por el número de caso, la edad de la víctima, la fecha de muerte, la fecha de la práctica de la necropsia, el tiempo que ha transcurrido entre la muerte y la necropsia, los antecedentes del caso, los puntos periciales solicitados por la fiscalía y el resultado del dictamen de patología forense.

Conocer el tiempo que ha transcurrido entre la muerte y la necropsia es importante, a los efectos de dimensionar el intervalo que ha pasado, las evidencias que pueden encontrarse y el estado físico del cadáver, este último, se evidencia a través de las tomas fotográficas plasmadas en el presente trabajo de investigación.

Mediante el trabajo de investigación realizado, con el análisis crítico de cada caso particular, se llegó a conocer los alcances y las limitaciones de la exhumación judicial en la investigación penal.


**CASO N° 1**

DATOS OBTENIDOS DE LA NOTA DE OFICIO Y DEL DICTAMEN DE PATOLOGÍA FORENSE						
Edad	Fecha de muerte	Fecha de la Necropsia	Tiempo	Antecedentes	Puntos de Pericia	Resultado de patología
19 años	18/jul/2018	14/dic/2018	5 meses	Fallece en su lugar de trabajo, en una construcción en la ciudad de Asunción. Se entrega el cuerpo a los familiares sin comunicar la causa de muerte.	1) Determinar causa de muerte.	1) Fracturas de clavícula izquierda, 2 <sup>da</sup> y 3 <sup>ra</sup> costilla izquierda, en cara posterior. 2) Hemorragia en tejidos blandos adyacentes a las fracturas. 3) No hay fracturas en el cráneo. 4) Período colicuativo. 5) CAUSA DE MUERTE: Traumatismo cerrado del tórax.



**Características tanatosemiológicas del cuerpo y su relación con el tiempo:**

Han transcurrido cinco meses desde el fallecimiento y la realización de la necropsia, el cuerpo se encuentra sometido a severos cambios autolíticos, secundarios al proceso putrefactivo, y se halla dentro de la etapa enfisema-colicuativa. En esta etapa resulta imposible poder apreciar y determinar en forma objetiva las lesiones externas que pudiera presentar el cuerpo, debido a los cambios cromáticos que son propios en este periodo de putrefacción.

**Punto de pericia respondido:**

Fue posible determinar la causa de muerte en virtud a los eventos traumáticos evidenciados en la necropsia, tales como la fractura de clavícula izquierda y fracturas de la 2<sup>da</sup> y 3<sup>ra</sup> costilla izquierda con hemorragias en tejidos blandos circunscriptas a las fracturas, lo cual traduce a una fractura producida durante la vida.

**Comentario:**

Teniendo en cuenta que la muerte se produjo en una obra en construcción, la hipótesis que podrían hacerse apuntarían a que la víctima pudo haberse caído; la inspección ocular del lugar del hecho resulta un elemento indispensable para establecer una caída accidental; cabe resaltar que las fracturas fueron bien localizadas, todas en el hemitórax izquierdo.

A través de un análisis de la posición del cuerpo al momento del hallazgo y la labor que estaba desempeñando (si se encontraba parado sobre una escalera, encima de un andamio o a cierta altura de la base del suelo), se puede colegir un accidente laboral.

En el contexto de una muerte producida durante la actividad laboral es importante la extracción de sangre o humor vítreo durante la etapa del levantamiento del cadáver a los efectos de determinar si hubo una autopuesta en peligro por parte de la víctima mediante la ingestión de algunas sustancias como alcohol o drogas de abuso, además de verificar si contaba con los elementos de protección y/o seguridad de acuerdo con la envergadura de su labor, en orden a confirmar o deslindar responsabilidades por parte de los empleadores.

En este caso, no fueron tomadas durante la necropsia muestras biológicas para tal efecto, por no haber sido solicitado ello como punto de pericia; no obstante, en el hipotético caso de haberse solicitado, la extracción ya sería en vano, pues las muestras biológicas (humor vítreo o sangre) ya se encontrarían biológica y químicamente alteradas por el proceso putrefactivo.

El pedido de exhumación se hizo, en este caso, debido a la entrega del cuerpo a los familiares sin comunicar la causa de muerte, lo que deviene en una falta de respeto a los mismos, pues el médico forense, al labrar el certificado de defunción durante el levantamiento del cadáver, describe la probable causa de muerte y está obligado a comunicar sus hallazgos a los familiares e informarle al fiscal interviniente. La exhumación pudo haberse evitado si durante la etapa del levantamiento del cadáver el médico forense hubiera informado a los familiares de forma sencilla la causa de muerte descripta en su certificado de defunción.

Se desconoce si la demora de seis meses corresponde a cuestiones administrativas o fue propia del pedido de exhumación tardío por parte de los familiares.

**CASO N° 2**

ATOS OBTENIDOS DE LA NOTA DE OFICIO Y DEL DICTAMEN DE PATOLOGÍA FORENSE						
Edad	Fecha de muerte	Fecha de la Necropsia	Tiempo	Antecedentes	Puntos de Pericia	Resultado de patología
55 años	22/feb/2019	27/may/2020	1 año 6 meses.	Fallece en aguas del río Paraná, el forense manifestó: "llama la atención la espuma blanca que sale de la boca y nariz, el sangrado en el dorso nasal y la cianosis en cara y región anterior y superior del tórax".	1) Determinar la causa de muerte. 2) Determinar lesiones externas e internas compatibles ahorcadura o estrangulamiento. 3) Buscar presencia de líquido (agua) en los pulmones.	1) Cadáver en estado de descomposición en periodo de esqueletización. 2) A nivel cervical no se constata lesiones externas compatibles con ahorcadura o estrangulamiento. 3) Coloración rosada de la dentina de los dientes. 4) No se realiza estudio histopatológico de estómago y pulmón debido al estado de descomposición 5) Se realizaron placas de cráneo, cuello y tórax, no se evidencia fracturas. 6) CAUSA DE MUERTE: Coloración rosada de los dientes, lo que apoya a un mecanismo de hipoxia por edema agudo de pulmón de origen cardiovascular o debido a una asfixia por inmersión.



Dientes  
rosas



### **Características tanatosemiológicas del cuerpo y su relación con el tiempo:**

Transcurrido un año y seis meses entre la muerte y la necropsia, el cuerpo se encuentra en la etapa de esqueletización.

#### **Punto de pericia respondido:**

El punto de pericia relacionado con la causa de muerte logró ser respondido debido al hallazgo de la coloración rosada de los dientes. Este fenómeno generalmente obedece a un mecanismo de hipoxia relacionado con las asfixias.

#### **Puntos de pericias no respondidos:**

No se logró determinar la presencia de lesiones externas e internas, debido al estado de esqueletización del cuerpo. Se solicitó como punto de pericia la presencia de lesiones compatibles con ahorcadura; considero ello una mala redacción, pues en caso de que la muerte se haya producido en el contexto de una ahorcadura (frecuente en suicidios), el cuerpo debió haber sido hallado colgado de un punto fijo. Debido al estado de descomposición tampoco se logró determinar la presencia de agua en los pulmones.

#### **Comentario:**

El motivo de la exhumación obedece a la duda de los familiares generada a raíz de que durante el levantamiento del cadáver el profesional forense manifestó: *“Llama la atención la espuma blanca que sale de la boca y nariz, el sangrado en el dorso nasal y la cianosis en cara y región anterior y superior del tórax”*.

La hipótesis manejada era un posible homicidio y que con posterioridad a ese hecho el cuerpo fue lanzado al río; es por ello que entre los puntos de pericia se solicitaron la determinación de la presencia de lesiones externas e internas compatibles a ahorcadura o estrangulamiento, y la presencia de líquidos en los pulmones.

Estos hallazgos (espuma blanca que sale de la boca y nariz, el sangrado en el dorso nasal y la cianosis en cara y región anterior y superior del tórax) son signos característicos de los cuadros asfícticos de la sumersión, y fueron evidenciados en el momento del levantamiento del cadáver; teniendo esas evidencias ya se hubiera podido determinar que la persona estuvo con vida durante el contacto con el agua y que en es en ese proceso que se produce el ahogamiento, habida cuenta que tales signos asfícticos solo se producen en vida. La buena inspección del cuerpo en el lugar de



los hechos y su correlación con la signología asfíctica en relación con el ambiente, así como la correcta información de dichos hallazgos al fiscal y a los familiares, pudieron haber evitado esta exhumación.

Un elemento o signo favorable evidenciado en esta necropsia, y que ha pasado desapercibido durante el levantamiento del cadáver, fue la coloración rosada de los dientes, síntoma de asfixia.

La bibliografía registra que la primera referencia sobre dientes rosas se remite al año 1829 cuando Thomas Bell lo describió en cadáveres de individuos ahorcados y ahogados, y luego en el año 1953 Aew Miles realizó una descripción similar en el estudio de dos fallecidos, uno por ahogamiento y otro quemado vivo. Ambos confirmaron que las coronas de los dientes se encontraban rosadas y que esta coloración se extendía hasta el ápice, con disminución de la intensidad y una distribución desigual en las raíces<sup>34</sup>. El mecanismo de producción de los dientes rosas es atribuible a la rotura de los vasos sanguíneos a nivel de los alveolos dentarios, lo que libera hemoglobina alrededor de la pulpa dentaria, que se acumula en la dentina. La rotura de los vasos sanguíneos se produce por el aumento de la presión intravascular, secundaria a la disminución del aporte de oxígeno (hipoxia); esto acontece debido a la falta de intercambio de oxígeno con la sangre, por la presencia de líquido (agua) a nivel de los alveolos pulmonares en caso de ahogamiento. La coloración rosada de los dientes, sumada a la presencia de espuma blanca sanguinolenta de la nariz y la coloración cianótica del rostro del cadáver forman parte de la signología general de la asfixia mecánica.

---

<sup>34</sup> MACHADO MENDOZA DODANY, PÉREZ VALIA. ¿Es el “diente rosado” válido en el contexto forense actual? Revista Cubana de Estomatología. Nº 2. Vol. 59. 2022.

<https://revestomatologia.sld.cu/index.php/est/article/view/3743/2038#:~:text=El%20fen%C3%B3meno%20del%20diente%20rosado,de%20la%20data%20de%20muerte.>

**CASO N° 3**

DATOS OBTENIDOS DE LA NOTA DE OFICIO Y DEL DICTAMEN DE PATOLOGÍA FORENSE						
Edad	Fecha de muerte	Fecha de la Necropsia	Tiempo	Antecedentes	Puntos de Pericia	Resultado de patología
23 años	25/dic/19	20/feb/20	2 meses	Encontrado al costado del río Paraguay, luego de 24 hs. de haber desaparecido en el agua.	1) Determinar causa de muerte.	1) En estado de putrefacción en periodo colicuativo y de esqueletización. 2) Dentadura completa en regular estado de conservación. 3) Se realiza placa de cráneo y tórax sin lesiones óseas. 4) Debido al estado de putrefacción no se puede determinar causa de muerte.





### **Características tanatosemiológicas del cuerpo y su relación con el tiempo:**

Han transcurrido dos meses entre la muerte y la práctica de la necropsia, el cuerpo se encuentra en avanzado estado de descomposición, y ha ingresado al periodo de esqueletización.

### **Puntos de pericias no respondidos:**

Esta necropsia no logró responder al punto de pericia relacionado con la causa de muerte, debido al estado de descomposición del cadáver.

### **Comentario:**

Antes de solicitar la exhumación es importante tener en cuenta las condiciones climáticas y el tipo de lugar en que fue hallado el cuerpo durante la etapa de levantamiento del cadáver, en efecto, los cambios tanatosemiológicos se producen de manera distinta ante la presencia del cuerpo en un lugar abierto, cerrado, con la presencia de humedad o alta temperatura, etc. De estas condiciones depende que se acentúen o retarden los fenómenos cadavéricos, alterándose su ciclo de aparición normal.

En este caso particular, el cuerpo fue hallado al costado del río en el mes de diciembre, época del año que nuestro país experimenta un clima bastante caluroso; la exposición del cuerpo a un lugar abierto con temperatura elevada fue condicionante para que el cuerpo experimente de manera más rápida (en dos meses) la esqueletización. Ante estas circunstancias las probabilidades de conocer la causa de muerte durante la necropsia son muy escasas.

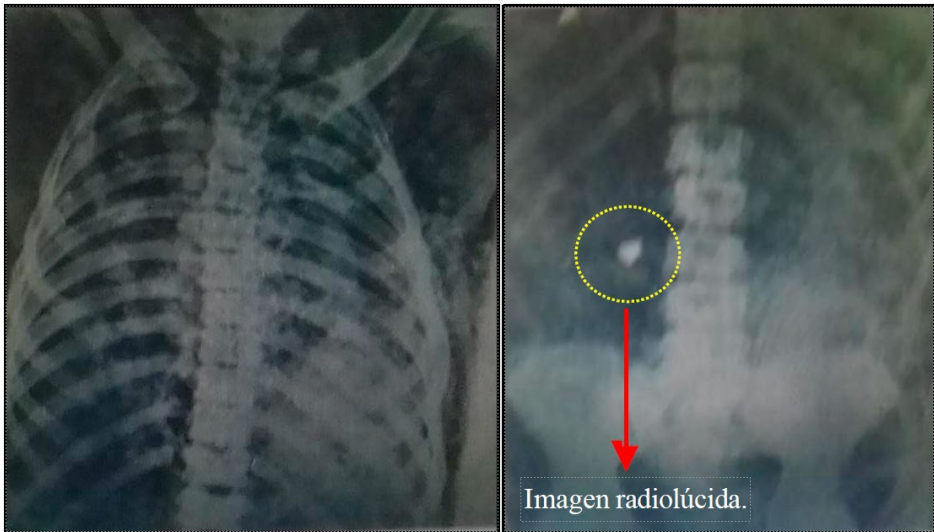
Es indispensable conocer la descripción que el médico forense realizó durante el levantamiento del cadáver, pues sus hallazgos, como ser algunas características propias de la asfixia o algunas lesiones externas, ayudarían a dar luz a la investigación.

Actualmente, la Morgue Judicial no dispone de una base de datos en la cual se encuentren registradas todas las informaciones de un caso particular, por lo que se torna muy difícil buscar y recolectar toda la información para un estudio de casos. En teoría, es el fiscal quien debe contar con todas las documentaciones y correlacionarlas, empezando por el informe del médico forense sobre el levantamiento del cadáver, la causa de muerte plasmada en el certificado de defunción y los resultados del dictamen de patología forense.

CASO N° 4

DATOS OBTENIDOS DE LA NOTA DE OFICIO Y DEL DICTAMEN DE PATOLOGÍA FORENSE						
Edad	Fecha de muerte	Fecha de la Necropsia	Tiempo	Antecedentes	Puntos de Pericia	Resultado de patología
22 años	01/may/2019	29/jul/2021	1 año 3 meses.	Durante un allanamiento policial, la persona resultó abatida con heridas de arma de fuego.	1) Determinar causa de muerte. 2) Determinar algún rastro de tortura previa al deceso. 3) Determinar la presencia de proyectil de arma de fuego.	1) No se puede determinar causa de muerte. 2) No se puede determinar lesiones en tejido. 3) Se descarta presencia de proyectiles de arma de fuego





### **Características tanatosemiológicas del cuerpo y su relación con el tiempo:**

Transcurrieron un año y tres meses para la necropsia, que se hizo bajo la figura de “anticipo jurisdiccional de prueba”; el se hallaba cuerpo en estado de esqueletización.

### **Punto de pericia respondido:**

En la necropsia se descartó la presencia de proyectiles de arma de fuego. El profesional de patología forense en su dictamen conclusivo expresa: “Se realizan cinco placas radiográficas de todo el cuerpo, no evidenciándose proyectil de arma de fuego”.

Sin embargo, en la imagen radiológica correspondiente al abdomen se observa la presencia de una imagen radiolúcida de forma irregular ubicada a nivel de la tercera vértebra lumbar, que da la impresión de corresponder a un proyectil. Tampoco existe una aclaración, en relación con dicha imagen, sobre la naturaleza y las características físicas del objeto que se aprecia en la radiografía; esto hace que la interpretación del objeto observado sea subjetiva. Teniendo en cuenta las características de cómo sucedieron los hechos resulta de fundamental importancia la aclaración de la

naturaleza de la imagen radiolúcida, dato omitido en el dictamen de patología forense.

**Puntos de pericias no respondidos:**

Un año y tres meses después de la muerte, el cuerpo ya se encuentra esqueletizado, se hace así imposible determinar la causa de muerte y o algún rastro de tortura en partes blandas.

**Comentario:**

En este procedimiento intervino la Unidad Penal Especializada en Hechos Punibles contra los DD.HH. del Ministerio Público; a cuenta de ello era la necesidad de la búsqueda de los rastros de torturas.

Como la muerte se produjo durante un allanamiento policial, resultaba menester determinar lesiones corporales para confirmar o descartar la presencia de un delito de lesa humanidad conforme el Art. 307 del C.P.: “Lesión corporal en el ejercicio de funciones públicas”.

Si durante el levantamiento del cadáver se realizaba una buena inspección física del cuerpo y se describía debidamente la presencia o ausencia de lesiones, esta exhumación pudo haberse evitado.



**CASO N° 5**

DATOS OBTENIDOS DE LA NOTA DE OFICIO Y DEL DICTAMEN DE PATOLOGÍA FORENSE						
Edad	Fecha de muerte	Fecha de la Necropsia	Tiempo	Antecedentes	Puntos de Pericia	Resultado
Sin datos	01/may/2019	29/jul/2021	1 año y 3 meses.	Durante un allanamiento policial, la persona resultó abatida con heridas de arma de fuego.	1) Determinar causa de muerte. 2) Determinar algún rastro de tortura previo al deceso. 3) Determinar la presencia de proyectil de arma de fuego.	1) No se puede determinar causa de muerte. 2) No se puede determinar lesiones en tejido. Pero se descarta presencia de proyectiles de arma de fuego.



### **Características tanatosemiológicas del cuerpo y su relación con el tiempo:**

Transcurrieron un año y tres meses para la necropsia, hecha bajo la figura de “anticipo jurisdiccional de prueba”; el cuerpo se encontraba en estado de esqueletización.

### **Punto de pericia respondido:**

Esta necropsia logró responder un punto de pericia relacionado con la búsqueda de proyectiles de arma de fuego, pues mediante la toma de placa radiográfica tal circunstancia –la presencia de proyectiles– no fue evidenciada.

### **Puntos de pericias no respondidos:**

Un año y tres meses después de la muerte el cuerpo ya se encuentra esqueletizado; resulta entonces imposible determinar la causa de muerte y/o algún rastro de tortura en partes blandas.

### **Comentario:**

Este caso es bastante particular porque se produjo en el mismo escenario que el caso N° 5, durante un allanamiento policial; tal es así que se presentó una sola nota de oficio con la identificación de los dos occisos, pero este –a diferencia del anterior– de nacionalidad brasileña, y con los mismos puntos periciales. La exhumación y posterior necropsia de los cuerpos se realizaron en el mismo día.



## CASO N° 6

DATOS OBTENIDOS DE LA NOTA DE OFICIO Y DEL DICTAMEN DE PATOLOGÍA FORENSE						
Edad	Fecha de muerte	Fecha de la Necropsia	Tiempo	Antecedentes	Puntos de Pericia	Resultado
20 años	13-jun-21	1-jul-21	18 días después	<p>Fue encontrada por su pareja colgada del cuello con una soga, amarrada al techo en su domicilio.</p> <p>Familiares dudan de la causa de muerte debido a los episodios de violencia que tenía con su pareja pero no fue denunciado en su momento.</p>	<p>1) Determinar causa de muerte.</p> <p>2) Determinar presencia de lesiones y/o signos de violencia.</p> <p>3) Determinar naturaleza y gravedad de las lesiones.</p> <p>4) Determinar existencia de agresiones sexuales.</p> <p>5) Determinar presencia de tóxicos y/o drogas de abuso.</p>	<p>1) Cadáver en período enfisematoso.</p> <p>2) Cráneo sin lesiones ni fracturas. Dentadura completa en regular estado de conservación.</p> <p>3) Se observa surco de compresión cervical de 1,5 cm. de espesor suprahioides irregular por el estado de descomposición.</p> <p>4) Los tejidos muestran marcados cambios de autólisis, que impiden una evaluación óptima tisular.</p> <p>5) Los cambios de autólisis impiden confirmar fehacientemente la causa de muerte, aunque se descarta otras lesiones externas.</p>



### **Características tanatosemiológicas del cuerpo y su relación con el tiempo:**

Han pasado dieciocho días desde la muerte y la realización de la necropsia, el cuerpo se encuentra en estado de putrefacción en el período enfisematoso con la presencia de larvas adultas vivas ubicadas sobre el cuerpo y orificios naturales.

### **Punto de pericia respondido:**

En lo que respecta de la presencia de lesiones, el profesional de patología forense pudo determinar la presencia de un surco de compresión cervical de 1,5 cm. de espesor suprahioides, irregular por el estado de descomposición.

### **Puntos de pericias no respondidos:**

Esta necropsia no logró contestar el punto pericial relacionado con la causa de muerte debido al avanzado estado de descomposición del cuerpo. Tampoco se logró determinar la existencia de agresiones sexuales debido al estado de descomposición.

En relación con la presencia de tóxicos y/o drogas de abuso solicitada como punto de pericia, el profesional extrajo tejido hepático para el screening toxicológico, dado que a consecuencia de la descomposición cadavérica ya no fue factible la extracción de sangre ni de humor vítreo que generalmente se emplea para análisis respectivo de toxicología. No obstante, a la fecha de la entrega del dictamen de patología forense no se contaba aún con los resultados del laboratorio.

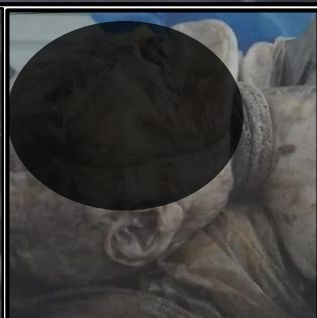


### Comentario:

El forense manifiesta que: “Si bien, se observa surco de compresión cervical, los cambios de autolisis impiden confirmar fehacientemente la causa de muerte, aunque se descarta otras lesiones externas”. Considero poco prudente descartar la existencia de lesiones externas debido a que el estado del cuerpo no facilita una correcta inspección, mucho menos un resultado objetivo; el cambio de coloración cromático del cuerpo podría arrojar confusiones, pero tampoco podría descartarse.

### CASO N° 7

DATOS OBTENIDOS DE LA NOTA DE OFICIO Y DEL DICTAMEN DE PATOLOGÍA FORENSE						
Edad	Fecha de muerte	Fecha de la Necropsia	Tiempo	Antecedentes	Puntos de Pericia	Resultado
16 años	Fue vista por última vez el 28/marzo/2021.  Encontrada sin vida el 1/abril/2021.  Fue exhumada el 29/abril/2021.	30-abr-21	1 mes	Fue encontrada sin vida, en suspensión completa, de un árbol con una prenda (abrigo de color gris) atada al cuello.	Determinar causa de muerte.	1) No hay fracturas óseas. 2) Faltan piezas dentarias. 3) Hematoma en el sitio del surco de compresión. 4) No hay lesiones traumáticas, signos de violencia, heridas por arma blanca o de fuego. 5) Causa de muerte, asfixia mecánica. 6) No se toma muestra toxicológica debido al estado de descomposición.



**Características tanatosemiológicas del cuerpo y su relación con el tiempo:**

Han pasado un mes desde la muerte y la necropsia, el cuerpo se encuentra en avanzado estado de descomposición en período colicuativo, y ha ingresado a la etapa de esqueletización con desprendimiento de cabello y caída de piezas dentarias.

**Punto de pericia respondido:**

El profesional de patología dio como causa de muerte asfixia mecánica. Expresa, así, lo siguiente: “Se observa elemento constrictor (prenda de vestir) en región cervical con nudo en región lateral izquierda al retirar el mismo se nota la presencia de hematoma en la región cervical, en el sitio del surco de compresión. La presencia de hematoma sugiere que se trata de una lesión vital. No se observan lesiones traumáticas, signos de violencia, heridas por arma blanca o de fuego, dentro de la evaluación posible. La presencia de hematomas en el surco de compresión sugiere que se trata de una lesión vital. Los hallazgos apoyan a una asfixia mecánica como causa de muerte”.

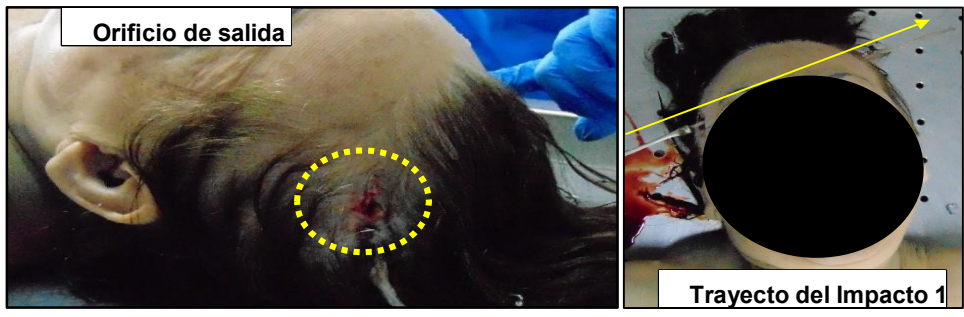
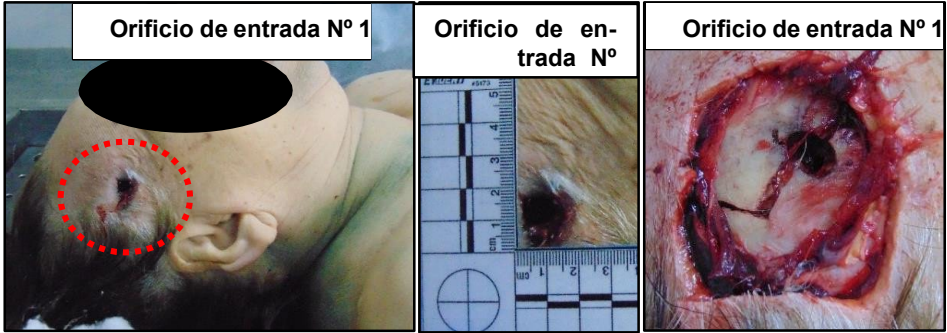
**Comentario:**

Llama la atención que con posterioridad a la exhumación el cuerpo se encontraba con el elemento constrictor que rodeaba el cuello, lo cual refleja una deficiente inspección médica realizada por el forense durante el levantamiento del cadáver, ya que no fue capaz de cortar dicho elemento y evaluar las posibles lesiones cervicales (apergamamiento) que usualmente se presentan en una muerte que se produce en el contexto de un ahorcamiento.

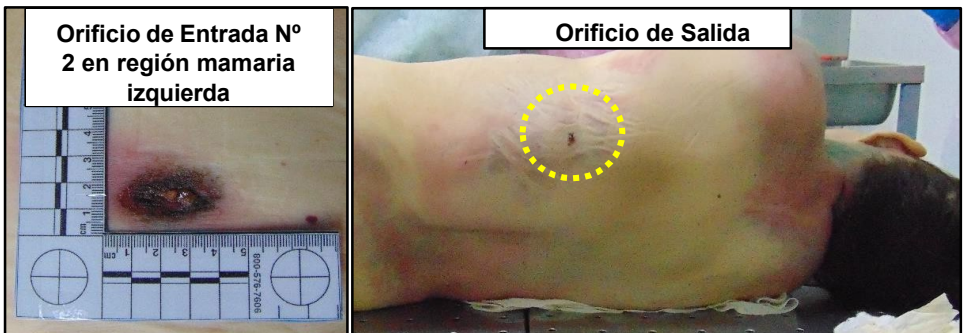
CASO N° 8

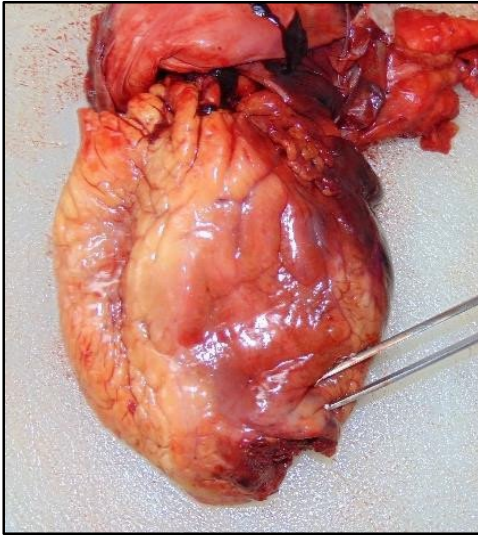
DATOS OBTENIDOS DE LA NOTA DE OFICIO Y DEL DICTAMEN DE PATOLOGÍA FORENSE						
Edad	Fecha de muerte	Fecha de la Necropsia	Tiempo	Antecedentes	Puntos de Pericia	Resultado
66 años	8/agos/2020	14/agos/2020	7 días	Fue encontrada por su yerno, sin signos de vida y con dos disparos de proyectil de arma de fuego. A pedido de los familiares se procede a la exhumación.	En este caso la nota de oficio no contenía puntos periciales, pero al momento de la necropsia el agente fiscal solicitó lo siguiente. 1. Determinar cuál de las dos lesiones le produjo el deceso. 2. En caso de que el primer impacto haya sido en la cabeza; determinar si posterior a eso fue posible que la misma se dispare en el corazón. 3. En caso de que el primer impacto haya sido en el corazón; determinar si posterior a eso fue posible que la misma se dispare en la cabeza.	1) Hematoma palpebral bilateral. 2) A nivel del cráneo: O.E. en la región parietal derecha con O.S. en la región parietal izquierda. <u>Trayectoria</u> de adelante hacia atrás, de abajo hacia arriba y de derecha a izquierda. 3) A nivel del tórax: O.E. en región anterior del tórax a nivel del 5 <sup>to</sup> espacio intercostal izquierdo. O.S. en la región lumbotorácica izquierda. <u>Trayectoria</u> de adelante hacia atrás de arriba para abajo y de derecha a izquierda. 4) Losange de piel con cauterización de la dermis y presencia de material granular negruzco correspondiente a restos de pólvora, el losange del orificio de la cabeza presenta hemorragia. 5) CAUSA DE MUERTE: Traumatismo cráneo encefálico.

Impacto N° 1 localizado en la cabeza.



Impacto N° 2 localizado en la región mamaria.





Laceración en el ápex cardíaco.

**Características tanatosemiológicas del cuerpo y su relación con el tiempo:**

Han transcurrido siete días desde la muerte y la necropsia. El cuerpo se encuentra conservado debido a la formolización, por ello son observables las livideces dorsales fijas y la coloración verdosa de la putrefacción en la región cervical. A su vez, es observable la equimosis que circunscribe al orificio de entrada de la región mamaria.



El corto lapso de tiempo entre la muerte y la exhumación, sumado al tratamiento de formolización, ayudó a que el cuerpo se mantenga en buen estado de conservación; si bien este químico contamina e inutiliza materiales biológicos, como la sangre, el humor vítreo, orina, etc., conserva de buena manera los órganos, y pudo contemplarse equimosis alrededor del orificio de entrada, localizado en la región mamaria; ello determina que ese impacto fue producido en vida; también el corazón se encuentra en muy buen estado de conservación, y se logró evidenciar la morfología del desgarró a nivel del miocardio y se pudo determinar el trayecto balístico de ambas regiones (cabeza y tórax).

### **Punto de pericia respondido:**

Se determinó como causa de muerte el traumatismo craneo encefálico.

### **Comentario:**

En este caso se partía de la hipótesis de un suicidio simulado, por lo que se recurrió a la exhumación para dilucidar la cuestión.

En relación con el orificio de entrada que se encuentra en la cabeza, región parietal derecha, no presenta Golpe de Mina de Hoffman ni Signo de Pupe, por lo que se descarta un disparo a cañón tocante sobre la piel. A la incisión de la piel que circunda el orificio de entrada, se observa el hueso del cráneo con presencia de ahumamiento, por lo que, si bien no fue un impacto a cañón tocante, sí fue un disparo a corta distancia, pues los residuos de la pólvora lograron alcanzar el hueso; tuvo orificio de salida en la región parietal izquierda con un trayecto de abajo para arriba.

El orificio de entrada localizado en la región mamaria lado izquierdo presenta equimosis, sin tatuaje a simple vista, no obstante, el losange de piel realizado por el patólogo evidenció presencia de material granular negruzco que podría corresponder a restos de pólvora; estas características evidencian un disparo a corta distancia, que tuvo una trayectoria de adelante hacia atrás de arriba para abajo y de derecha a izquierda.

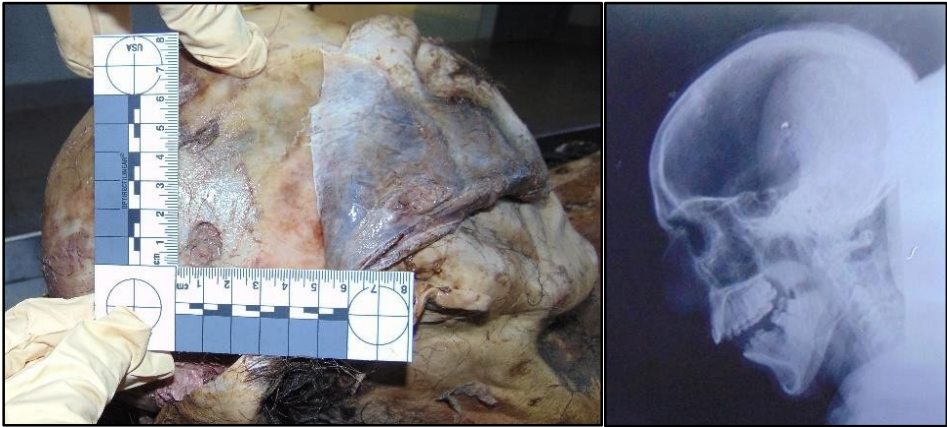
Se determina como causa de muerte un traumatismo craneo encefálico, en el dictamen de patología forense no se realizó una explicación detallada sobre cuál impacto fue primero y si pudo haber existido la posibilidad de que la persona se volviera a

disparar por segunda vez, teniendo en cuenta la hipótesis de un suicidio, y fue esta la hipótesis que debió descartarse en la necropsia.

**CASO N° 9**

DATOS OBTENIDOS DE LA NOTA DE OFICIO Y DEL DICTAMEN DE PATOLOGÍA FORENSE						
Edad	Fecha de muerte	Fecha de la Necropsia	Tiempo	Antecedentes	Puntos de Pericia	Resultado
19 años	25/03/2020	06/08/2021	1 años después.	Fue asesinado de un balazo en la cabeza en una vivienda. Falleció en el hospital.	1) Extracción de proyectil.	1) Proyectil extraído.





### **Características tanatosemiológicas del cuerpo y su relación con el tiempo:**

Ha pasado un año desde la muerte hasta la práctica de la necropsia; como se logra apreciar en las fotografías, el cuerpo se encuentra en avanzado estado de descomposición, en el periodo colicuativo e ingresando a la esqueletización.

### **Punto de pericia respondido:**

Se pudo extraer el proyectil de arma de fuego.

### **Comentario:**

La descomposición cadavérica no impidió que el punto de pericia pueda ser respondido de forma satisfactoria, pues a través de la toma de placa radiográfica se logró

determinar la localización del proyectil en el cráneo y mediante la labor de los profesionales forenses se lo extrajo de dicha cavidad. En este caso se destaca que, pese al transcurso del tiempo, siempre que se quiera realizar una exhumación para realizar la extracción de proyectil, los resultados serán satisfactorios.

### **Conclusión**

Mediante este arduo trabajo de investigación se logró responder al objetivo general, en la determinación de los alcances y las limitaciones de la exhumación judicial.

El alcance hace referencia a aquellos resultados favorables de la práctica de la necropsia que brindaron un aporte significativo a la investigación penal, lo cual se refleja en los puntos de pericia que lograron ser respondidos. En este sentido, fue de vital importancia relacionar el tiempo transcurrido entre la muerte y el día de la necropsia; el tiempo deviene un factor indispensable para el éxito o el fracaso de la exhumación judicial debido a las transformaciones cadavéricas que experimenta el cuerpo después de la muerte.

Tal es así, que con el transcurso de ocho días entre la muerte y la práctica de la necropsia el cuerpo se encuentra conservado, pero depende bastante de la formolización; el periodo cromático aún no se extiende en su totalidad, y se hace posible evidenciar la presencia de equimosis circunscripta al orificio de un proyectil de arma de fuego en partes blandas, signo inequívoco de orificio de entrada.

A seis meses después de la muerte, si el punto de pericia consiste en determinar la existencia de fracturas óseas, es aún factible solicitar la exhumación.

Otro aspecto a destacar es la presencia de los dientes rosas en aquellos cadáveres cuya muerte se produjo en el contexto de una asfixia mecánica, signo que será evidente aunque desde el fallecimiento hasta la práctica de la necropsia haya transcurrido un año, pues dicho fenómeno se mantiene a pesar de que el cuerpo se encuentre esquelético.

También la búsqueda y extracción de proyectiles, aunque hayan transcurrido bastante tiempo entre la muerte y el pedido de exhumación, brindará un resultado favorable, pues mediante la toma de placas radiográficas es posible localizarlos y proceder su extracción. Solicitar una exhumación judicial cuyos puntos de pericia se refieran a la determinación de fracturas óseas y/o extracción de proyectil será



beneficioso a la investigación en cualquier etapa de las transformaciones cadavéricas, pues estas no podrán modificar tales circunstancias.

Por otro lado, las limitaciones guardan relación con los puntos de pericia que no pudieron ser respondidos debido a la modificación del cuerpo a causa de la putrefacción cadavérica, y en gran medida obedece al desconocimiento o poco conocimiento de la tanatosemiología forense por parte de los agentes fiscales intervinientes.

En este aspecto, se evidencia que, transcurridos un año y seis meses después de la muerte, luego de la exhumación el cuerpo llega a la Morgue Judicial en la etapa de esqueletización, y se hace imposible determinar la presencia de lesiones externas y/o internas en partes blandas, como equimosis, hematoma, excoriación, etc.

Otro dato a resaltar es que los cambios colorimétricos de la putrefacción podrán brindar un resultado poco objetivo en relación con la presencia de lesiones, debido a que las lesiones vasculares como equimosis, hematomas, resultan poco evidenciables para poder responder a los puntos periciales.

Las falencias halladas en este trabajo de investigación obedecen a las deficientes diligencias realizadas durante la etapa del levantamiento del cadáver, como la falta de explicación de la causa de muerte por parte del profesional a los familiares; una muy somera inspección del cuerpo de la víctima hace que, en ocasiones, pasen desapercibidas lesiones corporales que cambian el contexto de la investigación.

## Recomendaciones

- ✚ A los médicos forenses durante la etapa del levantamiento del cadáver:
  - ✓ Entablar una mejor comunicación con los familiares y el agente fiscal, brindándoles una explicación clara y detallada de la causa de muerte.
  - ✓ En muertes producidas en el contexto de una asfixia, inspeccionar las dentaduras (arcada superior e inferior), en busca de la presencia de los dientes rosas, y correlacionarla eventualmente con los demás signos de la asfixia, para confirmar que la causa de muerte se relaciona con un cuadro asfíctico.
  - ✓ Si la muerte se produjo en el contexto de un feminicidio o los familiares sospechan que la pareja de la víctima pudo haber estado involucrada, es indispensable la toma de materiales durante el levantamiento del cadáver, tales como la toma

de muestras biológicas (extracción de sangre y humor vítreo), el corte de las uñas para la búsqueda de ADN, y por sobre todo realizar el hisopado vaginal, fotografiando cada detalle de lo realizado.

- ✓ En las muertes producidas en condiciones de suicidio (ahorcadura) se debe realizar una correcta inspección del cuerpo de la víctima, retirando el surco de compresión del cuello, y evaluar las características del surco de apergaminamiento. También es importante descartar todo tipo de lesiones ya sea de lucha o de defensa, teniendo en cuenta que el suicidio es un tema muy sensible y muchas veces los familiares no aceptan que su ser querido se haya quitado la vida. Una correcta inspección física y una buena explicación a los familiares evitará las dudas y un ulterior pedido de exhumación.

✚ Al agente fiscal durante la etapa del levantamiento del cadáver:

- ✓ Tener presente las condiciones ambientales del lugar en que el cuerpo fue hallado para subsumir las características físicas del mismo. De ser posible, contar con el informe que del levantamiento del cadáver el médico forense ha realizado, a los efectos de conocer bajo qué condiciones físicas se produjo dicho levantamiento.
- ✓ En toda muerte que pudo haber sido causada por actos u omisiones del Estado, de sus órganos o agentes es indispensable la práctica de la autopsia para evitar llegar a la necropsia, situación en la cual varias evidencias ya pueden perderse, como ser la presencia de lesiones y/o torturas en partes blandas.
- ✓ Reforzar los conocimientos sobre las transformaciones cadavéricas y su relación con el paso del tiempo, a los efectos de evitar solicitar, como puntos de pericia, la determinación de lesiones en partes blandas, cuando el cuerpo ya se encuentra en el periodo de esqueletización debido al paso del tiempo.
- ✓ Solicitar la exhumación judicial del cadáver en la brevedad posible, si se pretende buscar lesiones en partes blandas.

✚ A las universidades de derecho:

- ✓ Mejorar la educación de la cátedra de Medicina Legal; no limitar la enseñanza por tratarse de estudiantes de leyes; es indispensable que el estudiante de derecho maneje los conocimientos técnicos que se relacionan con la muerte; en este

sentido, es imprescindible complementar las clases orales con materiales visuales, mostrando fotografías de transformaciones cadavéricas, características de todos los tipos de lesiones, entre otros aspectos que hacen a la materia.

En esta investigación se pudo constatar el exiguo conocimiento que los agentes fiscales tienen sobre la tanatosemiología, lo que se evidencia y refleja en el pedido de exhumaciones innecesarias y/o malas redacciones de los puntos periciales. Por tal motivo resulta imperioso fortalecer los conocimientos desde los cimientos, para los estudiantes de derecho que en el futuro opten por una especialidad en el Derecho Penal.

### **Anexos**



Cadáver exhumado en período enfisemato-colicuativo. Tiempo transcurrido entre la muerte y la necropsia: 19 días.



Cadáver exhumado en período colicuativo. Tiempo transcurrido entre la muerte y la necropsia: 12 días.



Cadáver exhumado, toma de muestra de restos de tejidos debajo de las uñas.



Ataúd de cadáver exhumado para extracción de material de ADN para identificación.  
Tiempo transcurrido entre la muerte y la exhumación: 175 días.



Cadáver exhumado para determinar la causa de muerte y presencia de lesiones.



Fotos N° 1 y 2: Víctima en el lugar del hecho. Foto N° 3: La misma víctima en la Morgue Judicial posterior a la exhumación para determinar la causa de muerte.  
Tiempo transcurrido entre la muerte y la exhumación: 6 días.

## Bibliografía

AA.VV. “Guía de procedimientos para la realización de necropsias medicolegales”. Colombia. Ed. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2004).

GARCÍA JIMÉNEZ RICARDO. “La exhumación y sus aportes a los procesos de investigación ministeriales y judiciales”. Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales. ISSN: 1988-7833. Año 2017.

<https://www.eumed.net/rev/cccss/2017/03/exhumacion.html>

GISBERT CALABUIG. “Medicina Legal y Toxicología”. Barcelona. Ed. Masson (1998). Sexta Edición.

GUZMÁN LOZANO. “Aspectos bioéticos y jurídicos del manejo del cadáver”. Ed. Instituto de Bioética U.C.A. (2018). Revista N° 2.

HERNÁNDEZ SAMPIERI ROBERTO. FERNÁNDEZ COLLADO CARLOS.

BAPTISTA LUCIO PILAR. “Metodología de la Investigación”. México. Editorial McGraw-Hill (1997). Primera Edición.

LOSSETTI OSCAR. “La exhumación médico legal”. Buenos Aires. Ed. Dosyuna (2006). Primera Edición.

MACHADO MENDOZA DODANY, PÉREZ VALIA. ¿Es el “diente rosado” válido en el contexto forense actual? Revista Cubana de Estomatología. N° 2. Vol. 59. 2022.

PATITÓ JOSÉ ÁNGEL. “Medicina Legal”. Buenos Aires. Ed. Centro Norte (2000). Primera Edición.

RAFFO OSVALDO. “Tanatología”. Buenos Aires. Ed. Universidad (2006). Primera Edición.

Última Hora. “El cadáver del empresario ruso fue refrigerado por varios días, según Policía Nacional”. Asunción. 12 de febrero del 2022.

<https://www.ultimahora.com/el-cadaver-del-empresario-ruso-fue-refrigerado-varios-dias-segun-policia-nacional-n2986441.html>

Última Hora. “Macabro hallazgo de cinco cuerpos en pleno microcentro de Asunción”. Asunción 9 de octubre del 2018.



<https://www.ultimahora.com/macabro-hallazgo-cinco-cuerpos-pleno-microcentro-asuncion-n2749756.html>

VARGAS ALVARADO EDUARDO. "Medicina Legal". México. Ed. Trillas (1999). Segunda Edición.

